

LAS NECESIDADES DE CUIDADOS A PARTIR DE LA PANDEMIA: EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL CUIDADO, UN ASUNTO PENDIENTE DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.

XIX Congreso ACOES, 24 Y 25 DE MARZO DE 2022

Ana Marrades Puig

CD, Universitat de València

Resumen: El cuidado es imprescindible para la vida. Todas las personas necesitamos del mismo cada día para que la vida sea digna, pero además todas las personas en algún momento de nuestras vidas lo necesitaremos de manera extraordinaria en circunstancias de especial vulnerabilidad, por lo tanto, el cuidado debe revalorizarse y también el colectivo de las personas cuidadoras. Esta realidad se ha puesto especialmente de manifiesto a partir de la crisis sociosanitaria provocada por la pandemia covid 19.

El cuidado siempre ha sido prestado por las mujeres y esa condición es lo que las ha situado en una posición subdiscriminada, perjudicando el ejercicio de sus otros derechos, y por tanto lesionando el derecho a la igualdad. Para revertir esta realidad, es preciso asumir el cuidado de manera corresponsable no solo en la familia, sino también por las instituciones y por parte del Estado como garante último a través de un sistema estatal de cuidados. Ello conduce a una intervención por parte de Derecho que debe garantizar el derecho al cuidado de todas las personas y a su vez, garantizar y proteger los derechos de las personas que lo procuran. Éste es uno de los mayores retos pendientes de nuestro estado constitucional: el reconocimiento del cuidado como valor fundamental y del derecho al cuidado en su doble faceta de ser cuidado y cuidar.

SUMARIO: 1. FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO AL CUIDADO 2. LA DEFINICIÓN DEL DERECHO 3. LA CRISIS DE LOS CUIDADOS 4. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DEL CUIDADO 5. UNA PROPUESTA DE ARTICULADO 6. LA INTERPRETACIÓN CON PERSPECTIVA DE GÉNERO 7. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO AL CUIDADO

Para fundamentar derecho al cuidado hay que partir de una obviedad: El cuidado es imprescindible para la vida. Eso significa que todas las personas lo necesitamos para que la vida sea digna, pero además todas las personas en algún momento de nuestras vidas lo necesitaremos particularmente en circunstancias de especial vulnerabilidad, por lo que el cuidado debe revalorizarse y también el colectivo de las personas cuidadoras.

Las personas cuidadoras han sido siempre las mujeres y esa condición es lo que las ha situado en una posición de subdiscriminación, lo que ha perjudicado el ejercicio de sus otros derechos, lesionado así el derecho a la igualdad. Para revertir esta realidad, es

preciso asumir el cuidado de manera corresponsable no solo en la familia, sino también por las instituciones y por parte del Estado como garante último a través de un sistema estatal de cuidados. Ello exige una intervención por parte de Derecho que debe reconocer y garantizar el derecho al cuidado¹ de todas las personas y a su vez, los derechos de las personas que lo procuran.

Las necesidades proporcionan el sustrato antropológico de los derechos, de manera que, como explican Añón y De Lucas, reconocer, ejercer y proteger un derecho básico significa que se pretende satisfacer unas necesidades para una vida digna². Fundamentar los derechos consiste en mostrar las razones que imponen o respaldan el deber moral de su reconocimiento jurídico³. ¿Cuáles son los motivos, razones o necesidades que justifican el reconocimiento del derecho al cuidado? En principio hay tres grandes razones o motivos:

Primero: Es una necesidad humana básica: el cuidado es imprescindible para la vida.

Todas las personas necesitamos del cuidado para que la vida sea digna, además, partiendo de nuestra condición de vulnerabilidad, todas las personas en algún momento de nuestras vidas lo vamos a necesitar de manera especial, en la infancia, en circunstancias de enfermedad o discapacidad y en la vejez.

Segundo: El cuidado ha sido siempre ejercido por las mujeres, pero ello ha ido en detrimento del ejercicio de sus derechos y, por tanto, de la igualdad.

Tradicionalmente y a lo largo de la Historia ellas son quienes, (a partir de una asignación de roles de género, aun cuando ni siquiera esta categoría de análisis existía ni se conocía) los han prestado y justamente esta realidad tan necesaria para que la vida de los demás sea digna y puedan ejercer los derechos que de ésta se derivan, es la que las ha colocado en esa posición subordinada con la consiguiente limitación o exclusión de sus derechos.

Como dice Asunción Ventura, las mujeres han posibilitado con su trabajo en el ámbito privado, las condiciones de subsistencia necesarias para la existencia de la dignidad; sin embargo, esta actividad desarrollada en aras de la dignidad las ha situado a ellas mismas en una posición de desventaja⁴.

Tercero: El cuidado debe revalorizarse y así el colectivo de las personas cuidadoras se convierte en esencial y ello requiere de un marco normativo que las proteja, que se vería reforzado con el reconocimiento del derecho al cuidado. El derecho a recibir cuidados se garantiza mediante el establecimiento de un sistema público de cuidados y la protección de los derechos de quienes los prestan.

¹ Sobre el reconocimiento del derecho al cuidado en anteriores trabajos: Marrades Puig, Ana (2016) "Los nuevos derechos sociales: el derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional", en *Revista de Derecho Político*, num.97 y otras publicaciones posteriores, ver en referencias bibliográficas.

