

	UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA			
	Documento	Código	Fecha	Revisión
	FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO	F-AC-DBL-007	10-04-2012	A
	Dependencia	Aprobado		Pág.
DIVISIÓN DE BIBLIOTECA	SUBDIRECTOR ACADÉMICO		i(52)	

RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	STEFANIA ORTEGA GONZÁLEZ CÓDIGO 240329 ELIUTH ANDREY RINCÓN LÓPEZ CÓDIGO: 240348		
FACULTAD	FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES		
PLAN DE ESTUDIOS	PROGRAMA DE DERECHO		
DIRECTOR	ADRIANA TORCOROMA PACHECO GÓMEZ		
TÍTULO DE LA TESIS	EL DESCONOCIMIENTO DE LA LABOR DE LOS CUIDADORES DE MENORES EN COLOMBIA ANALIZADO EN EL ESCENARIO LABORAL		
RESUMEN (70 palabras aproximadamente)			
<p>EN EL DESARROLLO DE LA MONOGRAFÍA SE PLANTEO UN ESTUDIO JURÍDICO PARA DETERMINAR ¿QUÉ CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN MATERIA LABORAL SE DESARROLLAN A PARTIR DEL DESCONOCIMIENTO DE LA FUNCIÓN DE LOS CUIDADORES DE MENORES DE EDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO? CONCLUYENDO LA FALTA DE REGULACIÓN NORMATIVA SOBRE ESTE ÁMBITO EN COLOMBIA, LO CUAL REQUIERE UNA MIRADA URGENTE DEL LEGISLADOR.</p>			
CARACTERÍSTICAS			
PÁGINAS: 52	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM:



Vía Acolsure, Sede el Algodonal, Ocaña, Colombia - Código postal: 546552
 Línea gratuita nacional: 01 8000 121 022 - PBX: (+57) (7) 569 00 88 - Fax: Ext. 104
 info@ufpso.edu.co - www.ufpso.edu.co

**EL DESCONOCIMIENTO DE LA LABOR DE LOS CUIDADORES DE MENORES EN
COLOMBIA ANALIZADO EN EL ESCENARIO LABORAL**

AUTORES

STEFANIA ORTEGA GONZÁLEZ CÓDIGO 240329

ELIUTH ANDREY RINCÓN LÓPEZ CÓDIGO: 240348

Trabajo final modalidad monografía presentado para optar al título de Abogados

DIRECTORA

ADRIANA TORCOROMA PACHECO GÓMEZ

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA

FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES

PROGRAMA DE DERECHO

Ocaña, Colombia

Mayo, 2021

Índice

Capítulo 1. Contexto histórico y jurídico del reconocimiento de los derechos laborales en Colombia	1
1.1 Antecedentes del reconocimiento de los derechos laborales y prestaciones sociales a los trabajadores en Colombia	1
1.2 Reconocimiento de los derechos laborales y las prestaciones sociales dentro del marco de las constituciones en Colombia.....	4
1.3 Principales derechos laborales reconocidos en Colombia para los trabajadores	8
1.4 Derechos laborales protegidos por la Corte Constitucional en Colombia	12
Capítulo 2. El reconocimiento de las funciones del cuidador de niños y niñas en Colombia dentro del marco legal de las empleadas domesticas	16
2.1 Antecedentes	16
2.2 Evolución normativa en Colombia frente al reconocimiento de los derechos laborales para los cuidadores de menores de edad.....	19
2.3 Principales sentencias de la Corte Constitucional en Colombia.....	21
2.4 Análisis en el derecho comparado: México y España	24
2.4.1. México	24
2.4.2 España.....	25
Capítulo 3. Consecuencias jurídicas en materia laboral se desarrollan a partir del desconocimiento de la función de los cuidadores de menores de edad en el ordenamiento jurídico colombiano	28
3.1 La implementación de las condiciones dignas de trabajo para las trabajadoras y trabajadores domésticos en Colombia con posterioridad a la promulgación y adopción del Convenio 189 de 2011 de la OIT	28
3.2 ¿Qué consecuencias jurídicas en materia laboral se desarrollan a partir del desconocimiento de la función de los cuidadores de menores de edad en el ordenamiento jurídico colombiano?	29
Conclusiones.....	34
Referencias	36

Lista de Tablas

Tabla 1. Derechos laborales y las prestaciones sociales dentro del marco de las constituciones en Colombia.....	4
Tabla 2. Algunos precedentes en materia de protección de los derechos laborales en Colombia	12

Introducción

Colombia goza de un pleno reconocimiento jurídico en materia de garantías laborales, adoptando las medidas dispuestas en el marco del derecho internacional, y que además contribuyen a la construcción de un Estado Social de Derecho. Dentro de dicho marco, se ha incluido recientemente la labor de la empleada doméstica, como una labor que goza de las garantías de prima, acceso a la seguridad social, y otras medidas, evidenciando un gran avance en la materia.

Para el caso de la labor de cuidar menores de edad, se ha establecido en Colombia, que dicha función se clasifica dentro de las actividades que realiza la empleada doméstica, o que quien realiza dicha labor y es denominada niñera, responde a la función de una empleada doméstica, sin que medien términos legales para el acceso a dicha función, teniendo en cuenta la gran responsabilidad que tienen las personas que se hacen cargo de la crianza de hijos ajenos.

Otra situación, es que la labor de las cuidadoras de menores de edad, si bien es una función doméstica, no implica que se haga por una empleada de servicio, o que su labor sea la de esta clase de función ya descrita en la norma, lo que nos lleva a establecer que en la actualidad Colombia presenta un vacío jurídico que puede configurar a su vez un riesgo de vulneración a los derechos laborales de las personas que prestan dicho servicio.

Bajo esta divergencia normativa, se establece la necesidad de realizar un estudio, que permita determinar desde el contexto jurídico colombiano, si el vacío normativo en la labor de cuidar menores de edad en Colombia, desde el punto de vista laboral puede constituir la

vulneración a los derechos laborales de quienes desarrollan dichas funciones, y a su vez connotar un desconocimiento en la vigilancia y control que se requieren de dicha actividad.

La estructura de la monografía se configurara por capítulos, donde se busca inicialmente contextualizar los parámetros teóricos, mandamientos constitucionales, fundamentos legislativos, herramientas jurídicas internacionales y criterios jurisprudenciales en Colombia, en materia de protección de los derechos laborales.

Dentro del segundo capítulo, se abordara la temática del análisis sobre el camino legislativo hacia la configuración de la actividad de las empleadas domésticas del hogar en Colombia, en el reconocimiento de sus derechos laborales, y las funciones que comprende su vinculación laboral. Como parte de este objetivo, se identificarán algunos antecedentes, las normas intervinientes en dicho reconocimiento y los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

En el tercer capítulo, se abordara la contextualización del problema jurídico, para lo cual se expondrán las conclusiones en cuanto al interrogante ¿Qué consecuencias jurídicas en materia laboral se desarrollan a partir del desconocimiento de la función de los cuidadores de menores de edad en el ordenamiento jurídico colombiano?

El método que se aplicará para el estudio de la monografía será el exegético, que permitirá trabajar el debate jurídico propuesto enmarcado en el vacío normativo sobre la función de cuidar menores de edad en Colombia bajo la regulación laboral y el principio de protección integral que promulgo la Carta Política de 1991.

Las fuentes a tener en cuenta y aplicar dentro de la monografía serán la doctrina jurídica, la ley y la jurisprudencia. Adicionalmente, también se tendrá en cuenta las investigaciones, artículos, y demás información que se pueda encontrar dentro de los sitios web.

Resumen

En Colombia diferentes actividades laborales que se daban dentro del desconocimiento de una relación laboral y de los derechos que ello conlleva, han ido posicionándose en el marco del reconocimiento legal. Dentro de ellas encontramos la función de la empleada doméstica, que durante la última década escalo una nueva posición en materia de reconocimiento laboral.

