

Bogotá, 7 de noviembre de 2023

Excelentísimo señor

RICARDO PÉREZ MANRIQUE

Presidente

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Avenida 10, Calles 45 y 47 Los Yoses, San Pedro, San José, Costa Rica

tramite@cortheidh.or.cr

E S. D.

Con todo respeto:

Tenemos el agrado y el honor de dirigirnos a la Honorable CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en nombre y representación de la FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE CUIDADO Y APOYO – FICA y la FUNDACIÓN CORNELIA DE LANGE - Colombia, con el objetode aportar desde Colombia a la presentación de la solicitud de opinión consultiva realizada por el Estado Argentino, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y 70 y 71 del Reglamento de la Corte IDH, sobre *“El contenido y el alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos”*, a la luz de la citada Convención y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

Para realizar este aporte a la mencionada solicitud, la FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE CUIDADO Y APOYO – FICA y la FUNDACIÓN CORNELIA DE LANGE - Colombia, en un ejercicio de participación, efectuamos diferentes consultas con expertos/as y organizaciones de la sociedad civil.

El presente aporte versa sobre las cuestiones del derecho humano universal al cuidado en la familia y la sociedad.

**APORTE A LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA A LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS
EL CONTENIDO Y ALCANCE DEL CUIDADO COMO DERECHO HUMANO, Y SU
INTERRELACIÓN CON OTROS DERECHOS**

INTRODUCCIÓN

Los cuidados necesarios del nasciturus¹, del recién nacido/a para su supervivencia desde que nace hasta que se convierte en un ser autónomo suponen un ejemplo de la necesidad que todo ciudadano/a tiene de ser cuidado por otro/a en determinados periodos de su vida (infancia o persona mayor), al igual que en ciertas condiciones de enfermedad y/o discapacidad que requieran cuidado directo.

En este concepto tomaremos como definición del derecho al cuidado, como el derecho a recibir cuidados, a cuidar y al autocuidado, y que este es parte de los derechos humanos ya reconocidos en los Pactos y Tratados Internacionales, de los que goza toda persona, independientemente de su situación de vulnerabilidad o dependencia, y que, sobre la base de los principios de igualdad, universalidad, progresividad y no regresividad y, corresponsabilidad social y de género, hacen posible la sostenibilidad de la vida humana y el cuidado del planeta. El derecho al cuidado implica, además, reconocer el valor del trabajo y garantizar los derechos de las personas que proveen cuidados, superando la asignación estereotipada del cuidado como una responsabilidad exclusiva de las mujeres, y avanzar en la corresponsabilidad social entre quienes lo proveen: Estado, mercado, sector privado y las familias (CEPAL, 2022).

En la actualidad, en los países de América Latina y el Caribe, no se asumen por parte de los Estados, las responsabilidades sobre los cuidados de las personas que lo requieren, porque en general, las cuestiones relativas a la reproducción, se consideran implícitamente una responsabilidad privada de las familias, especialmente de las mujeres de esas familias². Sólo nos encontramos con ciertas disposiciones legales que afectan al cuidado de los recién nacidos, cuando en el ámbito laboral y de la seguridad social se legisla sobre maternidad y paternidad. La maternidad y la paternidad, como ejemplo de una de las posibles dimensiones del cuidado, se convierten así en objeto de

¹ Nascitūrus («[el que] va a nacer», participio de futuro en latín) es un término jurídico que designa al ser humano desde que es concebido hasta su nacimiento. Hace alusión, por tanto, al concebido y no nacido. Así, el nascitūrus se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico pues se le considera «un bien jurídico necesitado de tutela».

² Tal y como afirman Birke, Himmelweit y Vines (1990: 35): “*La reproducción se considera una preocupación privada de los individuos y sus familias, como una cuestión de sentimiento que no de pensamiento, en la que el estado no tiene ningún derecho a interferir.*”

regulación legal cuando entran «en conflicto» con algún otro interés general de la sociedad, entre los que destaca el mercado de trabajo.

De ahí que en el ordenamiento jurídico latinoamericano y del caribe, nos encontramos desde mediados del siglo xx, leyes de protección de la maternidad en el ámbito social³, y más recientemente, de paternidad⁴, como figuras jurídicas que abordan las responsabilidades de los cuidados de los recién nacidos/as desde el espacio público, esencialmente, desde el mercado de trabajo formal.

La paternidad sólo ha sido objeto de la legislación de protección social con la introducción de la licencia de paternidad. Los objetivos perseguidos son brindar mayor protección al recién nacido, conseguir una mayor igualdad de género y fomentar la corresponsabilidad⁵. Por corresponsabilidad se entiende la pretensión «de ayudar a los hombres a desarrollar el derecho a cuidar. Y así se contribuye a la igualdad de género porque se parte del supuesto de que la carga de las responsabilidades familiares cotidianas, que por defecto se asigna a las mujeres, debe ser compartida, y ello recibe el apoyo de los poderes públicos» (Tobío *et al.* 2010:192). Pero la duración tan limitada del permiso de paternidad, y la distancia con respecto al permiso de maternidad, concede a esta medida un carácter eminentemente simbólico, y no transformador de una realidad social que sigue otorgando la responsabilidad de los cuidados casi que con exclusividad, con las excepciones de la muerte o el abandono por parte de la madre, a las mujeres (Hook 2006; Pérez del Río 2010; Albert, Escot, Fernández y Pozas, 2008).