² De Lucas, Javier y Añón, María José (1990) "Necesidades, razones, derechos", *Doxa*, p.75 <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA1990.7.03>

³ Prieto Sanchís, Luís (1990) *Estudio sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, p.18

⁴ Ventura Franch, Asunción. (1999) *Las mujeres en la Constitución española de 1978*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, p.210

2. LA DEFINICIÓN DEL DERECHO

Llegados a este punto conviene definir el derecho. A partir de este momento comenzamos a entender que estamos irremediablemente hablando de dos facetas de este derecho: el derecho al cuidado sería un derecho multifacético o multidimensional que comprendería el derecho a recibir cuidados pero también el derecho a cuidar, que en ningún caso debe confundirse con la obligación que el derecho a ser cuidado genera en quienes sean responsables de su procura (la familia, los progenitores, el Estado).

Según la propuesta de articulado realizada, al proclamar “todos tienen derecho al cuidado” nos estamos refiriendo al derecho a recibir cuidados. Mientras que el derecho a cuidar es más claro, significa derecho a prestarlos. Por ello la alternativa de utilizar la expresión “los derechos del cuidado” parece más conveniente para incluir ambas dimensiones o facetas y así, la expresión “derecho al cuidado” podría referirse solo al derecho a recibirlo.

Además, desde un punto de vista lingüístico sería más apropiado utilizar la expresión “derechos del cuidado” para referirse al conjunto, ya que lingüísticamente, el derecho al cuidado se asocia con el derecho a ser cuidado, aunque de su expresión se infiera también un derecho a cuidar, a elegir prestar cuidados -que de nuevo hay que insistir en que no tiene nada que ver con la obligación de cuidar-. La obligación de cuidar existe, viene generada justamente por el derecho a recibir cuidados, pero esa obligación en ningún caso puede recaer en las mujeres de forma exclusiva como ha venido sucediendo. Para ello es preciso disponer de un marco normativo basado en la igualdad real y efectiva, de ahí la LOI y demás leyes y disposiciones normativas que se han ido aprobando recientemente o en las últimas décadas. Sin embargo, la realidad es que estamos asistiendo a una crisis de cuidados, que se manifiesta en que:

a) La población envejece y las necesidades de cuidados aumentan. La pandemia nos ha llevado a tomar conciencia de la fragilidad del ser humano y de las necesidades de cuidados que todas las personas tenemos, particularmente ante situaciones adversas.

b) Las mujeres, que han sido siempre quienes han procurado los cuidados, no pueden seguir asumiendo en exclusiva las funciones de cuidadoras universales, aunque de hecho lo sigan haciendo, como se ha demostrado en la pandemia.

Ello, por un lado, refuerza el incremento de las necesidades al disminuir la provisión de los cuidados prestados de manera informal por las mujeres, pero por otro, muestra que ellas se siguen ocupando del mismo cuando surge la emergencia, como también ha puesto en evidencia la pandemia covid.

c) Los colectivos de personas cuidadoras, es decir las y los profesionales del cuidado trabajan en condiciones precarias. Como también las que procuran el cuidado informal.

d) Los sistemas públicos de cuidados y los centros tanto privados como públicos por lo general no ofrecen las garantías necesarias para el “buen cuidado”, como también se ha verificado en la pandemia.

3. LA CRISIS DE LOS CUIDADOS

La crisis producida por la pandemia ha puesto de manifiesto de manera extraordinaria la crisis de los cuidados, no es que la haya “producido” sino que ha sacado a la luz su importancia y los ha magnificado. En definitiva, lo que ha hecho es mostrar muy claramente un problema preexistente, la crisis de los cuidados, y una desigualdad entre las personas que los ejercen, mayoritariamente mujeres, también preexistente.

Marina Sagastizábal (2020) realiza un análisis⁵ sobre la crisis de los cuidados en el contexto de la crisis del Estado de Bienestar, a finales de la década de los 80 del siglo XX. Explica cómo las tesis neoliberales cobran fuerza y se fomenta la desregulación del mercado laboral, la privatización de los servicios sociales, los retrocesos en los derechos laborales, instaurándose la flexibilidad laboral, que se traduce en una disponibilidad total hacia el ámbito productivo, con lo que se refuerza la figura del ciudadano modélico comprendido como el ‘hombre ganador de pan’; ese individuo disponible en todo momento para el ámbito productivo-mercantil, el ya clásico “homo economicus” de Adam Smith.

Al mismo tiempo, y sobre la base de la normativa de la Unión Europea de impulso de la participación de las mujeres en el mercado laboral junto con las políticas de conciliación a finales de la década de los 90, se promueve el incremento de la participación de las mujeres en un mercado laboral desregulado y poco protegido a nivel de derechos sociales, precario e inestable con contratos parciales y temporales, brechas salariales y sueldos pegajosos. Por ello se argumenta que el propósito de estas políticas de incentivos de la participación de las mujeres más que fomentar la igualdad pretendían propiciar la ‘activación’ del mercado laboral. En ese escenario las mujeres deben enfrentarse a la doble o triple jornada/presencia “que no implica una suma estricta de dos jornadas, sino tener que compaginarlas de forma simultánea, dando saltos de un ámbito al otro, de una preocupación a otra. Las mujeres han tenido que compaginar dos lógicas temporales que son contrapuestas e irreconciliables: la del capital y la de la vida” (Carrasco⁶

Las críticas a las políticas de conciliación, que supuestamente se concibieron en los 90 para propiciar la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se basan en que las políticas de conciliación se dirigían solo a las mujeres haciéndolas responsables de manera individual de resolver el trabajo doméstico y de cuidado, ajustando sus horarios a

⁵ Sagastizabal, Marina (2020). *Pensando en otros horizontes posibles: una reflexión feminista a partir de la ciudadanía, el tiempo y los cuidados*. Atlánticas. *Revista Internacional de Estudios Feministas*, 5 (1), 90-115. doi: <http://dx.doi.org/10.17979/arief.2020.5.1.6821>

⁶ Carrasco, Cristina (2001). “La sostenibilidad de la vida humana: ¿un asunto de mujeres?” *Mientras Tanto*, 82, 43-69.

las demandas del mercado laboral, para poder entrar después al ámbito productivo. Por tanto, no cuestionan la división sexual del trabajo, ni fomentan la implicación de los hombres en el ámbito de los cuidados, por eso las políticas que les sucedieron comenzaban a poner el foco en la corresponsabilidad, pasando a ser políticas de corresponsabilidad o de conciliación corresponsable.