Al respecto el Ministerio del Trabajo, mediante la emisión de uno de sus conceptos establece los criterios sobre los derechos que les corresponden a las trabajadoras domésticas por horas o jornada completa. (Concepto 08SE2018120300000040905 de 30 de octubre de 2018)

Sumado a lo anterior, la Corte Constitucional ha hecho varias precisiones en la materia. Dentro de los más destacados, encontramos la Sentencia C-028 de 2019, donde la Honorable Corporación declara inexecutable el numeral 2° del artículo 77 del Decreto Ley 2663 de 1950 que dice “En el contrato de trabajo de los servidores domésticos se presume como período de prueba los primeros quince (15) días de servicio”. Según esta Sentencia que modifica el Código Sustantivo del Trabajo, el período de prueba para empleadas o trabajadoras domésticas solo es posible si consta por escrito, y su duración puede ser de un día y máximo de dos meses. (Corte Constitucional, Sentencia C-028 de 2019)

En la Sentencia T-243 de 2018, la Corte Constitucional fija su criterio sobre la materialización del principio de la solidaridad y afirma sobre la importancia de la misma, "en las relaciones entre particulares, pues este valor y principio es sin duda la base indispensable para una sociedad incluyente". Dicho criterio se establece, a partir del estudio del caso de vulneración

de derechos fundamentales de la que fue víctima una empleada doméstica por parte de su ex empleadora a través del uso de la plataforma Facebook.

Dentro de dicha providencia, la Honorable Corporación expuso que:

“el ordenamiento jurídico colombiano prohíbe la creación de listas negativas a los empleadores, entendidas como la difusión de información de sus extrabajadores, que impliquen una limitación posterior de su acceso al mercado laboral. Antes bien, dicha prohibición se predica tanto para las empresas empleadoras como para las personas naturales que actúen en tal calidad". (Corte Constitucional, Sentencia T-243 de 2018)

El 7 de julio de 2016 se expidió la ley 1778, o ley de prima para los trabajadores y trabajadoras domésticas en Colombia. Sin embargo dentro de la misma, se configuro la función de las personas que cuidan niños, niñas y adolescentes, siendo la misma una función que no implica las mismas calidades de la empleada o empleado doméstico, y a su vez el desconocimiento de los derechos laborales de esta población.

Bajo este contexto, se plantea la necesidad de realizar un estudio jurídico que permita fundamentar ¿Qué consecuencias jurídicas en materia laboral se desarrollan a partir del desconocimiento de la función de los cuidadores de menores de edad en el ordenamiento jurídico colombiano?

Capítulo 1. Contexto histórico y jurídico del reconocimiento de los derechos laborales en Colombia

1.1 Antecedentes del reconocimiento de los derechos laborales y prestaciones sociales a los trabajadores en Colombia

En Colombia el reconocimiento de los derechos laborales y las prestaciones sociales, tiene una connotación u origen a partir del discurso de Angostura de febrero de 1819, donde por primera vez se habló de seguridad social. Sin embargo, previo a ello, ya existían garantías como la remuneración del trabajo, desde antes de la independencia de la Corona Española.

En el discurso de Angostura se promovió que para alcanzar un sistema de gobierno más perfecto se debía brindar mayor cantidad de bienestar, de seguridad social y estabilidad política, pero esto como amparo a los militares de esa época. Es decir, que no cobijaba a todos los demás trabajadores, quienes seguían siendo acreedores del salario como remuneración por el trabajo desarrollado.

Teniendo en cuenta las graves consecuencias que dejaban las múltiples batallas y guerras libradas en esa época y que promovía el aseguramiento de los medios de subsistencia para las familias de los militares que fallecieran en el servicio fue precursora del ordenamiento operativo del establecimiento y encargada de asegurar los medios de subsistencia a las familias de los militares que fallecieran en servicio.

Es decir, que los primeros reconocimientos en materia de prestaciones sociales a los trabajadores en Colombia, se da bajo el marco del reconocimiento en el régimen militar de la pensión de sobrevivientes.

Con la terminación de este siglo, no fueron muchos los avances que se dieron en esta materia, hasta que en 1904 el General Rafael Uribe Uribe escribió el discurso titulado Socialismo de Estado, en el cual nuevamente se dio un enfoque al principio de seguridad y bienestar social, limitando la jornada laboral a 8 horas diarias, la prohibición del trabajo infantil, la limitación de horario laboral para las mujeres, las condiciones de salubridad dentro de los establecimientos de trabajo y el descanso dominical obligatorio.

Más adelante se promulgo la Ley 57 de 1915 en la que se reconoció el beneficio de las indemnizaciones para los trabajadores cuando sufrieran un accidente laboral. Así mismo, mediante la Ley 37 de 1921 se introdujo al orden jurídico el seguro colectivo para los trabajadores. En el marco de la Ley 68 de 1922, donde se reconoce el régimen pensional de vejez y un años posterior, se sanciono la Ley 86 de 1923, en la que se implementó en el marco de las prestaciones sociales la incapacidad laboral por seis meses para los trabajadores que presentaran alguna patología o enfermedad que les impidiera realizar de manera óptima sus funciones dentro de cada organización.

En el marco de la primera mitad del siglo XX, también se promulgo la Ley 15 de 1925 como un marco legislativo para la protección infantil y en la Ley 53 de 1938 donde se cobijan

prestaciones y beneficios a los trabajadores como la enfermedad no profesional y la estabilidad laboral reforzada para las mujeres en estado de gestación o lactancia.

De esta forma si hablamos de un origen de las prestaciones sociales y la seguridad social de los trabajadores, nos debemos remitir al reconocimiento que se hace de la pensión para las familias de los militares que fallecían en la guerra. Pero con posterioridad se comienza a elaborar un completo cuerpo normativo enmarcado en la protección de los trabajadores, que tiene su primera aparición a principios del siglo pasado.

En el escenario internacional la protección de los trabajadores se enmarco dentro del Tratado de Filadelfia promulgado en 1944, luego con el Plan de Beveridge en 1942. Más adelante con la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos promulgada por la Organización de Naciones Unidas en 1948, se reconoce la protección a la seguridad social. Con posterioridad la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra, Suiza promovida en 1952, unificó las normas mínimas de Seguridad Social para la manutención de los hijos.

Más adelante, se comenzó a consolidar dentro del ordenamiento jurídico, la figura de las Cajas de Compensación Familiar y con la promulgación de la Ley 100 de 1993, se establece en armonía a las disposiciones de la Constitución Política de 1991, el nuevo Sistema de Seguridad Social en Colombia, que también ha sufrido algunas modificaciones durante las últimas tres décadas. El régimen de seguridad social contempla cuatro pilares, como son la salud, el sistema de pensiones, los riesgos laborales y el bienestar del trabajador.

De acuerdo con la evolución que ha tenido el régimen jurídico de las prestaciones sociales y la seguridad social para los trabajadores colombianos, es posible concluir que se dieron tres épocas históricas. La primera de ellas que se configura con posterioridad a la independencia de la Corona Española reconociéndose en el contexto de los derechos la pensión para la subsistencia de los familiares de los militares que perdían la vida en la guerra. La segunda época se enmarca desde principios del siglo XX donde se comienza a elaborar un marco normativo que reconoce derechos laborales antes desconocidos a los trabajadores, naciendo figuras como la pensión de vejez, el descanso dominical, la jornada laboral de ocho horas y la salud comienza ocupar un espacio desde la protección de la salubridad pública. Y finalmente luego de mitad del Siglo XX, se comienza a hablar con mayor firmeza jurídica de seguridad social, y aparecen en la escena las Cajas de Compensación Familiar, culminando con la expedición de la Ley 100 de 1993, que organiza integralmente la seguridad social, y que brinda protección a los trabajadores del régimen privado y público.

1.2 Reconocimiento de los derechos laborales y las prestaciones sociales dentro del marco de las constituciones en Colombia

Tabla 1. *Derechos laborales y las prestaciones sociales dentro del marco de las constituciones en Colombia*

Disposiciones	Reconocimiento de derechos laborales a los trabajadores colombianos
	El 20 de julio de 1810 se promulgo el Acta de independencia, donde no se asigna ningún reconocimiento a los derechos sociales ni

Acta de independencia del 20 de julio de 1810

laborales. No obstante, se deja constancia de que a partir de la constitución de la misma, la existencia de las figuras de la reunión y el trabajo, que más adelante fue reconocido como el derecho de asociación y el derecho al trabajo.

