

REF: Concepto jurídico sobre el Proyecto de ley 098 de 2015

1. Del contenido y la motivación del proyecto de ley 089 de 2015

El articulado del proyecto procura el encausamiento de una política nacional de empleo para la protección de aquellos quienes tienen que cargar con responsabilidades familiares, buscando su inserción y flexibilización en el campo laboral. Esto, por cuanto la labor de cuidado y acompañamiento asistencial permanente para una persona que se encuentra en condición de discapacidad se ha convertido en un factor desencadenante para la construcción de barreras dentro del desarrollo de relaciones de trabajo dignas para su cuidador familiar, lo cual se refleja directamente en el proyecto de vida de quienes no se pueden valer por sí mismos (Corte Constitucional, T608, 2007). Así, dentro de las distintas políticas de reglamentación descritas en el proyecto, se propende por el acceso a permisos, la alteración de la jornada de trabajo, así como la prohibición de despido por encontrarse en esta situación especial, todo esto mientras se garantice un cuidado óptimo y digno para el familiar de quien se alega la respectiva discapacidad.

No obstante, lo anteriormente descrito, el proyecto de ley esbozado parece encontrar su punto de quiebre al no permitirse especificar cuáles son los medios idóneos y concretos que se deben implementar dentro de las políticas de empleo para que efectivamente se evidencie una protección a estas personas que no han encontrado hasta el momento un respaldo estatal, así pues, aunque parece correcta la motivación esbozada por los ponentes principales de esta noción, encontramos insuficiente y limitada la manera de plasmarlo en un proyecto de ley, esto en tanto será el ejecutivo quien se verá forzado al uso de su potestad reglamentadora para lograr de manera

efectiva brindar colaboración a aquellos que desempeñan esta cansada labor. De esta forma no está lejos de la realidad pensar que proyecciones tan relevantes y delicadas terminan en articulados que al momento de entrar en la práctica no encuentran su verdadera fundamentación y relación de uso, se presentan con el fin de elevar estadísticas parlamentarias a favor de ciertos grupos políticos, dentro de los cuales no hay una verdadera calidad legislativa.

2. Campo de aplicación del proyecto

Según cifras del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, para el año 2005 solo en la capital colombiana existían 325.377 personas en algún tipo de condición de discapacidad, lo que a nivel Latinoamérica deja a Colombia en el séptimo lugar con un total de 6,3% de su población en esta condición, teniendo presente que por cada individuo en esta situación se encuentra otro con la responsabilidad de velar por su cuidado y asistencia. (DANE, 2005)

El proyecto de ley en su motivación permite actualizar los datos anteriores de la siguiente manera:

“Según el registro para la localización y caracterización de las personas con discapacidad aportada por cifras del DANE, actualizada a 31 de julio de 2010, según información suministrada por el Ministerio de la Protección Social, se puede determinar que de las 941.046 personas a las que se les aplicó el registro, 347.414 refieren requerir una persona que les ayude permanentemente.

Además, en este registro se pudo determinar que otras personas les ayudan para realizar sus actividades:

Algún miembro del hogar: 290.551.

Persona externa no empleada: 12.315.

Persona externa empleada: 15.424.

Otra: 6.398.

Sin dato: 22.726."

En atención a esto, es claro que el contexto en el cual se presenta esta problemática es amplio y en ese sentido la necesidad de implementar políticas encaminadas a la protección de cuidadores es de carácter urgente, más cuando instituciones y organizaciones internacionales han puesto sus ojos en esta situación, acentuando en la necesidad de encontrar instrumentos que favorezcan a los trabajadores que requieren conciliar sus tareas familiares y laborales, más cuando la dependencia de la persona enferma o discapacitada se liga únicamente a la de aquella.

3. Del principio de igualdad

La carta política en su artículo 13 consagra el derecho de igualdad, este como uno inherente a todas las personas, sin excepción. Será en el marco de este mandato que el estado debe promover acciones para que la misma sea real y efectiva, protegiendo de manera especial a las personas que se encuentren en un estado de debilidad manifiesta. La constitución nacional nutre este proyecto al adoptar diversas disposiciones encaminadas a la protección especial de las personas en condiciones de discapacidad, que son el sujeto pasivo a quien directamente se dirige esta política, esto por cuando la

dependencia permanente a su cónyuge u otro familiar se supedita a su disponibilidad, esfuerzo, capacidad física, mental y en este caso, también económica de aquel. Todo lo cual justifica la implementación de acciones afirmativas necesarias para su protección y asistencia, en donde, automáticamente se llevan a consideración las circunstancias en las cuales se desenvuelve dicha asistencia, y más cuando esta le corresponde a un responsable inmediato o familiar que además de cumplir con su obligación laboral y asistencial, se enfrenta a las distintas barreras laborales que se le pueden imponer dada su agobiante tarea. En este mismo sentido se ha pronunciado la corte constitucional:

“Se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación” (Corte Constitucional, C044, 1994)

4. Fundamentación institucional y legal

En el año 1983 la OIT expide el Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, en su artículo primero dispone:

1. El presente Convenio se aplica a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella.

2. Las disposiciones del presente Convenio se aplicarán también a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella.