A la luz de nuestra realidad y del análisis de nuestras leyes, el cuidado parece ser que pertenece a la esfera de lo natural, de lo animal y, por lo tanto, no puede ni debe ser objeto del derecho. Además, los ordenamientos jurídicos actuales están contruidos sobre

³ En la Región de las Américas, solo tres países dan a las mujeres una licencia de maternidad remunerada de 18 semanas o más, y otros ocho países dan a las mujeres al menos 14 semanas. En cuanto a las pausas para amamantar, 18 países de la Región ofrecen a las madres esta opción cuando regresan al lugar de trabajo. (OPS, 2019).

https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=15346:maternity-protection-laws-must-be-implemented-throughout-the-americas-to-protect-breastfeeding-mothers-in-the-workplace&Itemid=0&lang=es#gsc.tab=0.

Estas regulaciones rompen el principio de no injerencia estatal en cuestiones relativas a las relaciones de trabajo, y lo hacen en beneficio del colectivo de mujeres y niños para evitar las consecuencias que su explotación estaban ocasionando a la sociedad en su conjunto. Las pésimas condiciones de trabajo, la alta mortalidad maternal e infantil, así como el deterioro de su salud, ponía en jaque el desarrollo demográfico y económico de una región que estaba en pleno despertar de la revolución industrial (GALA 2007).

⁴ De los 26 países América Latina y el Caribe prestatarios del BID, solo 18 cuentan con licencias de paternidad. Estas licencias tienen una duración de entre 2 hasta 14 días. BID (2023). <https://blogs.iadb.org/igualdad/es/licencias-paternidad-testimonio-colombia/>

⁵ La Licencia de Paternidad, la Licencia Parental Compartida y la Licencia Parental Flexible, está reglamentada en Colombia por medio de la Ley 2114 de 2021, que modificó y adionó el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, estableció en su Artículo 4, medidas para la “Comunicación y difusión de nuevas modalidades de licencias parentales y campañas pedagógicas sobre la corresponsabilidad en la crianza de los hijos”.

la idea de que los ciudadanos son sujetos autónomos, libres e iguales. El cuidado y las necesidades de ser cuidado, visibilizan en cambio sujetos dependientes que durante etapas vitales mantienen relaciones verticales y no considera otros sujetos de cuidado que pueden ser de larga duración como las personas con enfermedades huérfanas y crónicas, personas mayores y personas con discapacidad múltiple que generan dependencia funcional⁶ de manera permanente y durante toda la vida o una buena parte de ella.

Es aquí donde aparece también la diferencia entre el espacio público, aquel donde las personas interactúan como ciudadanos de pleno derecho y se ocupan de los asuntos que tienen que ver con su pacto de convivencia (espacio público es el mercado de trabajo y los órganos de representación política). Y el espacio privado, aquel donde las personas satisfacen sus necesidades personales y afectivas, y en el que actúan como miembros de una familia⁷.

El mundo privado es el mundo de las relaciones personales, el mundo de las necesidades y de los afectos y se encuentra en el seno de la familia. Las cuestiones relativas a la reproducción humana pertenecen a este mundo privado y, en consecuencia, y en el ejemplo de los cuidados de los bebés, se presupone que las relaciones madres e hijos/as sean sólo decisiones dirigidas por un amor desinteresado de las madres por los hijos/as, un amor desinteresado atribuible a la propia naturaleza humana, condenando a la desprotección de los cuidados a aquellas familias que carecen de una red de apoyo eficiente y unas condiciones materiales de vida con mínimos de dignidad.

Las leyes de protección de la maternidad y la paternidad, que como se ha visto que de alguna manera abordan el problema de los cuidados de los recién nacidos/as, constituyen tímidas inclusiones del cuidado en la esfera pública. Pero esta inclusión parece obedecer más a razones de tipo económico o demográfico (debido al envejecimiento de la población o la necesidad de que las mujeres entren en el mercado de trabajo) que a razones de justicia social⁸.

⁶ Según la Organización Mundial de la Salud (OMS - 2020), dependencia funcional es “la disminución o ausencia de capacidad para realizar alguna actividad dentro de los márgenes normales”

⁷ Algunos autores/as que han analizado en profundidad esta dicotomía público-privado y su impacto en las leyes son OKIN 1989; MacKINNON 1989; PATEMAN 1995; BODELÓN 2006; RUBIO 2006.

⁸ Ver por ejemplo en este sentido las exposiciones de motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de España que introdujo cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar y dictaminó que “para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras «La incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo. Este hecho hace necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada»; o la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de España, igualmente, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia que dice: «Hasta ahora, han sido las familias, y en especial las mujeres, las que tradicionalmente han asumido el cuidado de las personas dependientes,

Uno de los posibles argumentos que expliquen finalmente la tradicional exclusión de los cuidados en general del ámbito del derecho, es que se considera y acepta por la mayoría de la sociedad, que estas responsabilidades deben ser ejercidas en el seno de las familias, por personas que tienen la obligación e inclinación natural hacia el cuidado, esencialmente las mujeres y las madres (Okin 1989; Holtmaat 1992; Murillo 1996; Rubio 2008; Gil Ruiz 2008).

Pero más allá de la maternidad y la paternidad, es necesario entender por qué el Estado, a través de sus leyes y políticas públicas, no se ocupa en mayor medida de los cuidados de los recién nacidos/as, la primera infancia, las personas mayores, las personas con enfermedades crónicas, huérfanas y con discapacidad con dependencia funcional, al parecer porque el tratamiento actual de los cuidados de estos ciudadanos/as se corresponde más con un modelo de Estado liberal, que corresponde al concepto capacitista⁹, que concibe a los individuos que han pactado libremente como seres autónomos, seres que no necesitan de nadie, ni están ligados a nadie, hombres que habrían surgido como «hongos» hasta llegar a su madurez plena (Pateman 1995; Amorós 1992).

La pregunta es, ¿deberían ser los cuidados en general, y de las personas con dependencia funcional, una responsabilidad colectiva, sobre las que ese Estado debiera regular para así cumplir la finalidad de justicia social e igualdad?