Desde el Acta de Independencia hasta 1830

En esta época se promulgaron constituciones políticas como la Constitución del Socorro, seguida de la Constitución de la Provincia de Cundinamarca; y sumado a ello, se promulgaron las de distintos departamentos como Cartagena, Neiva, Tunja, Mariquita y Antioquia, donde no hubo ninguna mención al derecho al trabajo, prestaciones sociales o seguridad social.

Entre 1830 y 1886

Se promulgan 6 nuevas constituciones políticas. Entre 1832 y 1843 se expidieron dos constituciones republicanas, que reconocieron mayor poder de representación a las provincias, lo que no generó ningún impacto en la promulgación de normas enmarcadas en la protección de los trabajadores. Lo que sí se estableció fue una clasificación por estrato social, que comenzó por diferenciar el régimen salarial de los trabajadores.

En la constitución de 1843, se produce nuevamente un cambio político en el país, que impone nuevamente el autoritarismo y centralismo en todo el territorio nacional, lo

que limita el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo.

Durante los años de 1853 a 1886, se produce un cambio en materia de política nacional, iniciándose el federalismo, que da como frutos la expedición de la Constitución Política de 1853, que elimina la esclavitud y extiende el derecho al sufragio a todos los hombres, toda vez que anteriormente solamente era un derecho para quienes cumplían con un cumulo de requisitos. Como aspecto, importante con la promulgación de esta Carta Política se comienza a hablar de conceptos como el trabajo y la profesión libre, dándose los primeros pasos en el reconocimiento al derecho a la escogencia libre de profesión.

Constitución Política de 1886

En el marco de esta Constitución Política, no fue grande el avance hacia la protección de los trabajadores, pero su reforma en 1936 introdujo serios cambios en materia del proteccionismo a la industria y a los trabajadores, consagración de modernos derechos individuales, función social de la propiedad privada.

Constitución Política de 1991

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, se erige un nuevo modelo social en el cual el derecho al trabajo y la seguridad social adquieren un criterio como valores sociales supremos y derechos humanos

fundamentales dignos de la protección el Estado Social de Derecho.

A partir del preámbulo de la Constitución Política de 1991 y en el marco de los artículo 1, 25 y 16 se consagra el reconocimiento al derecho al trabajo, adquiriendo también la connotación de obligación social de todas las personas, que a su vez se deberá ofrecer en condiciones dignas y justas, así como la libertad para escoger profesión u oficio, para lo cual también se deberá brindar todas las condiciones en materia de un trabajo digno y justo.

En relación con la promoción de los principios fundamentales del derecho al trabajo, la Constitución Política manifiesta en el artículo 53 que son el empleo, la estabilidad laboral, el principio de favorabilidad, la primacía de la realidad sobre las formas, la formación, el descanso, la protección de la mujer en estado de gestación y los menores de edad, entre otras disposiciones que se encuentran transcritas en el Código Sustantivo del Trabajo

En el marco del artículo 53 también se dispone que es obligación del Estado colombiano acatar las disposiciones de los acuerdos y tratados internacionales sobre la protección al trabajo que se adopten en el marco interno.

En el marco del artículo 53 se reconoce a la protección social como una garantía de todos los trabajadores y ciudadanos en Colombia, siendo este irrenunciable tal como lo dispone el artículo 43 de la norma superior.

Y finalmente en relación con la libertad sindical, la Constitución Política de 1991 se consagra en el marco del artículo 39 como el derecho de los trabajadores a constituir sindicatos o asociaciones, sin que exista intervención del Estado y en el artículo 55 se preceptúa el derecho a la negociación colectiva que permite que los trabajadores puedan llegar a acuerdos sobre las relaciones laborales y en el artículo 56 se garantiza el derecho a la huelga, a excepción de los servicios públicos esenciales delimitados por el legislador.

Fuente: Autores de la monografía

1.3 Principales derechos laborales reconocidos en Colombia para los trabajadores

Conforme a las disposiciones de la Constitución Política y el Código Sustantivo del trabajo, los trabajadores en Colombia tienen derecho a:

Derecho a un trabajo digno: de acuerdo a las disposiciones de la Constitución Política de 1991, todos los trabajadores en Colombia, tienen derecho a un trabajo en condiciones justas y dignas, lo cual supone que se respete su dignidad humana, su mínimo vital, un ambiente laboral sano y se fomente hacia un buen desempeño laboral, en el cual deberá capacitar y formar constantemente al trabajador.

Derecho a las Vacaciones: de acuerdo con las disposiciones en las cuales se pacten las condiciones laborales, el trabajador tendrá derecho a recibir un descanso remunerado por cada año que labore. Dicha prestación se encuentra enmarcada en el Código Sustantivo del Trabajo y prevé que serán 15 días hábiles y consecutivos. En el marco del Decreto 1072 de 2015, "La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente y ellas deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador, sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso". (Decreto 1072 de 2015)

De acuerdo con la Corte Constitucional, las vacaciones son:

Un derecho que se otorga a los trabajadores con el propósito de reconocer el desgaste natural derivado de la prestación continua e ininterrumpida de sus servicios por un lapso considerable de tiempo. Y que, en principio, le corresponde a la autoridad competente de cada Estado, conforme lo ha señalado la Organización Internacional del Trabajo, determinar el período mínimo de servicios que dan derecho a su reconocimiento. Precisamente, en el caso colombiano, la autoridad llamada a señalar las condiciones para acceder a las

vacaciones, como derecho y garantía prevista en las normas laborales, es el legislador. (Corte Constitucional, Sentencia C-035/05)

Derecho a los Permisos por enfermedad o incapacidad médica: dichos derechos se enmarcan en los acuerdos pactados dentro del contrato de trabajo, lo cual le permite al trabajador tomar unos días de descanso mientras se recupera de una enfermedad o accidente. Dichas incapacidades o permisos deben notificarse mediante una constancia médica para poder formalizar la ausencia del trabajador en su lugar de trabajo.

Derecho a las Prestaciones sociales: dentro de los derechos que se consagran para los trabajadores, se enmarca el pago de las prestaciones sociales como son prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y las vacaciones. De acuerdo con la Corte Constitucional, las prestaciones sociales constituyen aquellas sumas destinadas a asumir los riesgos intrínsecos de la actividad laboral. Estas prestaciones pueden estar a cargo del empleador o ser responsabilidad de las entidades de los sistemas de seguridad social en salud o en pensiones, o a cargo de las cajas de compensación familiar. (Corte Constitucional, Sentencia C-892/09)

Derecho a la pensión: de acuerdo con la modalidad mediante la cual se vincule laboralmente el trabajador, se deberá asegurar que el trabajador se encuentra sujeto a un régimen pensional de los que existen bajo el marco de la Ley 100 de 1993 y que obtenga dicho beneficio cuando cumpla con los requisitos de edad, semanas cotizadas y demás. Según la Corte Constitucional, la pensión corresponde a un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo. Por lo tanto, el pago de una pensión no es una dádiva

súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años es debido al trabajador. (Corte Constitucional, Sentencia C- 177 de 1998)

Ajustes al salario: de acuerdo con las disposiciones normativas, es deber de las empresas acatar los incrementos obligatorios al salario mínimo, que anualmente mediante disposiciones del Gobierno nacional, se realizaran conforme a unas reglas específicas.

Derecho al contrato laboral. De conformidad con la normatividad colombiana el contrato puede darse de forma verbal o escrita, sin embargo para mayor seguridad jurídica, es preferible que los mismos versen sobre la solemnidad escrita, donde quedaran pactadas las condiciones laborales del trabajador.