3. A los fines del presente Convenio, las expresiones hijos a su cargo y otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén se entienden en el sentido definido en cada país por uno de los medios a que hace referencia el artículo 9 del presente Convenio.

*4. Los trabajadores y las trabajadoras a que se refieren los párrafos 1 y 2 anteriores se designarán de aquí en adelante como **trabajadores con responsabilidades familiares**.*

De esta forma la OIT presenta por primera vez su preocupación al presentar el problema de estas personas, promulgando un mecanismo de difusión internacional para que los diferentes estados iniciaran así la implementación de políticas públicas para aquellos a quien ha denominado "trabajadores con responsabilidades familiares.

Parece ser que este problema es mucho mas frecuente para las mujeres trabajadores, esto por cuanto es notorio el sentido de responsabilidad del genero femenino respecto de las atenciones que requieren los hijos de una familia o adultos de la tercera edad si es el caso, es por esto que la OIT en su Recomendación 123 reforzó la noción de protección a los cuidadores de familiares con discapacidad para la mujeres de manera

autónoma, en este sentido encontramos dentro de la motivación expuesta en su preámbulo:

"...Advirtiendo que en muchos países son cada vez más numerosas las mujeres que trabajan fuera del hogar formando parte integrante y esencial de la fuerza de trabajo;

Advirtiendo que muchas de esas mujeres tienen problemas especiales originados en la necesidad de conciliar su doble personalidad familiar y profesional;

Advirtiendo que, si bien muchos de esos problemas repercuten especialmente en las posibilidades de empleo de las mujeres con responsabilidades familiares, afectan también a otros trabajadores y pueden ser en gran parte resueltos con medidas que se apliquen a todos los trabajadores, tales como la reducción gradual de la duración diaria y semanal del trabajo;

Advirtiendo además que muchos de los problemas especiales que deben afrontar las mujeres con responsabilidades familiares no son problemas exclusivos de las trabajadoras, sino de la familia y de la sociedad en su conjunto;

Reconociendo que se necesita una adaptación social continua para resolver esos problemas en forma que sea compatible con la mejor conveniencia de todos los interesados;..."

Posterior a esto la recomendación numero 165 ampliaría el contenido del convenio ya esbozado procurando exponer aquellas medidas afirmativas, que serían las necesarias o por lo menos los derroteros que deberían seguirse por parte de aquellos quienes decidieran adoptarlo, evitando que estas tareas entren de alguna u otra forma en conflicto, en este mismo sentido, es necesario que estas ultimas circunstancias no puedan ser razón alguna para desmejorar condiciones de empleo, denegar el acceso a uno o terminar dicha relación. Es así como en el marco del uso del *ius variandi*, se debe limitar cualquier modificación de las condiciones iniciales de empleo que agraven la posición del cuidador y por consiguiente del discapacitado. Así, este trabajador debería obtener la posibilidad de obtener un permiso en caso de enfermedad de un miembro de la familia directa que necesite su cuidado o sostén, la posibilidad de flexibilizar su horario de trabajo y acceder a beneficios adicionales por parte de su empleador.

En este sentido sus artículos 6 y 9:

6. Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro debería incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir a las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo, que ejerzan su derecho a hacerlo, sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales

9. Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, deberían adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y las posibilidades nacionales para:

- *(a) permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a la formación profesional y a elegir libremente su empleo;*
- *(b) tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social;*
- *(c) desarrollar o promover servicios de asistencia a la infancia, de asistencia familiar y otros servicios comunitarios, públicos o privados, que respondan a sus necesidades.*

Al respecto la ley sobre discapacidad (Ley 361, 1997), toma en consideración la asistencia especial asignada para los individuos con limitación, la cual ha sido ampliada a ambos padres de familia para proteger la prevalencia de los derechos de los niños y del grupo familiar al que pertenecen, resguardarse entre los cónyuges como reflejo del necesario cumplimiento de las obligaciones "de una relación de pareja o incluso la asistencia personal de los hijos a los padres de familia discapacitados" (Corte Constitucional, C1039, 2003). Todo esto en aras de brindarle especial atención a los núcleos familiares en estado de debilidad, pues una persona discapacitada implica un impacto asistencial, social como económico.