Una manera de responder a esta pregunta es precisamente ver si, dentro de los objetivos de justicia social de los derechos humanos se incluye la obtención de un bienestar general, y si dentro de la definición de este bienestar, están incluidas las necesidades y demandas de las mujeres como ciudadanas de pleno derecho. El concepto de ciudadanía propio de los derechos humanos intenta también superar la crítica a la exclusión de grandes grupos de la sociedad de la titularidad ciudadana liberal. Esta ampliada ciudadanía no sólo es sobre los potenciales titulares, incluyendo a las personas con discapacidad que gozan de capacidad legal y sus atributos plenos de la personalidad jurídica (en Colombia, mediante la Ley 1996 de 2019); sino que también se intenta ampliar su propia definición: ya no sólo se hace mención al ejercicio de los derechos civiles y políticos (esencialmente el sufragio activo y pasivo) sino que

constituyendo lo que ha dado en llamarse el “apoyo informal”. Los cambios en el modelo de familia y la incorporación progresiva de casi tres millones de mujeres, en la última década, al mercado de trabajo introducen nuevos factores en esta situación que hacen imprescindible una revisión del sistema tradicional de atención para asegurar una adecuada capacidad de prestación de cuidados a aquellas personas que los necesitan».

⁹ Toboso Martín, Mario (2017). Instituto de Filosofía, CSIC, ed. «Capacitismo (Ableism)» (PDF). Consultado el 21 de julio de 2021. El capacitismo (ableism, en inglés) es una forma de discriminación o prejuicio social, en general contra las personas, pero en especial contra las personas con discapacidad. También puede conocerse como discriminación de la discapacidad, capacitocentrismo, fisicalismo (en el caso de la discriminación por una diferencia física) u opresión de la discapacidad.

ahora también comprende una dimensión social, y se incluye el disfrute de derechos y garantías sociales, económicas y culturales¹⁰. En la teoría política ese ciudadano genérico varón se presenta como desprovisto de género (*de-gendered* como explica Carver 1998). La abstracción que se realiza para construir la figura del ciudadano en el espacio público lo convierte en un sujeto desprovisto de sexualidad, de reproducción. En consecuencia, todo aquello que tiene que ver con la reproducción, con el trabajo doméstico, con los cuidados queda oculto en el espacio privado, como asunto de las mujeres (Walby 1990; Carver 1998), así como cualquier responsabilidad que ese ciudadano público pudiera tener sobre estas cuestiones (Bacchi 1990).

Nuestros modelos de Estado latinoamericanos y del caribe, exacerbaban las desigualdades por clase social y con estas las desigualdades producidas por la división sexual del trabajo, es por ello que se requiere considerar el derecho humano a los cuidados, en el contexto de la familia, con toda la diversidad existente (étnica y cultural), cuestionado dentro de estas las posibles situaciones de desigualdad y subordinación (Pitch 2003: 136). Aunque las sociedades latinoamericanas y del caribe, como el caso del Estado social de derecho colombiano, sigue estando formado por familias extensas de tipo tradicional, y aunque los modelos familiares están sufriendo fuertes procesos de transformación (Esping-Andersen 1990, 1999; Flaquer 2002, 2006; Lewis 1998; Almeda 2004; Meil 1997, 2002), todavía la organización de los cuidados en general y la protección social descansa en una familia nuclear convencional en donde se provee de cuidados dentro de esa red de solidaridad familiar, que conecta familiares directos y sobre todo diferentes generaciones de la misma familia, por lo que es necesario que el reconocimiento del derecho humano al cuidado se realice en este contexto de la institución familiar para que corresponda con la realidad diversa del mundo.

Es importante para entender las consecuencias de la anterior afirmación y visibilizar el grado de importancia de la institución familiar, no para atacarla y destruirla, sino para protegerla y fortalecerla mediante valores y una estructura de igualdad y equidad para sus miembros, sean mujeres u hombres y teniendo en cuenta los respectivos roles familiares, eliminando de la exclusividad de la competencia de la mujer el deber de los cuidados para trasladarlo a todos los miembros de estas familias, no sólo al padre o a los jefes del hogar, sino dentro de una comunidad solidaria a los hermanos, hijos, nietos, y demás miembros vinculados a esta por lazos de consanguinidad y afinidad, quitando la connotación negativa a la familia, en la medida en que es y seguirá siendo, en la organización social, la primera responsable de la protección social y del bienestar de los individuos, apoyados y respaldados por políticas públicas de fortalecimiento a la familia y dentro de ella de reconocimiento a la igualdad y equidad de la mujer, en sus

¹⁰ La ciudadanía, desde el enfoque de derechos humanos y del Estado Social de Derecho trata así de ser más justa. El hecho de que no se hayan alcanzado algunos de sus objetivos como el pleno empleo, el acceso a la educación o la cobertura universal de la sanidad o los servicios sociales, no desmerece el avance que supuso para los estados occidentales desde el modelo de Estado Liberal (Pérez Luño 2002: 34-35).

diferentes ámbitos de ejercicio, incluidos los cuidados. Este apoyo a la familia puede medirse, y por tanto, objetivarse, a través de indicadores (Añón y Miravet 2005) como el gasto público que se invierte en estos tipos de protección social¹¹. También a través de indicadores fiscales¹² o indicadores laborales¹³.

También es importante destacar que el reconocimiento del derecho humano a los cuidados, implicaría un compromiso de los Estados, para que sus políticas sociales tengan un papel importante respecto a los cuidados. Las políticas sociales son formas de intervención pública en la vida social para resolver determinados problemas o demandas sociales (García Indra y Susín Betrán 1998)¹⁴. Las políticas sociales tienen como una de sus dimensiones de actuación, regular el cuidado social o los cuidados. La mayoría de análisis de las políticas de cuidado estatales dentro de la región latinoamericana y del Caribe, obvian o asumen silenciosamente la división de los trabajos de cuidado entre el Estado y las familias.