Derecho a los fueros de estabilidad laboral reforzada. En este escenario la Constitución Política de 1991, incluyó la protección especial de las mujeres en estado de gestación o lactancia, el fuero por discapacidad y el fuero sindical, que le permite una estabilidad laboral reforzada a los trabajadores. El Código Sustantivo del Trabajo y la Constitución Política mediante el artículo 53 establece “la imposibilidad de que el empleador pueda finalizar unilateralmente el contrato de trabajo y la prohibición para dar preaviso sobre la terminación del contrato, cuando este se haya firmado a término fijo”, razón por la cual se establece un marco jurídico que protege al trabajador a partir de tres escenarios, uno de ellos es el fuero de maternidad, que protege a la mujer trabajadora en estado de gestación o lactante.

1.4 Derechos laborales protegidos por la Corte Constitucional en Colombia

Tabla 2. *Algunos precedentes en materia de protección de los derechos laborales en Colombia*

<p>Sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992</p>	<p>A través de dicha providencia, la Corte Constitucional afirma que la Constitución Política garantiza el derecho al trabajo a partir de los fines propuestos del preámbulo y al artículo 25 de la misma, definiendo el mismo como un derecho y una obligación social, que deberá ser brindado en condiciones dignas y justas. Conforme a lo dicho, existe una protección especial que exige a las autoridades promover políticas macroeconómicas que tengan como fin el fomento y promoción del mismo con el objetivo de garantizar oportunidades suficientes y el sustento propio y familiar.</p> <p>Dentro del mismo pronunciamiento establece la Honorable Corte Constitucional, que conforme al artículo 53 de la Constitución Política se debe garantizar el respeto por varios principios mínimos fundamentales, entre los cuales hace mención de la igualdad de oportunidades, la estabilidad en el empleo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, la situación más favorable del trabajador en caso de duda y la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.</p> <p>Finalmente, añade a este conjunto de principios, la posibilidad de la que goza el trabajador para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles, lo que a su vez implica la garantía</p>
--	---

	constitucional de que la transacción y la conciliación no podrán referirse a derechos ciertos e indiscutibles..." (Corte Constitucional, Sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992)
Sentencia C-470 de 1997	Al tenor de dicha providencia, la Corte Constitucional hace referencia a la estabilidad laboral reforzada contenida en el artículo 53 de la Constitución política y establece que existen casos en los cuales este derecho se configura más fuerte, lo que implica que en dichos eventos se hable de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada. (Corte Constitucional, Sentencia C-470 de 1997)
Sentencia T-611 de 2001	Mediante sentencia de tutela, la Corte Constitucional, afirmo que el derecho al trabajo tiene una connotación individual y otra colectiva. Desde la dimensión individual se establece como la facultad que se le reconoce al individuo para elegir y ejercer la profesión u oficio y a las condiciones dignas y justas de esta. Por su parte en la dimensión colectiva configura un mandato frente a los poderes públicos para implementar políticas de fomento y protección del empleo. (Corte Constitucional, Sentencia T-611 de 2001)
Sentencia C-171 de 2020	En jurisprudencia del año inmediatamente anterior, la Corte Constitucional reitera su tesis sobre la dimensión del derecho al trabajo. Al respecto afirma que el mismo se configura como: i) valor fundante del Estado social de derecho; ii) principio rector del ordenamiento jurídico y iii) derecho-deber social con carácter fundamental.

Este se caracteriza, según la jurisprudencia constitucional, por su contenido progresivo como un derecho social y económico. El trabajo y su protección, además, adquieren la categoría de derecho humano, atendiendo el contenido de los instrumentos internacionales ratificados por Colombia y que integran el bloque de constitucionalidad.

Fuente: Autores de la monografía

En armonía a lo expuesto en el presente capítulo, encontramos que en Colombia el reconocimiento al derecho al trabajo y los principios fundamentales que lo integran, goza de un reconocimiento en la escena jurídica a partir de los primeros años del Siglo XX, donde se refleja el compromiso del Estado a través del órgano legislativo para implementar el reconocimiento de prestaciones sociales y derechos a los trabajadores, que fueron denegados por décadas, ante el constante enfrentamiento político que vivió el país durante el Siglo XIX y XX.

El desarrollo hasta la fecha, evidencia que posterior a la Constitución Política de 1991, implementan grandes cambios, siendo las reformas a la Constitución de 1886, el precedente para las nuevas disposiciones, además del nuevo modelo estatal que se preceptuó en la Carta Política de 1991. En razón de lo expuesto, hoy en día los trabajadores en Colombia, gozan de un amplio marco de derechos laborales, consagrados desde el ámbito internacional, la Constitución Política, el cuerpo normativo y la importante jurisprudencia de las Altas Cortes, donde se han elaborado precedentes siempre enmarcados hacia la protección del trabajador, tal como sucede con los grandes avances en materia de estabilidad laboral reforzada, los accidentes laborales y demás,

donde se evidencia una tendencia de favorabilidad sobre los derechos adquiridos por el trabajador.

Capítulo 2. El reconocimiento de las funciones del cuidador de niños y niñas en Colombia dentro del marco legal de las empleadas domesticas

2.1 Antecedentes

De acuerdo con la evolución histórica colombiana del trabajo doméstico, encontramos que este se desarrolla en su gran mayoría por población femenina, desempeñándose como una labor propia dentro los hogares, y que corresponde a funciones como la limpieza, preparación de alimentos y demás cuidados del hogar, y que tiene su origen desde la época de la Colonia, siendo ejercida por mujeres esclavas, que eran propiedad de sus patronos y a quienes se les desconocía inicialmente el pago de un salario, luego fueron remuneradas con la llegada de la independencia que abolió la esclavitud, lo que genero un cambio en relación con la libertad y la retribución del trabajo ejercido por los esclavos.

En este contexto histórico, es importante citar a Barrera, 2017 quien toma del estudio realizado por Claudia Correa, la conclusión de que la población en situación de esclavitud continuo laborando en el mismo lugar donde estaban previo a la abolición de la esclavitud, solo que ahora mantenían una relación de patrono y trabajador que les permitía cobrar una remuneración económica por su trabajo e irse de la hacienda con su familia cuando así lo decidieran. (Pág. 23)

Con las nuevas disposiciones que se dieron hacia mitad del Siglo XIX se comienzan a desarrollar en Colombia, los primeros avances en materia del desarrollo industrial y por lo tanto también, algunos avances en materia urbanística, expandiéndose la industria y el crecimiento de

los ciudadanos, lo que permitió que se expandiera también el trabajo doméstico, debido a las necesidades sobre dichas funciones en las ciudades más grandes del país, y en los municipios desarrollados.

Conforme lo narra Barrera, 2017, en su artículo de investigación, se comienzan a tejer relaciones laborales, con la llegada de la industrialización, pero en materia del servicio doméstico, se desconoce el vínculo laboral mediante contrato escrito. En la relación laboral, se daban de forma verbal, las funciones a desarrollar, quienes debían desempeñarse en la limpieza, la preparación de alimentos, realizar el mercado, entre otras. Al mismo tiempo, se comienzan a conformar núcleos familiares más grandes, en casa de mayor proporción y dimensión, lo que hace que se clasifiquen las funciones de las empleadas domésticas de acuerdo a las necesidades del hogar, así como los horarios, la remuneración y demás.

Tras la gravedad de la Masacre de las Bananeras, que puso en evidencia la situación laboral de los trabajadores en Colombia, se promulgó la Ley 10 de 1934, en la que se dan algunas disposiciones en relación con los contratos laborales, los horarios, condiciones para la contratación y demás que cobijaron el servicio doméstico, toda vez que se establecen las reglas para reconocer un contrato laboral de un empleado particular.

Con posterioridad, se promulga el Acto Legislativo 1 del año 1936, que preceptuaba en materia laboral que “El trabajo se considera como una obligación social y gozará de protección del Estado”, estableciendo el primer avance de reconocimiento en rango constitucional sobre el derecho al trabajo.