El siglo XXI ha visto una importante evolución del marco normativo para la igualdad de sexo, determinado sin duda, por la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 3/2007. Las demás disposiciones normativas generadas y las políticas públicas planteadas han tenido por objeto la corresponsabilidad y la participación en igualdad en todos los ámbitos como objetivos a conseguir. Sin embargo, esta aspiración igualitaria de participación, representación y responsabilidad que parecía superada se ha manifestado como hecho inalcanzable durante la pandemia.

¿Cuál ha sido el impacto covid en términos de igualdad efectiva de mujeres y hombres en las tareas de representación política?⁷ ¿Qué ha pasado durante el periodo más duro de la pandemia covid en términos de conciliación corresponsable?

Comencemos por la primera pregunta con el diagnóstico que ofrece Phumzile Mlambo-Ngcuka, Directora Ejecutiva de ONU Mujeres. "Las mujeres constituyen el 70% de las trabajadoras del sector sanitario y social, y realizan en el hogar el triple de trabajo de cuidado no remunerado que los hombres. Sin embargo, se las excluye sistemáticamente de los órganos de decisión que implementan protocolos de emergencia para salvar vidas en los entornos de atención a la salud."

Mientras que los hombres han estado universalmente representados en los órganos de toma de decisiones en torno a la respuesta de la COVID-19, las mujeres han estado infrarrepresentadas en cargos de adopción de decisiones políticas, sanitarias y económicas.

Las mujeres constituyen el 70% de las/os trabajadoras/es del sector sanitario y social, eso significa que han estado sobrerrepresentadas entre el personal de la primera línea de respuesta en la pandemia, como enfermeras, paramédicas, limpiadoras, trabajadoras de (super)mercados, maestras y cuidadoras de niñas/os, arriesgándose a contraer la infección y a perder su capacidad de trabajo. Sin embargo, por mencionar algunos datos relevantes, solo conforman apenas una cuarta parte (24,9%) de los miembros parlamentarios nacionales en todo el mundo y el 36,3% de los cargos electos en los órganos deliberativos locales. En todo el mundo, al 1 de enero de 2020, solo el 21,3% de los ministros eran mujeres. En solo 30 gabinetes de todo el mundo, las mujeres representan al menos el 40% de los ministros. Pero la mayor paradoja se da en el ámbito de la salud: si bien las mujeres conforman el 70% del personal del sector sanitario, solo el 24,7% de los ministros de salud del mundo son mujeres, y estas a su vez ejercen solo

⁷ <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/a-primer-for-parliamentary-action-gender-sensitive-responses-to-covid-19-es.pdf?la=es&vs=3611>

Autoras: Sarah Childs y Sonia Palmieri Colaboradoras: Julie Ballington (ONU Mujeres) y Gabriella Borovsky (ONU Mujeres2020)

el 25% de las funciones superiores en las instituciones de salud, mientras que, el 72% de los funcionarios ejecutivos de las organizaciones mundiales de salud son hombres⁸.

Antes de que la COVID-19 se convirtiera en una pandemia universal, las mujeres realizaban tres veces más trabajos de cuidado y domésticos no remunerados que los hombres. Cuando los sistemas de salud están sobrecargados, se impone una mayor carga de tareas de cuidados en el hogar y esa carga recae en gran medida en las mujeres. Así hablaríamos ya de una no triple sino incluso cuádruple presencia, pasando a responder a la segunda cuestión: parece ser que no ha habido conciliación corresponsable durante el periodo de confinamiento, mejor dicho, parece ser que la corresponsabilidad entre mujeres y hombres no se ha realizado en los hogares, por decirlo de otro modo la asunción de responsabilidades familiares y cargas de cuidados han seguido recayendo sobre las mujeres quienes han vuelto a asumir de manera “natural” las tareas de los cuidados a menores, a veces incluso haciendo de maestras, mayores, personas con necesidades especiales, tareas domésticas; y en el mejor de los casos, o peor, según se mire, teniendo que desempeñar profesionalmente la actividad laboral a distancia o incluso en el lugar de trabajo⁹.

Así las cosas, no podemos estar demasiado optimistas ya que, a pesar de la evolución normativa, el diseño de las políticas públicas y el esfuerzo de buena parte de la jurisprudencia, la igualdad real y efectiva no acaba de materializarse cuando hablamos de los cuidados. Dado que éstos son imprescindibles deben realizarse de manera corresponsable por la familia, las instituciones, el Estado y posiblemente otras redes comunitarias. Hay una razón de justicia material para que el Derecho se ocupe, hay una razón para que se reconozca y se garantice un derecho constitucional al cuidado que en caso de ser de configuración legal implique también su desarrollo a través de una ley de cuidados.