Es necesario que el desempeño de las tareas de cuidado de forma gratuita y desinteresada en el ámbito familiar se conviertan en objeto de análisis político, eliminando la excusa que impidió por mucho tiempo regular y proteger efectivamente a la mujer de la violencia intrafamiliar, “porque pertenecía a la esfera privada de las personas” (Lewis 1998). Actualmente en Colombia y América Latina y el Caribe, las responsabilidades de los cuidados de los recién nacidos hasta alcanzar la edad de escolaridad es una responsabilidad exclusiva de las familias, que afecta principalmente a las decisiones laborales y personales, principalmente de las mujeres de esas familias. Las demandas de servicios de cuidado infantil públicos o de políticas de protección a la maternidad y a las madres cabeza de hogar, son así percibidas como «necesidades» y «problemas» de las mujeres que tienen la obligación de cuidar a sus hijos/as y otras personas a su cargo. Es tal el nivel de injusticia e desprotección en este ámbito que

¹¹ Como por ejemplo el porcentaje de gasto público en maternidad y paternidad, el porcentaje de Producto Interior Bruto (PIB) en gasto salud para la familia; prestaciones por hijo/a; porcentaje de menores de tres años en servicios públicos de cuidado infantil; porcentaje de mayores de sesenta años vinculados a programas y con beneficios para la persona mayor; porcentaje de personas con discapacidad beneficiadas de ayudas sociosanitarias en los municipios, porcentaje de niños, niñas y adolescentes que reciben planes de alimentación escolar, entre otros.

¹² Por ejemplo, a través de los tipos de exenciones o beneficios tributarios existentes.

¹³ Por ejemplo, a través del número de licencias de maternidad y paternidad, medidas de acciones afirmativas en beneficio de padres o madres cabeza de hogar para facilitar la atención de personas con dependencia funcional que están a su cargo (hijos de primera infancia, con discapacidad, personas mayores, personas con enfermedades huérfanas o crónicas)

¹⁴ Dentro de ese Estado Social de derecho los cuidados también se han considerado objeto del derecho regulativo. El derecho regulativo (TeUBNER 1986; CALVO GARCÍA 1998) nace como una nueva función del derecho que interviene para compensar los excesos económicos del sistema capitalista regulado únicamente por las libres leyes de la oferta y la demanda, el derecho se convierte en un instrumento pues al servicio de los objetivos distributivos del Estado Social de derecho. A lo largo del siglo xx su finalidad de regulación económica da paso a procesos de regulación social, y aparece por tanto todo un derecho regulativo que va aparejado al nacimiento y desarrollo de ese Estado de bienestar.

tenemos centenares de mujeres que luchan todos los días entre la decisión de cuidar personas con dependencia funcional o salir a buscar el sustento de sus hogares, sin que cuenten con una red de apoyo eficiente o a veces ninguna red de apoyo en lo absoluto.

Las tareas de cuidado asumidas por el Estado, como servicios que facilita a sus ciudadanos/as en determinados momentos de su vida, están ideados asumiendo una composición social homogénea e invariable, de unidades familiares con una cabeza de familia proveedor que participa a tiempo completo en el mercado de trabajo, y una mujer esposa que desempeña todos aquellos cuidados que se necesitan y donde el Estado no entra¹⁵. Este modelo que cada vez se reduce más en América Latina y el Caribe, ve crecer cada día las familias monoparentales, principalmente a cargo de mujeres cabeza de hogar¹⁶, que tienen en su mayoría poca oportunidad de acceder a formación educativa para acceder a puestos de trabajo calificados mejor remunerados y a prestaciones de seguridad social (protección en salud, pensiones y riesgos laborales)¹⁷.

Dentro de las políticas sociales de los Estados, merecen especial atención las políticas familiares, sobre todo, por la importancia que como se ha visto, tiene la familia en la región de América Latina y el Caribe, por ser la institución proveedora de cuidados, y por la posición de las mujeres y de sus responsabilidades maternas dentro de ella¹⁸. La familia se ha considerado tradicionalmente la institución social básica de convivencia humana determinada por lazos de afinidad (vínculos reconocidos socialmente como el matrimonio) y de consanguinidad (vínculos biológicos entre las personas, como de padres a hijos/as)¹⁹.

En Colombia, como en el resto de América Latina y el Caribe existe una precaria política

¹⁵ Por ejemplo, las prestaciones dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, que permiten unos ingresos económicos a aquella persona que ya es mayor y no puede trabajar, pero que previamente ha participado casi toda su posible vida laboral en el mercado de trabajo formal para cotizar suficientemente y convertirse en potencial beneficiario de la pensión de vejez o invalidez.

¹⁶ En la Encuesta Nacional de Calidad de Vida del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), reveló que más de 40% de los hogares en Colombia tenían como cabeza a una mujer en 2021

¹⁷ Heidi Ullmann, Carlos Maldonado Valera y María Nieves Rico, funcionarios de la División de Desarrollo Social de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en el marco del Proyecto CEPAL-UNICEF (UNI/12/001). La Evolución de las Estructuras Familiares en América Latina, 1990-2010. Los Retos de la Pobreza, la Vulnerabilidad y el Cuidado. 2014

¹⁸ También cada vez es más frecuente la utilización del derecho para la promoción de valores e intereses sociales, las llamadas funciones promocionales del derecho (Bobbio 1980; Calvo García 1998), donde se busca fomentar, proteger y reforzar ciertos valores e intereses sociales mediante el establecimiento de obligaciones para los poderes públicos.