5. Concepto personal

El articulado que se encuentra ad portas de su presentación a un segundo debate pareciera limitarse a mandatos de contenido abstracto, que ligados a las ya mencionadas disposiciones constitucionales no generan un gran impacto en la implementación de políticas que favorezcan realmente a los cuidadores de familiares en condiciones de discapacidad, en donde no se observan delimitadas las obligaciones del empleador en lo concerniente a la flexibilización de las condiciones del trabajador que anhelados sean concretadas en las próximas discusiones en el órgano parlamentario o en su reglamentación por parte del ejecutivo.

De esta forma sería ideal que se incluyeran los mandatos expuestos de manera individualizada en la Recomendación de la OIT, número 165 ya mencionada, así, en sus artículos 17, 18 19, 20 y 21 se articula:

Debería concederse especial atención a las medidas generales para mejorar las condiciones de trabajo y la calidad de la vida de trabajo, incluyendo medidas destinadas a reducir progresivamente la duración de la jornada de trabajo y reducir las horas extraordinarias y también introducir más flexibilidad en la organización de los horarios de trabajo, de los períodos de descanso y de las vacaciones, habida cuenta del nivel de desarrollo y de las necesidades particulares del país y de los diversos sectores de actividad.

Cuando sea posible, deberían tenerse en cuenta las necesidades especiales de los trabajadores, incluidas las derivadas de sus responsabilidades familiares, al organizar el trabajo por turnos y al asignar el trabajo nocturno. Al trasladar a trabajadores de una

localidad a otra deberían tenerse en cuenta las responsabilidades familiares de esos trabajadores y factores tales como la localidad de empleo del cónyuge y las posibilidades de educación de los hijos.

Con el fin de proteger a los trabajadores a tiempo parcial, a los trabajadores temporeros y a los trabajadores a domicilio, muchos de los cuales tienen responsabilidades familiares, deberían reglamentarse y supervisarse adecuadamente las condiciones en que se ejercen estos tipos de empleo.

En la medida de lo posible, las condiciones de empleo incluida la protección de la seguridad social, de los trabajadores a tiempo parcial y de los trabajadores temporeros deberían ser equivalentes a las de los trabajadores a tiempo completo y de los trabajadores permanentes, respectivamente; en casos apropiados, sus derechos deberían calcularse en forma proporcional. Los trabajadores a tiempo parcial deberían tener la opción de pasar a ocupar empleos a tiempo completo o de regresar a ellos cuando existan vacantes en esos empleos y cuando hayan desaparecido las circunstancias que hubiesen determinado su asignación a empleos a tiempo parcial. Durante un período inmediatamente posterior a la licencia de maternidad, la madre o el padre deberían tener la posibilidad de obtener una licencia (licencia parental) sin perder su empleo y conservando los derechos que se derivan de él.

6. Tabla bibliográfica

- Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 13 [Título II]. 2da Ed. Legis.
- Congreso de Colombia. (7 de febrero de 1997) Ley de protección a discapacitados. [Ley 367, 1997]
- Congreso de la República, (11 de marzo de 2016) gaceta 87, proyecto de ley 086 de 2015.
- Congreso de la República, (06 de abril de 2016) gaceta 127, publicación en segundo debate, proyecto de ley 086 de 2015.
- Ministerio de salud y protección social. (16 de mayo de 2016). Gaceta del congreso 272 Carta de comentarios al proyecto 089 de 2015 cámara.
- Corte Constitucional. (8 de agosto de 2007) Sentencia de tutela. T608, 2007. [MP. Rodrigo Escobar Gil]
- Corte Constitucional. (27 de enero de 2004)) Sentencia de constitucionalidad. C044, 2004. [MP. Jaime Araujo Renteria]
- Corte Constitucional. (5 de noviembre de 2003) Sentencia de constitucionalidad. C1039, 2003. [MP. Alfredo Beltran Sierra]
- Organización Internacional de Trabajo, Convenio 156, Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1983

- Organización Internacional de Trabajo, Recomendación 165, Recomendación sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, 1981
- Organización Internacional de Trabajo, Recomendación 123, Recomendación sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares, 1965
- Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, Censo Nacional en Colombia, 2005)
- Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, registro para la localización y caracterización de las personas con discapacidad, 2010)