4. LAS GARANTÍAS DEL DERECHO

Esta argumentación nos conduce a considerar que garantizar el derecho al cuidado significa exigir, al menos, tres ámbitos de protección por parte del Derecho.

- a) Las y los obligados a prestar los cuidados en la familia (progenitores, obligados según el código civil, hijos/as respecto padres y madres, considerando la autonomía relacional etc)
- b) La protección de los derechos de las personas que prestan los cuidados
- c) Un sistema público de cuidados: centros, asistencia domicilio, derechos de las personas cuidadoras.

⁸<https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/policy-brief-covid-19-and-womens-leadership-es.pdf?la=es&vs=1823>

Covid y liderazgo de las mujeres. Documento de Políticas, nº18

⁹ Benlloc, Cristina. y Aguado, Empar (2020) Teletrabajo y conciliación. El estrés se ceba con las mujeres, *The Conversation*, 29-4- 2020

Hablamos de un derecho al cuidado desde una perspectiva feminista, ésta debe estar presente en el marco también de las garantías del derecho.

La primera cuestión que debe aclararse es la obligación por parte de las personas responsables. ¿Quiénes son las personas responsables? Las mujeres han asumido siempre la obligación y esta obligación las ha acompañado de tal manera que incluso las primeras leyes sobre conciliación iban dirigidas a las mujeres, asimismo los tribunales de justicia obraban en tal sentido, reconociendo medidas diferenciadas solo para las mujeres en temas de permisos de maternidad/paternidad. Solo cuando aparece el concepto de corresponsabilidad, comienza a apreciarse la necesidad de incluir a los hombres en la “obligación” de la crianza. En el mismo sentido, hay que entender la obligación de ocuparse de los ascendientes y de otras personas que requieran cuidados en la familia.

Por eso es muy importante clarificar que la responsabilidad es compartida y que incluso ante el ejercicio de la libre elección de cuidar, la obligación sigue siendo compartida y nunca puede confundirse con el derecho a cuidar (que implicaría también el derecho a no hacerlo).

Hay que distinguir de manera determinante la obligación de cuidar (normativa) del derecho a cuidar, de modo que el ejercicio de éste último no esconda de manera encubierta la obligación añadida de hacerse cargo de forma exclusiva y excluyente de las tareas del cuidado, y al revés, que la obligación de cuidar no se confunda con el ejercicio de un derecho. Es muy fina la línea entre las tareas de cuidado que se asumen “por amor” pero también como obligación cuando no se tiene otra opción, cuando la desesperación de ver que no existen medios ni económicos para contratar personal profesional, ni institucionales que pongan a disposición de las cuidadoras informales, que suelen ser las mujeres de la familia, posibilidades de cuidado especialmente para personas con enfermedad crónica o dependencia severa. Se tiende a confundir obligación con derecho y por tanto, de nuevo aquí aflora el “mito de la libre elección” que no es tan libre cuando no hay otra alternativa. Son las mujeres cuidadoras, sobre todo en los cuidados de larga duración, quienes pueden estar “eligiendo su derecho a cuidar” asumiendo a la vez una obligación que les supera. ¿qué es? ¿derecho a cuidar o es la asunción de una obligación por amor, porque la persona cuidada depende de ella y porque no hay más posibilidades?

El derecho a cuidar también exige garantías para que su ejercicio no limite o no disminuya el ejercicio de otros derechos. Éste supondría contar con los derechos laborales que garantizaran que la opción de dedicarse al cuidado de un ser querido en un periodo o momento vital determinado no impidiera, principalmente, el ejercicio de los derechos al trabajo, a la promoción profesional o los derechos de participación social o política.

Pero también y necesariamente tendría que contar con los medios económicos y materiales para que la elección sea realmente libre. Por tanto, el marco normativo que asegure los medios económicos para decidir en qué condiciones se realiza el cuidado y

el diseño de un sistema público de cuidados es la garantía no solo del derecho a ser cuidado/a, a recibir cuidados, sino también del derecho a cuidar. Por eso son tan complementarios ambos derechos.

Hay que considerar que la obligación de cuidar no implica realizar el cuidado de manera directa y que incluye la gestión del cuidado que puede ser realizado por otras personas que se ocupen profesionalmente del mismo. Sin embargo, la elección de cuidar implica una relación directa con la persona cuidada, que en el caso de personas mayores de edad implicaría una decisión compartida donde la voluntad de la persona cuidada es esencial¹⁰, de ahí la necesidad de poder elegir cómo se desea ser cuidada/o en relación con las posibilidades de realizar el cuidado por parte de quien cuida, de nuevo esa relación bidireccional del cuidado.

En cuanto a los mecanismos para garantizar el derecho, tanto en el derecho al cuidado, es decir, a ser cuidado o cuidada, como en el derecho a cuidar, podemos contar con las garantías normativas, y las garantías jurisdiccionales.

Primero habría que partir de la definición correcta de los sujetos del derecho al cuidado. Entre los sujetos¹¹ del derecho están los beneficiarios, generalmente los titulares del mismo y por otro lado, los obligados.

Los titulares del derecho a recibir cuidados somos todas las personas. Todas las personas tienen derecho al cuidado, particularmente en situaciones de especial necesidad.

Éste derecho genera inevitablemente unas obligaciones. Los obligados a prestar cuidados son las personas responsables según el marco normativo vigente pero también el Estado como garante de los derechos fundamentales de las personas. El derecho al cuidado tiene una doble naturaleza prestacional y fundamental que se enraíza con el derecho a la vida, a la integridad física y moral y también con el derecho a la protección de la salud, por eso reclama obligaciones de dar por parte del Estado.