¹⁹ Esta podría ser una definición de familia de acuerdo a las teorías funcionalistas de las ciencias sociales (por ejemplo, FROMM; HORKHEIMER & PARSONS 1972). Más adelante se ha defendido una definición de familia democrática (por ejemplo FLAQUER 1998, 1999), aunque de forma paralela a las críticas feministas a las desigualdades de género de la familia moderna (ver, por ejemplo, IZQUIERDO 1998).

familiar explícita, a diferencia de lo que sucede en países europeos (Picontó 1998). A pesar de la importancia que sigue teniendo la familia como institución social básica en la sociedad de la región, hablar de política familiar o política de apoyo a la familia; es necesario eliminar de este tema las connotaciones políticas conservadoras y negativas, asociadas a gobiernos totalitarios, donde se ha llegado a la equivalencia entre política familiar y la política natalista. Se requiere, en cambio, un sistema de protección social que tenga en cuenta la realidad familiar, en toda la diversidad cultural latina y caribeña que reconozca y apoye con medidas efectivas e inversión real de recursos la identificación de la familia como principal proveedora o gestora de la protección social. Las políticas familiares deberían por tanto entenderse en un sentido amplio, como todas las políticas que promuevan la desmercantilización (la independencia del mercado de trabajo), no sólo de la unidad familiar, sino de cada uno de los miembros de esta unidad familiar (Añón y Miravet 2005: 112-113).

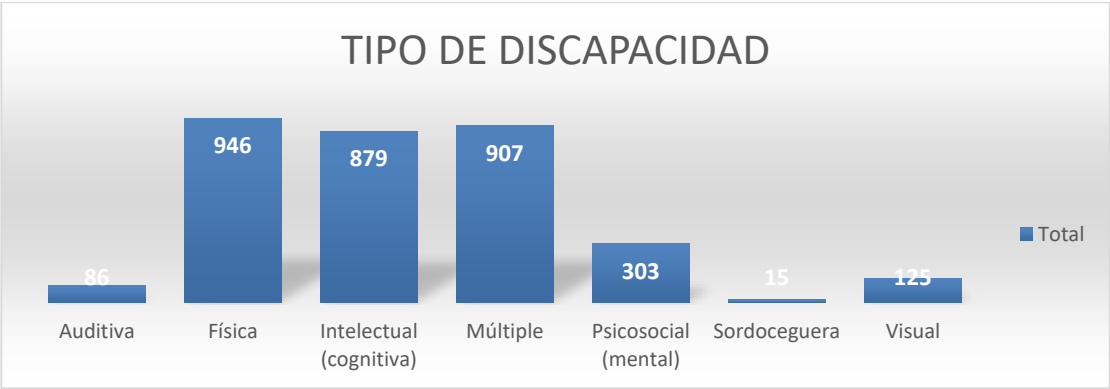
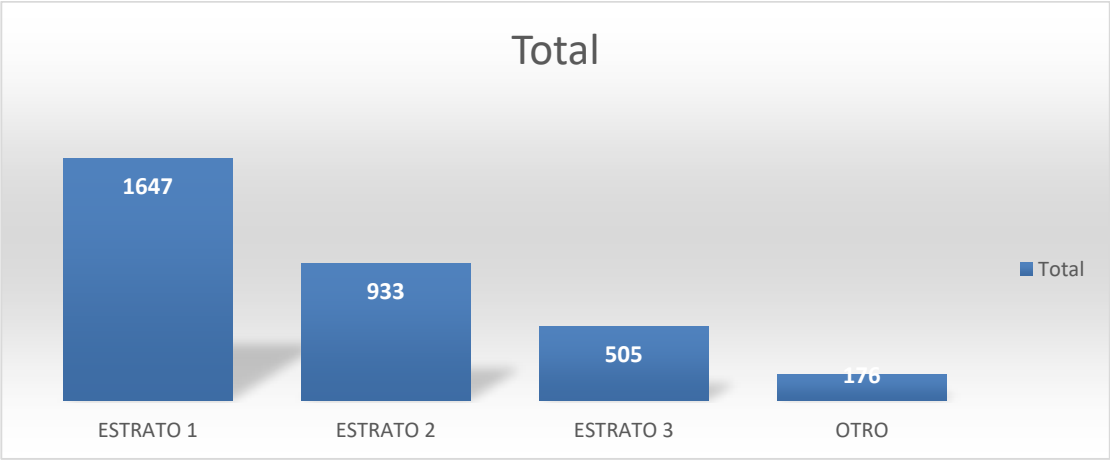
RAZONES A FAVOR DE UN DERECHO HUMANO UNIVERSAL A LOS CUIDADOS

Tal y como se ha analizado, los cuidados sobre los recién nacidos/a, niñas /os de primera infancia, las personas con enfermedades huérfanas y crónicas, personas mayores y personas con discapacidad, no son objeto que persiguen las legislaciones que abordan la paternidad, la maternidad y la protección familiar, en el ámbito de la protección social en el ordenamiento jurídico del mundo y en especial de América Latina y el Caribe. En Colombia, apenas recientemente se reconoce la existencia como sector de las/os cuidadoras/es, en particular de personas con discapacidad, mediante la Ley 2297 del 28 de junio de 2023, teniendo en ella solo prescripciones generales, que requieren reglamentación para poderse llevar a cabo; y de forma práctica, únicamente tenemos un Acuerdo Distrital de Bogotá, que incorporó el Sistema Distrital de Cuidado, como política pública a la administración de la capital de la República de Colombia; mientras que en otros países del área no existe aún norma específica sobre el tema.

Es importante destacar que la lucha por la implementación de un sistema de cuidados y el reconocimiento de esta labor sobre aquellas personas, en un 86% mujeres, que ejercen esta función en el país. Desde varias organizaciones de la sociedad civil se plantearon varias iniciativas para que se sancionara en Colombia una ley para cuidadores y sólo una de estas iniciativas se pudo concretar, esta con respecto a las(os) cuidadoras(es) de personas con discapacidad con dependencia funcional, al final de la legislatura del año 2022 y este 2023, en el mes de junio, se aprueba la Ley 2297 de 2023, donde se establecen medidas de apoyo a la población de cuidadoras(es) del país.