Entre los años 1942 y 1945, donde ejerció la Presidencia de la Republica López Pumarejo, se expidió la Ley 6 donde se establecieron reglas en relación con los sindicatos y movimientos obreros, y además expresó que los contratos de trabajo entre quienes prestan un servicio personal bajo la subordinación de otro y reciben una remuneración, y quien recibe el servicio, se debe establecer una jornada laboral que no supere las 8 horas diarias y 48 horas semanales, así como un salario mínimo, la prohibición de toda conducta discriminatoria en razón del sexo, religió, raza, opinión política o vinculación sindical, así como también el descanso dominical. No obstante, la norma tenía aplicación exclusivamente para las empresas formales, es decir que no cobija el servicio prestado por las empleadas domésticas. (Congreso de Colombia, Ley 6 de 1945)

Seguidamente se promulgo la Ley 90 de 1946, que creo el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y mediante la cual se ordenó que: “Serán asegurados por el régimen del seguro social obligatorio, todos los individuos, nacionales y extranjeros, que presten sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto, de trabajo o aprendizaje, inclusive los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico”. (Barrera, 2017)

En el año 1950 el Congreso de Colombia expide el Decreto 2663, a través del cual se expide el Código Sustantivo del Trabajo, reformado mediante el Decreto 13 de 1967, sin que se especifique de manera clara y expresa la labor de las empleadas domésticas.

Una vez terminada la Primera y la Segunda Guerra Mundial, se promulgó la Declaración de los Derechos Humanos, como marco jurídico internacional para la protección de los derechos humanos, donde se incluyeron grandes avances, de manera general mas no especifica con las funciones de las empleadas domésticas. Sumando a este suceso, en 1991, Colombia promueve la

Carta Política, que fundamenta un Estado Social de Derecho y Democrático fundado bajo la protección de la dignidad humana, lo que configura a su vez condiciones laborales enmarcadas en el trato digno, tras la disposición del artículo 53 que preceptúa que el trabajador tendrá derecho a una remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo;

Dentro del marco histórico de los antecedentes acá presentados, se concluye que el servicio prestado por las empleadas domésticas, ha estado inmerso en diferentes criterios jurídicos de discriminación y omisión en materia de reconocimiento de sus derechos laborales, siendo incluso la Constitución política indiferente a este proceso de humanización, y dentro del Congreso dando pausa a la regulación normativa de esta materia. Así las cosas, ni en el desarrollo del Siglo XIX y tampoco con la llegada del siglo XX, se dieron grandes cambios en la materia.

2.2 Evolución normativa en Colombia frente al reconocimiento de los derechos laborales para los cuidadores de menores de edad.

El ordenamiento jurídico colombiano ha venido en constante evolución en materia de la protección de los derechos laborales de los trabajadores. En el caso de los empleados domésticos, se han establecido su reconocimiento de manera más reciente, puesto que antes dicha actividad, no se protegía en el marco legislativo colombiano.

Respecto a las personas que ejercen como niñeras, la situación jurídica actual, permite evidenciar que su función, se encuentra enmarcada en la legislación actual de los denominados empleados domésticos, gozando de los derechos y beneficios que plantea el Código Sustantivo

del Trabajo, y las normas que ya fueron identificadas sobre primas, salario y acceso al sistema de seguridad social.

No obstante, dicha situación se encuentra desprovista de estudio y valoración jurídica desde el ámbito legislativo, toda vez que la labor de cuidar niños, no puede establecerse como una función del servicio doméstico, ya que dentro del amplio cúmulo de funciones de un empleado doméstico, no se le puede además, asignar la función pedagógica de los menores de edad, inicialmente porque se estaría sobrecargando de funciones que no corresponden a su contrato laboral, y segundo porque la función del cuidado de los niños, niñas y adolescentes, debe corresponder a personal calificado y bajo el cumplimiento de requisitos como idoneidad para el cargo, ya que recordemos el Estado Colombiano, se enmarca bajo la protección jurídica de los derechos fundamentales de dicha población, y es una irresponsabilidad de los padres, dejar el cuidado de los mismos, a personas inicialmente que no están calificadas, segundo violentando los derechos laborales de los empleados domésticos y tercero porque debe primar la idoneidad de quienes van a encargarse del cuidado personal y la formación pedagógica de los mismos, enmarcándose en el interés superior y primacía de los derechos fundamentales de los menores de edad.

Si bien, es cierto que cuando contratamos a una persona para el servicio doméstico, la misma puede encargarse de cuidar niños desde el punto de vista de vigilar su desarrollo, encargarse de la alimentación y demás cuidados, hay situaciones que competen exclusivamente a las niñeras, quienes están llamadas a desarrollar todo lo que implica la guía, el cuidado y la formación de los niños, niñas y adolescentes.

La situación actual, permite establecer que existe un vacío jurídico dentro del ordenamiento jurídico colombiano, puesto que ni siquiera existe claridad sobre las forma para vincular a las niñeras, ya que de acuerdo con la legislación actual, las personas que contraten este servicio, deberán acogerse al marco jurídico establecido para los empleados domésticos, lo que implica que el empleador tendrá que pagarle todas las prestaciones de ley, como salud, pensión, primas, cesantías, vacaciones o el subsidio de transporte, de manera proporcional a los días trabajados.

De esta forma, si se cumplen con los tres requisitos que dan vida jurídica al contrato laboral, en Colombia, se estará ante una vinculación laboral con validez, bien sea escrito o verbal.

Con fundamento, en los argumentos expuestos, se puede establecer que en la actualidad la situación jurídica de las niñeras o cuidadores de niños, niñas y adolescentes, se encuentra en el limbo jurídico, puesto que siendo esta una función tan importante para el desarrollo, formación pedagógica y protección de los derechos fundamentales del menor de edad, se requiere de una legislación especial, que en la actualidad no existe en Colombia.

2.3 Principales sentencias de la Corte Constitucional en Colombia

La Corte Constitucional ha hecho varias precisiones en la materia. Dentro de los más destacados, encontramos la Sentencia C-028 de 2019, donde la Honorable Corporación declara inexecutable el numeral 2° del artículo 77 del Decreto Ley 2663 de 1950 que dice “En el contrato de trabajo de los servidores domésticos se presume como **período de prueba** los primeros quince (15) días de servicio”. Según esta Sentencia que modifica el Código Sustantivo del

Trabajo, el **período de prueba** para empleadas o trabajadoras domésticas solo es posible si consta por escrito, y su duración puede ser de un día y máximo de dos meses. (Corte Constitucional, Sentencia C-028 de 2019)

En la Sentencia T-243 de 2018, la Corte Constitucional fija su criterio sobre la materialización del principio de la solidaridad y afirma sobre la importancia de la misma, "en las relaciones entre particulares, pues este valor y principio es sin duda la base indispensable para una sociedad incluyente". Dicho criterio se establece, a partir del estudio del caso de vulneración de derechos fundamentales de la que fue víctima una empleada doméstica por parte de su ex empleadora a través del uso de la plataforma Facebook.

Dentro de dicha providencia, la Honorable Corporación expuso que:

“el ordenamiento jurídico colombiano prohíbe la creación de listas negativas a los empleadores, entendidas como la difusión de información de sus ex trabajadores, que impliquen una limitación posterior de su acceso al mercado laboral. Antes bien, dicha prohibición se predica tanto para las empresas empleadoras como para las personas naturales que actúen en tal calidad". (Corte Constitucional, Sentencia T-243 de 2018)

Dentro del mismo escenario la Corte Constitucional reconoció en Sentencia 185 de 2016, a las empleadas domésticas como sujetos especiales de protección. La providencia, dispone que “las empleadas del servicio doméstico son un grupo vulnerable que requiere de una especial protección constitucional”. (Corte Constitucional, Sentencia 185 de 2016)

En otro pronunciamiento de la Corte Constitucional, la Corte expone que “Si bien la conciliación es un medio de solución de conflictos, esta no puede convertirse en un vehículo para desconocer los derechos de un trabajador, menos aún si se trata de un derecho irrenunciable”. (Corte Constitucional, Sentencia T-343 de 2016) Es decir, que de acuerdo con lo planteado en la providencia, no se puede configurar la conciliación como un medio para violentar los derechos fundamentales de las empleadas domésticas.