Los titulares del derecho a cuidar también son todas las personas, no existiendo en este caso sujetos obligados. Sin embargo, habría que ver en qué condiciones podría realizarse su ejercicio y cuáles son los límites. ¿Podría encontrar cobertura estatal en todas las circunstancias o solo en determinadas circunstancias? Según el nivel de dependencia de la persona que requiere los cuidados, según si se trata de menores, hasta qué edad, modificaría o debería modificar la normativa de permisos o el marco estatutario laboral..., son interrogantes que habría que analizar y que no tienen una única respuesta y dependen de varios factores, muchos de los cuales dependen de la intención política y deben tener una configuración legal.

¹⁰ Rodríguez Ruiz, Blanca (2019) "Autonomía Relacional, propuestas fundacionales para un modelo de ciudadanía", *Retos para el Estado Constitucional del siglo XXI: derechos, ética y políticas del cuidado*, Valencia, Tirant lo blanch, p.84

¹¹Bastida Freijedo, F., Villaverde Menéndez, I., Requejo Rodríguez, P., Presno Linera, M.A., Aláez Corral, B., Fernández Sarasola, I. (2004) *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos.

Así pues, tenemos que contar con un despliegue normativo que desarrolle por un lado, una ley de cuidados; y por otro lado, que modifique el marco normativo según el concepto de este nuevo derecho, que podría ser de configuración legal¹², y desarrollarse mediante la ley de cuidados, que pudiera concretar su contenido.

Se trata en todo caso de un derecho constitucional de doble naturaleza fundamental y prestacional. Y por supuesto, tenemos la garantía jurisdiccional, la acción de los tribunales de justicia, que en caso de reconocimiento del derecho fundamental al cuidado sería la máxima garantía del recurso de amparo (ordinario y en su caso, ante el Tribunal Constitucional), a la que también se podría acudir por la vía de la conexión con otros derechos fundamentales. Aun siendo un derecho de configuración legal -que necesitara de una ley que concretase su contenido- por tratarse de un derecho fundamental, cuenta con la defensa ante un órgano jurisdiccional (ordinario o constitucional) -incluso contra su ley reguladora¹³.

La propuesta de ley de cuidados debería estar precedida por la concreción de su contenido, partiendo de una definición de concepto de cuidado que dé respuesta a la pregunta de ¿Qué es cuidar? y ¿Qué comprende?

Cuidar es ocuparse de las necesidades de bienestar de las demás personas con diligencia y atención conforme al concepto de dignidad y libre desarrollo de la personalidad que fundamentan el orden político y la paz social.

Comprende tanto el cuidado ordinario y cotidiano, esencial para que la vida sea digna, cuanto el extraordinario o necesario en situaciones de especial vulnerabilidad, y supone:

1. Atender a las necesidades básicas, como el alimento y la vivienda, y procurar condiciones de higiene, fundamentalmente en situaciones de especial vulnerabilidad (infancia, ancianidad, discapacidad, pobreza y exclusión social).

De acuerdo con el imperativo de la indispensable solidaridad colectiva, esta atención genera obligaciones en quienes son responsables, la familia, el entorno relacional-afectivo y el Estado.

2. Atender médicamente/necesidades de salud. La atención debe proporcionarse partiendo del principio de dignidad de la persona, el trato respetuoso y la debida diligencia. Y comprende:

- a) Procurar/gestionar atención sanitaria por parte de la familia o personas responsables.

- b) Proveer atención sanitaria en el ámbito de un sistema de salud pública/o de gestión privada. Atención médica especializada, diligente y respetuosa.

¹² Ibáñez Macías, Antonio (2021) Identificando derechos fundamentales en la Constitución española, ISSN: 1133-0937 DERECHOS Y LIBERTADES DOI: <https://doi.org/10.20318/dyl.2021.5856> Número 44, Época II, enero 2021, pp. 277-315, p.281

¹³ Ibídem, p.282

3. Atender necesidades socioeducativas en la infancia. Obligación de escolarización y socialización por parte de progenitores, tutores e instituciones responsables.

4. Atender gestión de necesidades de bienestar socio-afectivo en el ámbito de la familia o de centros especializados (residencias) en la ancianidad y en situaciones de dependencia. Especialmente:

a) necesidades afectivas

b) Atención requerida en procesos administrativos, sociales y políticos (por ejemplo necesidad de resolver cuestiones administrativas en instituciones, entidades bancarias, o participación política en procesos electorales,..etc)

Existe ya en algunos países regulación al respecto, muy relevante la *Care Act*¹⁴ de Reino Unido (2014). La regulación que más se acerca a nuestro sistema de cuidados viene recogida en la Ley Modelo Interamericana de Cuidados que nos proporciona una estructura con contenidos bien definidos¹⁵, si bien explícitamente solo menciona el derecho a ser cuidado, incluye apartados específicos sobre los derechos de las personas cuidadoras remuneradas y no remuneradas, estableciendo también el soporte de la corresponsabilidad.

5.UNA PROPUESTA DE ARTICULADO

Según lo anteriormente expuesto, planteo una propuesta de articulado de un derecho al cuidado que incluye ambas facetas (el derecho a recibir cuidados y a cuidar), estructurado en tres apartados:

1. Todas las personas tienen derecho al cuidado (o "Se reconoce el derecho al cuidado")

2. Los poderes públicos garantizarán el derecho al cuidado mediante un sistema público de cuidados y la protección de los derechos de las personas que los procuran, sin perjuicio de los deberes que la legislación establezca para las personas obligadas, sobre la base del principio de corresponsabilidad.