** Fuente: encuesta nacional pandemia por covid 19 Fenadec-Vefadis-Cdls Colombia (enfermedades huérfanas)
Ficha: 3.591 personas cuidadoras encuestadas en 22 departamentos de Colombia.



Luego de la experiencia de la incidencia pública y política, y luego del objetivo de reconocimiento de los cuidadores en la ley colombiana, cuya Ley es el reflejo de la

primera semilla de avance en el reconocimiento de las personas que ejercen la labor de cuidado en Colombia; es así como se aprueban 19 artículos que buscaron proteger la autonomía de las personas con discapacidad en Colombia según la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad y se da vida a la figura de asistente personal, que estaba pendiente por surgir. Con ello se busca suplir necesidades a las personas que requieren cuidado, bajo los principios del respeto de la dignidad, la no discriminación, la participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, la igualdad de oportunidades, la autonomía y la accesibilidad. De esta forma se establecen:

1. El reconocimiento en Colombia, mediante una caracterización de las personas cuidadoras en el país,
2. El Día Nacional de las personas cuidadoras, el 24 de julio de cada año, en el cual se conmemorará este día.
3. Garantía y facilidades para el acceso a la educación extra-edad para cuidadoras(es)
4. Programas de salud de prevención y atención en salud mental, especialmente dirigidos a las cuidadoras(es)
5. Emprendimiento y teletrabajo para algunos casos, en los cuales se pueda laborar, haciendo obligatorio que las empresas privadas y las entidades públicas, contraten un porcentaje en sus nóminas, constituidas por cuidadoras(es), garantizando la flexibilidad laboral.
6. Inclusión en programas sociales del Estado como grupo poblacional
7. Construcción e implementación del perfil ocupacional del cuidador (en cabeza del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA), con el propósito de alistar el área del cuidado, para la formación para el trabajo.

Como se dijo antes, todo ello pendiente del proceso de implementación a través de reglamentación de las entidades públicas del orden nacional, como los Ministerios, los departamentos e Institutos y del Sistema Nacional de Cuidados y su política pública, actualmente en construcción, por parte del Gobierno nacional.

Por otra parte, parece que hasta el momento exista una responsabilidad estatal sobre los cuidados de los ciudadanos/as que requieren cuidado para su supervivencia en condiciones de dignidad, dentro de las funciones de justicia social que vinculan a los Estados; en Colombia, apenas se viene construyendo una Política Pública Nacional de Cuidados que apenas entrará en acción el año 2024, si todo funciona de acuerdo al plan. Tampoco parece ser un claro objetivo de las políticas sociales ni de soporte a la familia en los Estados de América Latina y el Caribe, no porque no existan normas protectoras, sino porque las políticas públicas de apoyo a la familia, no cuentan con indicadores de impacto reales ni recursos económicos para ejecutar programas o servicios en este sentido.

Más allá de la inclusión o no de los cuidados en general, y del cuidado de personas con

dependencia funcional en particular, como objeto del derecho regulativo o de las políticas sociales de los Estados, ¿se podría llegar a considerar que el cuidado como un nuevo derecho humano universal?

Los derechos de segunda y tercera generación no siempre forman parte del elenco de derechos fundamentales positivizados en las Constituciones de los Estados Sociales de Derecho. Su propia naturaleza como derecho humano es controvertida, ya que los textos constitucionales los han positivizado como normas programáticas o criterios informadores de los legisladores y poderes públicos, y se entiende que más que obligaciones jurídicas estrictas derivadas del derecho positivo, se trata de compromisos políticos de futuro (Pisarello 2007).

Las constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, recogen los derechos humanos como derechos fundamentales, incluidos los derechos civiles y políticos: «*los derechos fundamentales y libertades públicas «y los derechos económicos, sociales y culturales» como «principios rectores de la política social y económica»*²⁰, donde no hay el mismo nivel de exigibilidad al Estado para garantizar su efectividad, se trata tan solo de principios programáticos y no derechos, puesto que no están protegidos a través del recurso de amparo o acción de tutela, como la denominamos en Colombia. Entre estos principios rectores están cuestiones tan importantes como la protección de la familia (art. 39 CE), la seguridad social (artículo 41 CE) y el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE). Esta dualidad de derechos devalúa los derechos sociales a «*mera retórica jurídica*». Y su efectivo cumplimiento depende de la «*voluntad puntual de los gobernantes*», o de la «*disponibilidad de recursos*», término en el que se ampara la discrecionalidad de los poderes públicos. Y si esto es así, en la CE, en donde predomina el modelo de Estado benefactor, es más regresivo el asunto en América Latina y el Caribe en donde el la crisis del modelo de Estado neoliberal tercer mundista²¹ predomina.

La fundamentación de estos derechos sociales, como el derecho al cuidado, como derechos humanos y derechos fundamentales, se defiende a través del argumento de las necesidades básicas (Contreras 1994; Añón, 2002; Añón y García Añón 2002; Añón y Miravet 2005; Martínez de Pisón 2006). Los derechos sociales se consideran derechos humanos y fundamentales porque igual que los derechos civiles y políticos, dan respuesta a necesidades básicas de los ciudadanos. Necesidades que, si no se ven satisfechas, también impiden que estos ciudadanos puedan ser autónomos,

²⁰ A excepción del derecho fundamental a la educación (art. 27 CE) o el derecho a la huelga (art. 28.2 CE), tradicionalmente clasificados como derechos sociales y que, en cambio, se consideran derechos fundamentales junto con otros derechos de carácter más civil y político.