Mediante la Sentencia C-871 de 2014, la Corte Constitucional reconoció la prima para empleados domésticos, y exhorta al Congreso de la Republica para que se integre en el ordenamiento jurídico medidas legislativas y políticas públicas para avanzar hacia la universalidad del derecho prestacional al pago de la prima de servicios en el caso de los trabajadores y las trabajadoras domésticas”. (Corte Constitucional, Sentencia C-871 de 2014)

Dentro de la providencia de la Corte Constitucional T-237 de 2011, reiterando la responsabilidad que tienen los empleadores de cumplir con la afiliación de los trabajadores al Sistema de Seguridad Social, estableciendo que:

“Los conocidos riesgos de trato discriminatorio y de explotación hacia personas contratadas para cumplir labores domésticas, como aseo, cocina, lavado y planchado de ropa y demás actividades propias de un hogar, habían encontrado tradicional materialización, connivencia e indiferencia, en un rezago de la esclavitud y la servidumbre del pasado, manteniéndose la segregación social y las diferencias en las condiciones laborales”. (Corte Constitucional, Sentencia T-237 de 2011)

2.4 Análisis en el derecho comparado: México y España

2.4.1. México. En el derecho mexicano, la Constitución Política configura la protección del trabajo digno y la jornada de trabajo máxima de ocho horas, y dentro de la misma regulación normativa, hace referencia específica a las personas que laboran en el empleo doméstico. La Ley Federal del Trabajo en su capítulo XIII artículo 333, legisla las horas de descanso de los trabajadores del hogar remunerados: descanso mínimo de 9 horas consecutivas por la noche y tres horas mínimo entre la mañana y la tarde.

Dentro del ordenamiento jurídico establecido en este país, se establece una clasificación para ser reconocidos sus derechos en materia de vinculación al sistema de seguridad social. Los trabajadores que cumplen una jornada de 8 horas, podrán acceder a este sistema, mientras que las personas que laboran bajo el régimen de más de ocho horas, como las empleadas domésticas, no clasifican, lo que implica que se les niegue el acceso a la vinculación del servicios de seguridad social.

Durante el desarrollo legislativo del año 2019, se configuro un cambio trascendental en el derecho mexicano, en materia de regulación de la función de las personas que laboran en el empleo doméstico, aprobándose una reforma laboral, en la que se establecen garantías procesales en materia de horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, salario mínimo y seguridad social, con atención médica en caso de embarazo.

El primer avance de la norma, fue el reconocimiento de la relación laboral, para las personas que ejercen las funciones de limpieza y cuidado del hogar. Dentro del mismo contexto, se hace una prohibición para que se vincule en este servicio a menores de 15 años, sumado a lo

anterior, tendrán acceso al servicio de salud, atención médica, salario, descanso y demás prestaciones y garantías laborales.

Respecto a las personas encargadas de cuidar niños, niñas y adolescentes, la legislación mexicana también clasifica dicha función como una actividad que se encuentra dentro del empleo doméstico, sin que se haga un reconocimiento diferencial para esta labor.

2.4.2 España. Para contextualizar la dinámica de la legislación sobre el trabajo de los cuidadores de niños, niñas y adolescentes en el derecho español, es preciso atender a un estudio sobre el marco regulatorio del trabajo de los empleados domésticos.

De esta forma, como antecedente legislativo de la labor de los empleados domésticos, se estableció inicialmente en el marco del derecho civil, siendo esta función regulada bajo el contrato de arrendamiento de servicios establecido en el artículo 1583 al 1587 del Código Civil. Sin embargo, la laboralización de esta clase de empleo, tuvo su primer impulso por formalizarse en materia laboral, con la promulgación de la Ley de Contrato de Trabajo en 1931, donde se hablaba de relación laboral. No obstante, con la llegada de la Guerra Civil y la imposición de la dictadura, la promesa de mejores condiciones laborales para los empleados domésticos se frustró, y se estableció nuevamente en el Código Civil, y no como una relación laboral, regida bajo las garantías de accidentes de trabajo, jornada laboral, descansos y jurisdicción especial.

Con la promulgación de la Ley 16 de 1976 de relaciones laborales, se indexa una nueva propuesta para laboralizar el empleado doméstico, y configurándose bajo el nombre de servicio del hogar familiar, teniendo una clasificación especial, dentro de las relaciones laborales especiales. Dentro de esta política pública, se exhorta al Gobierno para promulgar reglas claras

en la materia y mientras se seguía guiando por las normas de tipo civil. Sin embargo, la respuesta del Gobierno no llegó, y la política de materialización tampoco, quedándose en un nuevo intento, por establecer garantías laborales en esta materia.

Con posterioridad, se promulgo un nuevo mandamiento jurídico que exhortaba al Gobierno, para regular esta clase de trabajo, mediante el Estatuto de los Trabajadores. El plazo no se cumplió, pero se amplió bajo una nueva directriz, y finalmente en la aprobación del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, que constituyó la primera regulación laboral del servicio doméstico en España y, sin duda, supuso un avance respecto a la regulación civil anterior. (Desdentado, 2015)

Durante las últimas décadas, y acogiéndose a las disposiciones que ha establecido la Organización Internacional del Trabajo, OIT, en materia de la humanización y protección del empleo doméstico, el legislador español dispuso una nueva reforma laboral en este ámbito. La nueva regulación entró en vigor el 1 de enero de 2012 y es aplicable a los contratos que estuvieran vigentes en esa fecha, aunque se exceptúa la nueva cuantía indemnizatoria prevista para el supuesto de extinción del contrato por desistimiento empresarial, que únicamente afecta a los contratos que se suscriban con posterioridad a la fecha de entrada en vigor. (Desdentado, 2015)

Respecto a la función que se cumple por parte de los cuidadores de niños, niñas y adolescentes, la legislación española establece que dicha labor, se encuentra enmarcada dentro del ordenamiento jurídico establecido para las empleadas domésticas, enmarcado dentro del Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, que regula la relación laboral de carácter especial del

servicio del hogar familiar. (B.O.E. de 17 de noviembre de 2011); el Real Decreto-Ley 29/2012, del 28 de diciembre, que regula lo relacionado con la mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social. (B.O.E. de 31 de diciembre de 2012) y finalmente en el Real Decreto 1106/2014, del 26 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2015. (B.O.E. de 27 de diciembre de 2014).

En síntesis, la situación actual en materia legislativa que ampara la función de cuidar niños, niñas y adolescentes, se establece al igual que en Colombia, bajo el régimen legislativo que regula el empleo doméstico, siendo desvirtuada la configuración de un régimen legal especial para quienes ejercen dichas funciones.

Capítulo 3. Consecuencias jurídicas en materia laboral se desarrollan a partir del desconocimiento de la función de los cuidadores de menores de edad en el ordenamiento jurídico colombiano

3.1 La implementación de las condiciones dignas de trabajo para las trabajadoras y trabajadores domésticos en Colombia con posterioridad a la promulgación y adopción del Convenio 189 de 2011 de la OIT

En el marco de la Constitución Política de 1991, se establece a partir de los artículos 9, 93, 94, 214, 53 y 102, las disposiciones en relación con la adopción de los tratados internacionales que versen sobre la protección de los derechos humanos. Sin embargo, estos fueron ampliados conforme al bloque de constitucionalidad, sobre los que adopten medidas sobre el trabajo, tal como lo expresa la Sentencia C-401 de 2005, donde la Corte Constitucional concluye que los Convenios de la Organización Internacional de Trabajo que Colombia ha ratificado gozan de reconocimiento como fuente principal y su aplicabilidad permite de forma directa resolver controversias contractuales en el derecho interno. De esta forma, en razón de la adhesión de dichos convenios al bloque de constitucionalidad en sentido estricto, los convenios de la OIT que adopte Colombia, prevalecen en el orden interno. (Corte Constitucional, Sentencia C-401 de 2005)

En este sentido, Colombia adopto el Convenio 189 de 2011, en el cual se establecen las obligaciones que tienen los Estados democráticos que hacen parte de la OIT para garantizar el trabajo de los y las empleadas domésticas en condiciones dignas. Al respecto, afirma la Corte

Constitucional mediante Sentencia C-616 de 2013, que dicho convenio busca el reconocimiento jurídico de los derechos, garantías y estándares mínimo de protección a favor de las trabajadoras y trabajadores domésticos y al tratarse de establecer dichas posiciones es completamente armónico, con las disposiciones de la constitución Política de 1991. (Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2013)

Al respecto, exhorta la OIT a los Estados democráticos que hacen parte de la organización para que los trabajadores domésticos en todo el escenario mundial gocen del reconocimiento de los mismos derechos fundamentales que proporcionan un trabajo decente a otras clases de trabajadores, lo que quiere decir que tendrán un trabajo razonable, es decir que sus funciones sean las propias a su trabajo y no que se le puedan endilgar más funciones, como el cuidado de los hijos de sus patronos, un descanso mínimo de 24 horas consecutivas, una limitación a los pagos que se realizan en especie, términos y condiciones claras sobre el empleo y el respeto por sus derechos fundamentales en el ámbito laboral, incluyéndose la libertad sindical y la negociación colectiva.