3. Se reconoce el derecho/Todas las personas tienen derecho a cuidar, sin que su ejercicio pueda menoscabar el ejercicio de otros derechos. Asimismo, se reconoce el derecho a la conciliación (corresponsable) de la vida familiar y personal con la vida profesional.

Uno de los referentes es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁶. Su propuesta de reforma en relación al reconocimiento del derecho al cuidado¹⁷ aprobada

¹⁴ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/23/contents>

¹⁵ https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2022/03/ley_modelo_cuidados_070322_f.pdf

¹⁶ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN Secretaría General Secretaría de Servicios Parlamentarios Última Reforma DOF 28-05-2021

¹⁷

http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2020/11/asun_4114719_20201126_1606402009.pdf

por el Congreso se encuentra ahora en fase de revisión por el Senado sobre el Proyecto por el que se reforman los artículos 4o. y 73 en materia del sistema nacional de cuidados.

Artículo Único. Se reforma el párrafo noveno y se adiciona un párrafo último al artículo 4o., y se adiciona una fracción XXX-A al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

“Artículo 4o.- La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Párrafo reformado DOF 06-06-2019

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad.

Toda Persona tiene derecho a la protección de la salud.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho.

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, así como a los servicios para la atención, cuidado, y desarrollo integral infantil, en términos de lo dispuesto en la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura.

El Estado garantizará la entrega de un apoyo económico a las personas que tengan discapacidad permanente en los términos que fije la Ley.

Las personas mayores de sesenta y ocho años tienen derecho a recibir por parte del Estado una pensión no contributiva en los términos que fije la Ley.

El Estado establecerá un sistema de becas.

Toda persona tiene derecho a la movilidad en condiciones de seguridad vial, accesibilidad, eficiencia, sostenibilidad, calidad, inclusión e igualdad.

El Estado promoverá el desarrollo integral de las personas jóvenes...”

Se añade un último párrafo:

“Toda persona tiene derecho al cuidado digno que sustente su vida y le otorgue los elementos materiales y simbólicos para vivir en sociedad a lo largo de toda su vida, así como a cuidar.

El Estado garantizará el derecho al cuidado digno con base en el principio de corresponsabilidad entre mujeres y hombres, las familias, la comunidad, el mercado y el propio Estado en las actividades de cuidado, así como la libertad que tienen las personas para decidir si adquieren o no como obligación el cuidar a quien lo requiera, y el derecho para decidir la distribución del tiempo propio acorde a sus necesidades e intereses.

Para garantizar el derecho al cuidado digno se implementará el sistema nacional de cuidados, que incluye sus dimensiones económica, social, política, cultural y biopsicosocial, así como políticas y servicios públicos con base en diseño universal, ajustes razonables, accesibilidad, pertinencia, suficiencia y calidad.

La ley establecerá la concurrencia de la Federación, Entidades Federativas, Municipios y demarcaciones territoriales de la Ciudad de México en el sistema nacional de cuidados. Tendrán prioridad en dicho sistema las personas que requieran cuidados por enfermedad, discapacidad, niñas, niños, adolescentes y personas mayores, quienes vivan en condiciones de extrema pobreza, y las personas que realicen actividades de cuidado de las anteriores sin remuneración alguna”.

Y el Artículo 73. dice que: El Congreso tiene facultad:

“(Especialmente en XXX-A). Para expedir la ley general que establezca la concurrencia de la Federación, las Entidades Federativas, los Municipios y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia del Sistema Nacional de Cuidados previsto en el artículo 4o. constitucional”

A ello cabe añadir que por el TRANSITORIO Tercero *“El Congreso de la Unión deberá expedir, en un plazo máximo de ciento ochenta días contados a partir del inicio de la vigencia de este Decreto, la Ley General en materia del Sistema Nacional de Cuidados”.*

Por otro lado, hay que destacar que fue México el Estado que impulsó: La Alianza Global por los Cuidados¹⁸, que es una iniciativa global lanzada por el Instituto Nacional de las Mujeres de México (INMUJERES) en alianza con ONU Mujeres para afrontar la carga de cuidados que obstaculiza las oportunidades económicas de las mujeres haciendo un llamado urgente a gobiernos, organismos internacionales, sociedad civil, iniciativa privada, organizaciones filantrópicas y otros socios estratégicos.

Entre los países que la integran están: México, Alemania, Argentina, Canadá, Costa Rica, España, Italia, Panamá, Paraguay, Suecia, República Dominicana y Tanzania. Además, otras organizaciones tanto internacionales como de la sociedad civil, fundaciones y empresas que la sustentan.

No se pretende en este trabajo realizar una comparación con la propuesta mexicana, pues son muchos los aspectos que habría que analizar sobre la misma, sino simplemente mostrar que México es el primero del resto de países de la Alianza que ya ha planteado su propuesta de reforma constitucional y que por tanto hay referentes. Así como también cabe añadir los avances que se están produciendo en Uruguay y en el proceso

¹⁸ <https://alianzadecuidados.forogeneracionigualdad.mx/>

constituyente chileno con el sistema nacional de cuidados y el derecho a los cuidados, para mostrar que es un sentir que comienza a ser ya universal.