²¹ Carpetas Docentes de Historia – Historia del Mundo Contemporáneo. FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS DE LA EDUCACIÓN UNLP. ISBN 957 950 34 06588. 2022. <http://carpetashistoria.fahce.unlp.edu.ar/carpeta-4/imposicion-y-crisis-del-neoliberalismo-en-el-tercer-mundo/imposicion-y-crisis-del-neoliberalismo-en-el-tercer-mundo-9>

ciudadanos activos y llevar una existencia con un mínimo de dignidad humana²². Las necesidades básicas lo son en la medida en que su privación deja al individuo sin algo imprescindible para ser un ser libre que puede tomar sus decisiones sin ningún factor condicionante (Martínez de Pisón 2006: 136).

El problema está en determinar qué necesidades básicas se traducen en derechos sociales, porque no todas las necesidades generan automáticamente al Estado una obligación de prestación²³. Se defiende que aquellas necesidades que cuentan con un amplio consenso social sobre su importancia para la sociedad, se convierten en necesidades básicas susceptibles de ser derechos sociales (Martínez de Pisón 2006:139). Este consenso social se conseguiría a través de diálogo y comunicación social, como la ética dialógica, comunicativa o intersubjetiva que autores como Habermas (1989) han descrito como ideales de debate y formación de la voluntad social en un Estado.

Aunque esta forma de decidir sobre cómo jerarquizar las necesidades sociales, es decir, cuáles son las que podrán obtener una respuesta por parte de la actuación estatal (sobre las que se elaborarán leyes y/o políticas públicas) también puede ser injusta, porque el ideal de deliberación de Habermas o la formación de la voluntad política de Rawls, pueden excluir a determinados segmentos de la sociedad. Esta exclusión puede darse en situaciones de «*dictadura de las necesidades*» (Heller 1996) cuando un grupo o grupos de personas determina cuáles deben ser las necesidades satisfechas para cada segmento de la población, sin que ese segmento siquiera tenga consciencia de que esas son las necesidades que deben ser atendidas por el Estado²⁴.

Muchas de las políticas sociales que pretenden responder a necesidades sociales, como por ejemplo las políticas laborales de protección a la familiar, o las políticas de promoción del empleo femenino, políticas de soporte a la familia, o políticas de protección de la maternidad, anuncian que han sido elaboradas para dar respuesta a las necesidades de las mujeres. Pero ni son sólo las mujeres quienes tienen esas necesidades, ni las mujeres tienen consciencia de que son sus necesidades²⁵, ni

²² Estas necesidades se caracterizan por ser básicas, es decir, que se corresponden con exigencias imprescindibles para llevar una vida humana digna; son objetivas, porque no responden a deseos o preferencias, sino que su privación es externa al individuo y constatable; son generalizables, porque son comunes a toda la población; y son históricas, porque surgen en un momento histórico determinado, en un espacio concreto y pueden variar con el tiempo.

²³ A pesar de que todas las necesidades son reales, pero debido a la escasez de recursos y de posibilidades de actuación del Estado, es necesario limitar cuáles son las necesidades que sí pueden ser cubiertas por el Estado (Heller 1996; Añón 1998).

²⁴ No hay garantías que nos aseguren que las mujeres participan en el debate ideal de deliberación habermasiana o en la formación de la voluntad política en igualdad de condiciones. El déficit de participación de las mujeres en la esfera pública, y en particular, en los espacios políticos ha sido demostrado por numerosos autores/as (ver Rubio 2006; Mackinnon 1989; Sevilla 2004).

²⁵ En investigaciones sociológicas a madres y mujeres sobre estas cuestiones (ver, por ejemplo IgARedA 2009), las mujeres entrevistadas muestran la doble jornada que sufren por ser responsables del trabajo de

seguramente debería formularse como necesidades o carencias. Las políticas laborales de apoyo a la vida familiar intentan solucionar una descoordinación e incoherencia entre los tiempos de trabajo y los tiempos de vida personal en los que se organizan nuestras sociedades. Asumiendo que los cuidados son responsabilidad exclusiva de las mujeres, terminan culpabilizando o convirtiendo esta descoordinación en un problema de las mujeres, y no en un problema y una desincronización de tiempos y formas de organización de toda la sociedad. De igual manera, muchas de las políticas familiares, de promoción del empleo femenino o de protección de la maternidad, dan por sentado, por natural y por indiscutible la responsabilidad en exclusiva de las mujeres sobre todo lo que tenga que ver con la satisfacción de los cuidados de las personas en la sociedad, y convierten una vez más las necesidades de todos los seres humanos que viven en una sociedad, en un problema, un déficit, un obstáculo, a veces ni siquiera llega a la categoría de necesidad, únicamente de las mujeres.

¿Podría ser una legislación en materia de derechos humanos sobre el cuidado una consecuencia de la obligación del Estado de garantizar los cuidados en una sociedad? Si fuera así los cuidados se entenderían como una necesidad individual pero familiar y social a la vez, que el Estado debe garantizar para que se cumpla el principio de igualdad, y la función de tutela de un Estado Social de Derecho que asegura un mínimo de bienestar a la sociedad. Estaríamos por tanto defendiendo el reconocimiento de un nuevo derecho humano universal, un derecho social, el derecho al cuidado. El acceso y la cobertura pública de los cuidados se convertirían así en una prestación más de los Estados, equiparándolo a un derecho social como el derecho a la sanidad o a la educación²⁶.