3.2 ¿Qué consecuencias jurídicas en materia laboral se desarrollan a partir del desconocimiento de la función de los cuidadores de menores de edad en el ordenamiento jurídico colombiano?

El ordenamiento jurídico colombiano goza de un amplio marco de normas legales, que permiten que los trabajadores puedan ejercer sus labores dentro del contexto de garantías de un Estado Social de Derecho. Sumado, a ello, la Corte Constitucional ha hecho una labor bastante importante, en materia de algunas actividades que no se reconocían dentro del marco jurídico,

siendo la más representativa en los últimos años la función de las empleadas domésticas, que durante décadas fueron vulneradas en la modalidad como se vinculaban laboralmente.

Al mismo tiempo, se establecieron las condiciones legales, en las cuales el patrono está obligado al pago de prima de servicios, y algunas otras garantías; no obstante, el panorama en este campo aún requiere de nuevas discusiones jurídicas, políticas, sociales y demás, para que el escenario en materia de protección jurídica para las empleadas domésticas difiera de vacíos normativos, que comprendan riesgos a los fines propuestos por el Estado Social de Derecho en materia laboral.

Sumado a lo anterior, encontramos que dentro de las funciones domésticas, se han clasificado las que se derivan del cuidado de niños y niñas, lo cual permite establecer que las personas dedicadas a dicha función se vinculan bajo las mismas condiciones de las empleadas domésticas, sin que sus funciones sean reguladas bajo la necesidad de proteger y garantizar el principio de interés superior, toda vez que la crianza de hijos ajenos, implica la necesidad de personas dotadas de otras competencias, habilidades y destrezas.

Bajo este contexto, existe un evidente vacío jurídico en el régimen jurídico para la vinculación laboral de las niñeras o cuidadores de niños y niñas en Colombia, estableciendo un escenario jurídico para dos problemáticas, una la desprotección de dicha función en la cual se ve implícito un panorama de vulneración para las personas que ejercen la labor, bajo el cual el Estado ha debido establecer los parámetros legales para ejercer dicha función, y a su vez para

garantizar la vinculación laboral bajo el marco jurídico de la protección de los derechos laborales.

Con base en dichos argumentos nos hemos planteado el siguiente interrogante ¿Qué consecuencias jurídicas en materia laboral se desarrollan a partir del desconocimiento de la función de los cuidadores de menores de edad en el ordenamiento jurídico colombiano?

De acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, la labor de los cuidadores de menores de edad dentro de la regulación laboral, no encuentra un sustento jurídico, ya que si bien es cierto los trabajadores y trabajadoras domésticas adquirieron en Colombia un amplio compendio de normas que reconocen su función, como la Ley 1413 de 2010, donde por primera vez se exhorta al Gobierno Nacional a invertir económicamente por el tiempo y la dedicación de las labores domésticas, el Decreto 2616 de 2013, donde regula lo referente a la cotización al sistema de seguridad social para los trabajadores dependientes que laboran en periodos inferiores a un mes, el Decreto 721 de 2013, donde se regula la afiliación de los trabajadores domésticos al sistema de compensación familiar. Al respecto, el artículo 2 de la norma citada establece que “Los trabajadores del servicio doméstico deberán ser afiliados por la persona natural para quien prestan sus servicios, a la Caja de Compensación Familiar que esta seleccione y que opere en el departamento dentro del cual se presten los servicios, la ley 1595 de 2012, donde se adopta el Convenio adoptado por Ginebra y Suiza, y donde se han establecido los principios delimitados en la Organización Internacional del Trabajo, OIT, sobre justicia social y la Ley 1788 de 2016 “Por medio del cual se garantiza el acceso en condiciones de universalidad al derecho prestacional de pago de prima de servicios para trabajadores domésticos”., dentro de la misma, no se configuro la función de las personas que cuidan niños, niñas y adolescentes, siendo la

misma una función que no implica las mismas calidades de la empleada o empleado doméstico, y a su vez el desconocimiento de los derechos laborales de esta población.

La situación actual, permite establecer que existe un vacío jurídico dentro del ordenamiento jurídico colombiano, puesto que ni siquiera existe claridad sobre la forma para vincular a las niñeras, ya que de acuerdo con la legislación actual, las personas que contraten este servicio, deberán acogerse al marco jurídico establecido para los empleados domésticos, lo que implica que el empleador tendrá que pagarle todas las prestaciones de ley, como salud, pensión, primas, cesantías, vacaciones o el subsidio de transporte, de manera proporcional a los días trabajados.

Con fundamento, en los argumentos expuestos, se puede establecer que en la actualidad la situación jurídica de las niñeras o cuidadores de niños, niñas y adolescentes, se encuentra en el limbo jurídico, puesto que siendo esta una función tan importante para el desarrollo, formación pedagógica y protección de los derechos fundamentales del menor de edad, se requiere de una legislación especial, que en la actualidad no existe en Colombia.

En respuesta sobre las consecuencias jurídicas en materia laboral derivadas de esta situación, es que efectivamente existe un vacío normativo que implica, inicialmente un riesgo de vulneración al principio constitucional de interés superior de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, puesto que su desconocimiento en la norma, implica que sea mucho más complejo el proceso de vigilancia y control de las funciones que desarrollan las niñeras o cuidadores.

Seguidamente, se configura ante la falta de legislación, abuso laboral al vincular laboralmente a una persona bajo el cargo de empleado doméstico, y se asignan funciones de cuidado y formación pedagógica de un menor de edad, inicialmente sin tener las calidades, abusando del poder del empleador y tercero poniendo en riesgo el desarrollo físico, emocional y psíquico del niño, niña o adolescente.

Conclusiones

Hemos podido evidenciar que el trabajo de los cuidadores de menores de edad, fue y sigue siendo una función adicionada al trabajo doméstico, que se encuentra presente en la sociedad colombiana desde la época de la colonia y que fue desempeñado por mujeres esclavas que luego pasaron a ser empleadas domésticas con derecho a remuneración. Sin embargo, la función de los trabajadores y trabajadoras domésticas se comienza a reevaluar en el escenario laboral desde hace muy poco, reconociéndose inicialmente por la Corte Constitucional la protección de sus derechos labores y luego en el ámbito legislativo expidiéndose un nuevo cuerpo normativo de provisión de herramientas jurídicas para la protección de dichas funciones, donde de ninguna forma se desliga la del cuidado de los menores, lo que conlleva a preguntarnos ¿Qué consecuencias jurídicas en materia laboral se desarrollan a partir del desconocimiento de la función de los cuidadores de menores de edad en el ordenamiento jurídico colombiano?

La función de los cuidadores de niños, niñas y adolescentes se encuentra desprovista de estudio y valoración jurídica en Colombia desde el ámbito legislativo, toda vez que la labor de cuidar niños, no puede establecerse como una función del servicio doméstico, ya que dentro del amplio cumulo de funciones de un empleado doméstico, no se le puede además, asignar la función pedagógica de los menores de edad, inicialmente porque se estaría sobrecargando de funciones que no corresponden a su contrato laboral, y segundo porque la función del cuidado de los niños, niñas y adolescentes, debe corresponder a personal calificado y bajo el cumplimiento de requisitos como idoneidad para el cargo, ya que recordemos el Estado Colombiano, se enmarca bajo la protección jurídica de los derechos fundamentales de dicha población, y es una irresponsabilidad de los padres, dejar el cuidado de los mismos, a personas inicialmente que no

están calificadas, segundo violentando los derechos laborales de los empleados domésticos y tercero porque debe primar la idoneidad de quienes van a encargarse del cuidado personal y la formación pedagógica de los mismos, enmarcándose en el interés superior y primacía de los derechos fundamentales de los menores de edad.

Es preciso decir que Colombia debe desligar de las tareas domésticas que cumplen los trabajadores y trabajadoras domésticas, la función del cuidado de los niños, niñas y adolescentes de sus patronos, toda vez que configura una carga laboral que vulnera las disposiciones del Convenio 189 de la OIT, así como las garantías laborales reconocidas en la legislación interna, y en general un cambio a través de la regulación de una norma, que enmarque la protección efectiva de los derechos laborales de este colectivo de trabajadores en el territorio colombiano.

Referencias

Asamblea Nacional Constituyente. (s.f.). *Constitución Política de la República de Colombia*.

Recuperado el 03 de Febrero de 2020, de
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Barrera, L. M. (2017). *Evolución Normativa Del Trabajo Doméstico En Colombia*. Universidad

Católica de Colombia. Recuperado el 01 de Febrero de 2020, de
<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15417/1/EVOLUCI%C3%93N%20NORMATIVA%20DEL%20TRABAJO%20DOM%C3%89STICO%20EN%20COLOMBIA...pdf>

Calle, C. E. (2019). *RÉGIMEN LEGAL DE LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS EN COLOMBIA Y LA VULNERACIÓN DE SUS DERECHOS*. Universidad Católica de

Colombia. Recuperado el 2020, de
<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/22957/1/REGIMEN%20LEGAL%20DE%20LOS%20TRABAJADORES%20DOMESTICOS.pdf>

Concepto 08SE2018120300000040905 de 30 de octubre de 2018 (Ministerio de Trabajo).

Recuperado el 24 de Febrero de 2020, de
<http://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/48305/Radicado+02EE201841060000055370+trabajadores+servicio+domesteico.pdf>

Congreso de Colombia, Ley 6 de 1945, “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.”. Recuperado el 01 de Febrero de 2020, de

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1167>

Constitución Política de Colombia. Legis Editores...

Corte Constitucional, Sentencia 185 de 2016. Recuperado el 25 de Febrero de 2020, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-185-16.htm>

Corte Constitucional, Sentencia 185 de 2016, Referencia: expediente T-5152055. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.). Recuperado el 10 de Febrero de 2020, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-185-16.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-028 de 2019. Recuperado el 24 de Febrero de 2020, de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=91280>

Corte Constitucional, Sentencia C-035/05, Referencia: expediente D-5290. (Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.). Recuperado el Noviembre de 2020, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-035-05.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-401 de 2005, Referencia: expediente D-5355 (M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA). Recuperado el 22 de Agosto de 2020, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-401-05.htm#:~:text=Cuando%20alg%C3%BAAn%20convenio%20proh%C3%ADba%20la,ha%20realizado%20en%20sentencias%20anteriores.>

Corte Constitucional, Sentencia C-470 de 1997, Referencia: Expediente D-1606 (Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO). Recuperado el Noviembre de 2020, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-470-97.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992, Ref.: Expedientes D-020, D-025, D-031, D-040 (Magistrados Ponentes: Doctores JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.). Recuperado el Noviembre de 2020, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-479->

92.htm#:~:text=El%20mandato%20constitucional%20de%20proteger,que%20genera%20
Oesa%20labor%20humana.

Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2013, Referencia: expediente LAT-405 (M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA). Recuperado el 23 de Agosto de 2020, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-616-13.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-871 de 2014, Referencia: expediente D-10213 (M.P. María Victoria Calle Correa). Recuperado el 12 de Febrero de 2020, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-871-14.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-892/09, Referencia: expediente D-7742 (Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA). Recuperado el Noviembre de 2020, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-892-09.htm>

Corte Constitucional, Sentencia T-237 de 2011, Referencia: expediente T-2849702 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla). Recuperado el 12 de Febrero de 2020, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-237-11.htm>

Corte Constitucional, Sentencia T-243 de 2018, Referencia: Expediente T- 6.457.214 (M.P. Diana Fajardo Rivera). Recuperado el 24 de Febrero de 2020, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-243-18.htm>

Corte Constitucional, Sentencia T-343 de 2016, Referencia: T- 5461469 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Recuperado el 10 de Febrero de 2020, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-343-16.htm>

Corte Constitucional, Sentencia T-611 de 2001, Referencia: expediente T-404092 (Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO). Recuperado el Noviembre de 2020, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-611-01.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C- 177 de 1998, Referencia: Expediente D-1825 (Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.). Recuperado el Noviembre de 2020, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1998/C-177-98.htm>

Decreto 1072 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo (PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA). Recuperado el Noviembre de 2020, de <https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/0/DUR+Sector+Trabajo+Actualizado+a+15+de+abril++de+2016.pdf/a32b1dcf-7a4e-8a37-ac16-c121928719c8>

Decreto 2127 de 1945, “Por el cual se reglamenta la ley 6a. de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general.” (Presidente De La Republica De Colombia). Recuperado el 01 de Febrero de 2020, de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14906>

Decreto 2616 del 20 de noviembre de 2013, (Presidente de La República De Colombia). Recuperado el 25 de Febrero de 2020, de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2013/Documents/NOVIEMBRE/20/DECRETO%202616%20DEL%2020%20DE%20NOVIEMBRE%20DE%202013.pdf>

Desdentado, D., (2015). *Las reformas de la regulación del trabajo doméstico por cuenta ajena en España*. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Recuperado el 15 de Febrero de 2020, de <file:///C:/Users/fggh/Downloads/52060-Texto%20del%20art%C3%ADculo-99940-2-10-20160704.pdf>

Flórez, P. A., Jaramillo, F. M., & Rincón, C. H. (2012). *LA PREVALENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA CARTA POLÍTICA Y EN EL CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA Y SU APLICACIÓN EN LAS ACCIONES DE TUTELA*

POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL PERÍODO COMPRENDIDO ENTRE 2009 Y 2011. Universidad Libre Seccional Pereira. Recuperado el 2020, de <http://repositorio.unilibrepereira.edu.co:8080/pereira/bitstream/handle/123456789/322/LA%20PREVALENCIA%20DEL%20INTERES%20SUP.%20DEL%20MENOR%20EN%20LA%20CARTA%20POL%20CDTICA.pdf?sequence=1>

Ley 15 de 1925, Sobre higiene social y asistencia pública (Congreso de Colombia). Recuperado el
 Noviembre de 2020, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1571092>

Ley 1778 de 2016, "POR LA CUAL SE DICTAN NORMAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR ACTOS DE CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES EN MATERIA DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN" (Congreso de Colombia). Recuperado el 22 de
 Febrero de 2020, de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=67542>

Ley 37 de 1921, que establece el seguro colectivo obligatorio. (Congreso de Colombia).
 Recuperado el Noviembre de 2020, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1592694>

Ley 53 de 1938, Por la cual se protege la maternidad (Congreso de Colombia). Recuperado el
 Noviembre de 2020, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1806054>

Ley 57 de 1915, Sobre reparaciones por accidentes del trabajo (Congreso de Colombia).
 Recuperado el Diciembre de 2020, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1609446#:~:text=LEY%2057%20DE%2>

01915&text=Enti%C3%A9ndese%20por%20patrono%20toda%20persona, trabajo%20por%20cuenta%20del%20patrono.

Ley 68 de 1922, Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre pago de pensiones civiles y militares (Congreso de Colombia). Recuperado el Noviembre de 2020, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1618759>

Marín, M. J. (s.f.). *Perspectiva constitucional de los derechos de la niñez y la adolescencia*. Universidad Autónoma De Bucaramanga. Recuperado el 2020, de <file:///C:/Users/fgh/Downloads/1708-Texto%20del%20art%C3%ADculo-5009-1-10-20130215.pdf>