6. LA INTERPRETACIÓN CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

De momento no contamos con una ley de cuidados en España y aunque se está trabajando mucho por un reconocimiento constitucional del derecho, es un objetivo todavía no conseguido. Sin embargo, hay estrategias para ir avanzando y consolidando derechos que favorezcan la igualdad. La interpretación con perspectiva de género o feminista es también una herramienta fundamental para que el Derecho sea eficaz y se aplique con criterios de justicia¹⁹.

La acción de los tribunales de justicia es esencial para garantizar los derechos. En este caso incorporar la perspectiva de género resulta imprescindible en los derechos del cuidado, tanto en su faceta de poder acceder a los cuidados, como en la de elegir cuidar sin que ello repercuta negativamente en las que siempre han asumido la tarea de cuidadora. La asociación de mujeres juezas está trabajando por el reconocimiento de su importancia. Gloria Poyatos (2019) explica²⁰ que juzgar con perspectiva de género significa metodológicamente utilizar una técnica de análisis jurídico holístico y contextualizado que obliga a los tribunales a adoptar interpretaciones conforme al principio *pro persona*, mediante soluciones equitativas ante situaciones desiguales de género. Es un método de análisis jurídico para franquear los estereotipos, que apuntalan el *status quo* de las discriminaciones en tiempos de igualdad jurídica. Además, la perspectiva de género nos ayuda a descubrir la invisibilización de las asimetrías de género que siguen existiendo en nuestro derecho.

Por su parte, Itziar Gómez (2021)²¹ considera que "Juzgar con perspectiva feminista supone asumir que la aplicación de disposiciones normativas no es neutral a un dato como el sexo de las personas, e implica inscribir a quien ostenta el poder judicial en una lógica en la que no es un mero aplicador de la norma a partir de su sentido propio e inmanente, sino un sujeto creativo, al que se exige una cierta capacidad de análisis para atribuir a la norma un sentido que viene dado, también, desde el contexto que rodea a su aplicación y condicionado por los efectos que produce la misma en sus destinatarios. Si el intérprete comprende que esos efectos suponen refuerzo de desigualdades

¹⁹ Marrades Puig, Ana I. (2021). La interpretación con perspectiva de género en el ámbito de los cuidados, *La interpretación y aplicación del Derecho en clave de igualdad de género*, (coord. Salazar Benítez, Octavio y Cárdenas Cordón, Alicia) Tirant lo blanch, Valencia

²⁰ Poyatos i Matas, Gloria (2019) El derecho tiene género y no es el femenino, en: https://www.huffingtonpost.es/entry/el-derecho-tiene-genero-y-no-es-el-femenino_es_5d1cd5d3e4b0f312567db90a , 4 de Julio de 2019.

²¹ Gómez Fernández, Itziar (2021) *De la litigación estratégica a la jurisprudencia con perspectiva feminista*, 8 de marzo de 2021.

Disponible en: <https://www.ibericonnect.blog/2021/03/de-la-litigacion-estrategica-a-la-jurisprudencia-con-perspectiva-feminista/>

estructurales por razón de sexo, y asume que otra interpretación de los preceptos legales puede cambiar ese efecto, optando por esa exégesis alternativa, entonces está formulando jurisprudencia con perspectiva de género", es decir, no solo entender el contexto de la aplicación de la norma sino también los efectos o el impacto que aquélla produce en quienes la reciben.

De ahí la importancia de la contextualización, de la observación de la norma y de la incorporación del enfoque de género, de lo contrario es posible que el propio Derecho se vuelva en contra de la igualdad real. Como explica Ana Rubio (2019), la igualdad jurídica puede verse violada cuando el Derecho, con el fin de garantizar la igualdad, lleva a cabo un proceso de asimilación de las mujeres a los hombres integrando a las mujeres en los estándares normativos establecidos históricamente por los hombres y para los hombres, o cuando en la norma o en la interpretación de la misma, en las resoluciones judiciales, menosprecia e ignora el contexto social discriminatorio contra las mujeres.

La ausencia de este enfoque, citando el ejemplo que proporcionaba Ana Rubio en el ámbito que nos ocupa de la conciliación de la vida familiar y profesional (2019:222)²², ha causado que muchos esfuerzos normativos importantes, por ejemplo, los derechos de conciliación hayan tenido efectos contrarios a los previstos al interpretarse como derechos dirigidos esencialmente a las mujeres trabajadoras-madres jóvenes y no como derechos cuyo fin último es la promoción de la corresponsabilidad de mujeres y hombres en las tareas domésticas y de cuidados (Rubio, 2013:212-216).

María Luisa Balaguer, que con sus pronunciamientos ha estado juzgando e interpretando la norma con esta perspectiva, reconoce continuamente esta desigualdad estructural que hay que combatir. Recientemente y con motivo de la celebración del 8 de Marzo, en el homenaje realizado por el Tribunal Constitucional²³ a las trabajadoras que han resultado esenciales durante la pandemia ha destacado que "La crisis ocasionada por el coronavirus nos ha afectado a todos, y también ha puesto de manifiesto, muy gráficamente, las desigualdades estructurales en todos los ámbitos entre ambos sexos..., la pandemia ha trastocado la vida laboral y social de las personas, pero en algunos casos más que en otros ha exigido esfuerzos casi heroicos, porque la sanidad, la limpieza, la organización de la vida, ha puesto a algunas de nuestras compañeras en situación de peligro y riesgo para extremar el cuidado de todos nosotros". Esta reflexión debería estar presente a diario.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Cuando desde la ACE se me propuso el tema, me planteé que tenía que adaptar mis investigaciones a una realidad imperante marcada por la terrible pandemia que había estado amenazando nuestras vidas, nuestro sistema de salud, nuestra economía y en