Es un reto y una petición ante la CIDH, precisamente, en el marco de esta solicitud de opinión consultiva, ante esta entidad, que en nuestra sociedad y en nuestro actual modelo de Estado neoliberal, que los cuidados se identifiquen como necesidades básicas, pero lo son y se puede demostrar que así es. Afirmamos mediante este concepto, que los cuidados constituyen verdaderas necesidades básicas para la supervivencia humana y en consecuencia deben ser reconocidos como un derecho humano universal y en consecuencia un derecho social fundamental. Y en por las

cuidado casi en solitario, los obstáculos que en su realización profesional y personal esto supone, pero no exigen mas políticas laborales de apoyo a la vida, sino que consideran que debería ser un objetivo de justicia social un reparto más equilibrado de dichas responsabilidades o piden otras formas de organización social y laboral que no convirtieran en incompatibles la vida familiar y laboral.

²⁶ Las actuales prestaciones públicas de cuidado infantil, el porcentaje de niños/as de primera infancia en centros públicos, las prestaciones para la atención a las personas mayores, así como la deficitaria e incompleta aplicación de la Ley estatutaria 1618 de 2013, Ley de Garantía de Derechos de Personas con Discapacidad, en Colombia, muestran un panorama bastante alejado del reconocimiento del derecho al cuidado como un derecho social incluido en los Estados de América Latina y el Caribe, similares a Colombia.

razones anteriores, el derecho a ser cuidado, o el derecho a ser objeto de cuidados durante determinados periodos de la vida, o dadas determinadas condiciones o especificidades de un individuo, debe constituirse como un derecho humano social.

Utilizando como ejemplo el cuidado de las personas con dependencia funcional, se observa que el Estado y sus leyes protegen, en realidad, el crecimiento económico y el mercado de trabajo capitalista. Y abordan el interés de la persona con necesidad de cuidados, de cualquier edad, la maternidad, la paternidad y la familia como accidentes de la vida de las personas que deben encajar en el sistema social y económico. Todo esto aprovechándose de los beneficios que la desigualdad de género en los cuidados le proporciona, realizando de manera gratuita, desinteresada e invisible una labor imprescindible de mantenimiento de la especie humana.

A pesar de ello, sería una exigencia de justicia social impulsar un cambio de paradigma desde una legislación internacional de los derechos humanos, centrada en la protección de la maternidad, la paternidad y la familia, dentro del marco del derecho internacional e los derechos humanos, donde el derecho a la igualdad de mujeres y hombres es un principio y un derecho fundamental exigible y donde al Estado se le exige una actuación tendente a garantizar un nivel mínimo de bienestar en el que las necesidades básicas de la ciudadanía estén satisfechas, es una exigencia contar con una legislación que establezca el derecho a ser cuidado de todo/a ciudadano en el periodo de su vida como menor o como persona adulta o persona mayor en tanto, el individuo no tenga la autonomía suficiente para garantizar su propia supervivencia y proporcionarse el autocuidado que requiere para su vida diaria durante los periodos de la vida donde las personas tengan dependencia funcional, así sea por toda su vida. Los Estados no deberían seguir tolerando, que la asunción de los cuidados de los menores y las demás personas con dependencia funcional, de cualquier grado, sigan siendo una responsabilidad casi en exclusiva de las mujeres. Tampoco debería seguir manteniéndose unos sistemas de organización social, laboral y familiar que permita estas situaciones de desventaja entre hombres y mujeres sólo por el hecho de que ellas puedan eventualmente embarazarse, parir y amamantar a sus hijos.

El titular de ese derecho a ser cuidado debería ser por tanto el recién nacido, la persona con enfermedades crónicas, la persona con enfermedades huérfanas, la persona con discapacidad con dependencia funcional de cualquier grado o tipo y la persona mayor que requiere cuidados y el Estado debería ser responsable mediante la intervención legal de que ese derecho, por vía del derecho internacional de los derechos humanos y que este derecho al cuidado sea satisfecho de la mejor manera posible, incluyendo la necesidad afectiva de ser cuidado por ambos progenitores, cuando se trate de menores y por la familia para todos. La necesidad básica de ser cuidado justifica la existencia y formulación de este nuevo derecho humano universal, al igual que en nuestros actuales modelos de Estados Sociales de Derecho es incuestionable la existencia de un derecho social que garantiza la necesidad básica de

protección de la salud o de educación de todo ciudadano/a.

Tampoco creemos que la formulación de este nuevo derecho social implicaría una injerencia ilegítima del Estado en la esfera privada de las personas y un límite a su libertad y a sus decisiones relativas a la procreación y la vida familiar. Es más, en todo caso supondría una actuación estatal dirigida a asegurar un verdadero ejercicio del derecho fundamental de la libertad (art. 17 CE), la igualdad (arts. 14 y 9.2 CE), y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE).

No puede desconocerse la dificultad de articular jurídicamente este derecho a ser cuidado/a: quiénes serían titulares de este derecho, qué derechos y deberes tendrían los progenitores y demás miembros de la familia, respecto al derecho a ser cuidado de estos ciudadanos que requieren cuidado para su existencia material y digna, cómo se financiarían los costos de ese nuevo derecho dentro del sistema del derecho internacional de los derechos humanos y en consecuencia, la adopción como derecho social fundamental por parte de los Estado sociales de derecho, en permanente crisis y revisión, así como qué tipo de prestaciones se entenderían incluidas en este nuevo derecho. Éste es, sin embargo, un reto que tendrá que abordarse una vez sea reconocido como tal, el derecho al cuidado, como derecho humano universal.

Sin otro particular, no sin antes agradecer de la manera más atenta y respetuosa al señor Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos suscribimos:

Atentamente,



JOANA MENDIVELSO CRISTIANO

Presidente

Federación Internacional de Cuidado y Apoyo – FICA

Fundación Cornelia de Lange

Representante Legal

ficainternacionalcare@gmail.com; cdlscolombia@gmail.com

@cdlscolombia

LUZ MARINA PÉREZ NARANJO

Secretaria General

Federación Internacional de Cuidado y Apoyo – FICA

secretariacdlscolombia@gmail.com