²² Rubio Castro, Ana (2019) El valor del iusfeminismo en la evolución del Derecho, En Cobo, R. (coord.) *La imaginación feminista*, Madrid: Catarata

²³

https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2022_015/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2015-2022.pdf

definitiva la situación de relativo bienestar de la que veníamos disfrutando, aun con ese sesgo de género siempre presente; lo que no podía imaginar era que otra tragedia se cernía sobre nosotros como estado de la Unión Europea y principalmente para el pueblo de Ucrania, una terrible guerra y sus dramáticas consecuencias para las vidas de las ciudadanas y ciudadanos de Ucrania, personas que ya están llegando a España y que en breve lo harán de forma masiva, necesitadas de cuidados de toda índole, con un sistema de salud y un personal sanitario debilitado física y emocionalmente por la pandemia, y con un sistema económico bastante afectado por la misma razón, pero a la vez con un sistema de derechos asistenciales que son universales. Se abren así nuevos interrogantes a los que el Derecho debe responder: el alcance y los límites de los derechos del cuidado, su titularidad y ejercicio en según qué condiciones y las garantías que dependen efectivamente de un sistema público de cuidados que a su vez depende de un nuevo enfoque constitucional y económico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bastida Freijedo, Francisco, Villaverde Menéndez, Ignacio, Requejo Rodríguez, Paloma, Presno Linera, Miguel Ángel, Aláez Corral, Benito, Fernández Sarasola, Ignacio (2004) *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos.

Bathia, Anita (2020) Las mujeres y el covid 19: Cinco acciones que los gobiernos pueden adoptar sin demora, *ONU M.*
<https://www.unwomen.org/es/news/stories/2020/3/news-women-and-covid-19-governments-actions-by-ded-bhatia>

Benlloch, Cristina y Aguado, Empar (2000) Teletrabajo y conciliación. El estrés se ceba con las mujeres, *The Conversation*, 29-4- 2020,
<https://theconversation.com/teletrabajo-y-conciliacion-el-estres-se-ceba-con-las-mujeres-137023>

Carrasco, Cristina (2001).” La sostenibilidad de la vida humana: ¿un asunto de mujeres?” *Mientras Tanto*, 82.

Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), 08/03/2022, *Ley Modelo Interamericana de Cuidados*, Políticas para la cohesión social, 2022.

De Lucas, Javier y Añón, María José (1990) “Necesidades, razones, derechos”, *Doxa*.

Gómez Fernández, Itziar (2021) *De la litigación estratégica a la jurisprudencia con perspectiva feminista*, 8 de marzo de 2021.

Disponible en: <https://www.ibericonnect.blog/2021/03/de-la-litigacion-estrategica-a-la-jurisprudencia-con-perspectiva-feminista/>

Ibáñez Macías, Antonio (2021) Identificando derechos fundamentales en la Constitución española, ISSN: 1133-0937 DERECHOS Y LIBERTADES DOI: <https://doi.org/10.20318/dyl.2021.5856> Número 44, Época II, enero 2021, pp. 277-315,

Marrades Puig, Ana I. (2016) “Los nuevos derechos sociales: el derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional”, *Revista de Derecho Político*, num.97

-(2018) *Estudios sobre la reforma de la constitución de 1978 en su cuarenta aniversario*, (coord. Yolanda Gómez Sánchez) Pamplona: Aranzadi, Thomson-Reuters.

-(2019) La ética del cuidado, la igualdad y la diversidad: valores para una constitución del siglo XXI, *Retos del estado constitucional del siglo XXI: derechos, ética y políticas del cuidado*, Valencia: Tirant Monografías.

-(2020) Diseñando un nuevo modelo económico: propuestas desde el derecho constitucional y la economía feminista sobre el cuidado y la igualdad frente a la crisis covid-19, *IgualdadES*, CEPC, nº3.

- (2021). La interpretación con perspectiva de género en el ámbito de los cuidados, *La interpretación y aplicación del Derecho en clave de igualdad de género*, (coord. Salazar Benítez, Octavio y Cárdenas Cordón, Alicia) Tirant lo blanch, Valencia

Poyatos i Matas, Gloria (2018), El cuidado como complemento a la justicia, en: <http://www.mujeresjuezas.es/2018/04/12/el-cuidado-como-complemento-a-la-justicia-por-gloria-poyatos-socia/> 12 de abril 2018.

Poyatos i Matas, Gloria (2019) El derecho tiene género y no es el femenino, en: https://www.huffingtonpost.es/entry/el-derecho-tiene-genero-y-no-es-el-femenino_es_5d1cd5d3e4b0f312567db90a , 4 de Julio de 2019.

Prieto Sanchís, Luís (1990) *Estudio sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate

Rodríguez Ruiz, Blanca (2019) “Autonomía Relacional, propuestas fundacionales para un modelo de ciudadanía”, *Retos para el Estado Constitucional del siglo XXI: derechos, ética y políticas del cuidado*, Valencia, Tirant lo blanch

Rubio Castro, Ana (2019) El valor del iusfeminismo en la evolución del Derecho, En Cobo, R. (coord.) *La imaginación feminista*, Madrid: Catarata

Sagastizabal, Marina (2020). “Pensando en otros horizontes posibles: una reflexión feminista a partir de la ciudadanía, el tiempo y los cuidados”. *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas*, 5 (1), 90-115. doi: <http://dx.doi.org/10.17979/arief.2020.5.1.6821>

Ventura Franch, Asunción (1999) *Las mujeres en la Constitución española de 1978*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer.