

El derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos

Resumen de la observación individual presentada en 2023 ante la Corte IDH

por Daniela Favier

Resumido por la autora DANIELA FAVIER (Universidad de Mendoza)^(*)

Abstract. Este resumen compilado por su misma autora, contiene los principales aportes que hiciera en relación al derecho al cuidado en ocasión de la próxima opinión consultiva de la Corte IDH. Entiende el cuidado como el primer signo de humanización, siguiendo a Margareth Mead. Destaca su integralidad, y su imposible reducción a aspectos meramente económicos. Elabora luego los avances significativos de su reglamentación y tareas pendientes.

1. Introducción

El derecho al cuidado es una realidad necesaria en nuestra vida e inclusive desde antes de nacer; tratar este tema para conocer su alcance y contenido es lo que ha llevado al Estado Argentino⁽¹⁾ a solicitar una opinión consultiva⁽²⁾ a la Corte IDH⁽³⁾ sobre este vital derecho humano. El pedido se motiva “como una oportunidad para enfrentar las bases de la desigualdad de género y acercarnos a estándares más justos y equitativos en materia de cuidados”⁽⁴⁾.

Asimismo, agrega el Estado Argentino que la Corte IDH tenga a bien determinar con mayor precisión los alcances del cuidado como derecho humano, así como las obligaciones que, al respecto, son exigibles a los Estados⁽⁵⁾.

2. El Derecho al cuidado. Reflexiones sobre su importancia

La vida humana no se concibe sin que se encuentre cubierta la necesidad del cuidado que todo ser humano requiere, inclusive desde antes de nacer. Como bien rescata el Estado Argentino en su solicitud los cuidados son una necesidad, un trabajo y un derecho. Se reconoce que el derecho al cuidado tiene una triple dimensión: brindar cuidados, recibir cuidados y al autocuidado⁽⁶⁾.

Nada más elocuente y que ilustra este derecho como una necesidad humana es lo señalado por la antropóloga estadounidense, la doctora Mead, quien afirmó que la fractura de una pata de un animal implica su muerte ante la imposibilidad de poder protegerse y alimentarse. Es presa fácil para otros animales. Igual ocurre con las personas si no son cuidadas. Por ello, la Dra. Mead señala la aparición de un fémur fracturado y soldado como “el primer signo de civilización”, porque significa que alguna persona se encargó de proteger a ese ser humano cuya pierna se fracturó, la llevó a un lugar seguro, le proporcionó alimentos y todos los cuidados que requiere para su recuperación⁽⁷⁾.

(*) Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Mendoza, egresada del Curso de Especialización para Expertos Latinoamericanos en el Derecho del Trabajo por la Universidad de Castillala Mancha y Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bologna, Maestrando en Derecho Privado de la Universidad de Buenos Aires, Profesora de Grado y Posgrado en diversas universidades nacionales, conferencista y publicista, entre otros antecedentes académicos. Actualmente se desempeña como Relatora de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

(1) La República de Argentina es un Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos y Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(2) Arts. 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.”

(3) Corte Interamericana de Derechos Humanos.

(4) Del pedido realizado por el Estado Argentino de fecha 20/01/2023, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/dcs/opiniones/soc_2_2023_es.pdf (corteidh.or.cr) (fecha de consulta 15/2/2024).

(5) Del pedido realizado por el Estado Argentino de fecha 20.01.2023, https://www.corteidh.or.cr/dcs/opiniones/soc_2_2023_es.pdf (corteidh.or.cr) (fecha de consulta 15/2/2024).

(6) Mesa Interministerial de Políticas de Cuidado (Argentina), “Hablemos de cuidados. Nociones básicas hacia una política integral de cuidados con perspectiva de géneros”, 2020, p. 6. <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/mesa-interministerial-de-politicas-de-cuidado.pdf>

(7) DEMIUSAR, “Primer signo de civilización”, 2/9/2021, disponible en: <https://demiuser.com/2021/09/02/primer-signo-de-civilizacion/#:~:text=Mead%20se%20B1ala%20>

Como podemos observar, es un derecho autónomo íntimamente enraizado con la propia vida humana de manera vital; al punto que sin ese derecho esta última no puede ser entendida ni puede desarrollarse en su plenitud.

Justamente, es un derecho de doble vía “hoy por ti, mañana por mí”; todos los seres humanos en alguna etapa de la vida vamos a necesitar de otro ser humano (puente) que nos ayude, nos sostenga, nos cuide tanto desde el punto de vista económico como afectivo.

Porque el cuidado no debe limitarse a lo económico sino también al plano de la afectividad, en razón de que la persona humana, desde una mirada holística, es un todo, es decir es: “cuerpo, espíritu, circunstancias personales y socio-ambientales”; por lo que todos sus aspectos deben ser considerados a la hora de hablar del cuidado, lo contrario implicaría una mirada sesgada y solo avocada a determinados puntos dejando otros de igual importancia a la vida privada de la persona que se trate y a sus posibilidades de poder enfrentarlas con los recursos que cuente.

Porque el cuidado no debe limitarse a lo económico sino también al plano de la afectividad, en razón de que la persona humana, desde una mirada holística, es un todo, es decir es: “cuerpo, espíritu, circunstancias personales y socio-ambientales”; por lo que todos sus aspectos deben ser considerados a la hora de hablar del cuidado, lo contrario implicaría una mirada sesgada y solo avocada a determinados puntos dejando otros de igual importancia a la vida privada de la persona que se trate y a sus posibilidades de poder enfrentarlas con los recursos que cuente.

Así puede observarse la necesidad que se tiene de apoyar a los que no cuentan con recursos y un ejemplo se da en materia de discapacidad, mediante la Ley 24901 que contempla el sistema básico de prestaciones en habilitación y rehabilitación integral de la persona con discapacidad y prevé ayuda precisa por parte del Estado para aquellas personas con discapacidad que no se encuentren incluidas dentro del sistema de las obras sociales, en la medida que aquellas o las personas de quienes dependen no puedan afrontarlas.

De esa forma las personas con discapacidad que carecieren de cobertura de obra social tendrán derecho al acceso a la totalidad de las prestaciones básicas comprendidas en la presente norma (prestaciones preventivas, rehabilitación, terapéuticas educativas, asistenciales, sistemas alternativos al grupo familiar, cobertura económica, etc.), a través de los organismos dependientes del Estado (art. 4), mediante efectores propios o contratados (art. 6).

Otro ejemplo es la “Red de Infraestructura del Cuidado”, creado por el Ministerio de Obras Públicas (MOP) mediante Resolución 252/2021, con el objetivo de reforzar la Red de Infraestructura del Cuidado, a través de la cual se planifican y ejecutan obras destinadas a la infancia, la salud, los géneros, las juventudes, las personas mayores y las personas con discapacidad, que promuevan este derecho y garanticen estándares básicos de calidad de vida de la población.

Tiene como objetivo garantizar el ejercicio efectivo de los derechos, no sólo de quienes reciben cuidados (en la niñez, en la adolescencia, durante la vejez, etc.) sino también de quienes brindan cuidado (trabajadores que, en su gran mayoría, son mujeres), comprendiendo la infraestructura necesaria para alojar servicios de salud, de cuidados a la primera infancia, a las personas mayores, servicios de protección integral de las mujeres y géneros,

la%20aparici%C3%B3n%20de,que%20requiere%20para%20su%20recuperaci%C3%B3n(fecha de consulta 15/2/2024). Véase también: Maslub, Amira, “El cuidado, primer signo de civilización”, 27/10/2021, disponible en: <https://economiahumana.org/el-cuidado-primer-signo-de-civilizacion-margared-mead/> (fecha de consulta 15/2/2024)), donde Mead explica: “Ayudar a alguien a atravesar la dificultad es el punto de partida de la civilización”.

centros y espacios para la juventud. El financiamiento será nacional y/o internacional, y se ejecutará a través de las Provincias y los Municipios cuyos proyectos resulten aprobados.

Se propone como meta alcanzar el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS 6, 9 y 11) aprobados en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible por los Estados Nacionales miembros de la Organización de Naciones Unidas (ONU), relacionados con agua limpia y saneamiento, industria, innovación e infraestructura y ciudades y comunidades sostenibles⁽⁸⁾.

Así también el “Plan 1000 días”, que consiste en fortalecer el cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia, mediante un conjunto de políticas públicas destinadas a fortalecer los derechos de las mujeres durante el embarazo, y que acompañan el crecimiento de sus hijas e hijos hasta los primeros 3 años de vida⁽⁹⁾.

Para ello, pone a disposición de los beneficiarios: asignación por cuidado de salud Integral (cobertura económica anual a titulares de la Asignación Universal y a sus hijas e hijos en los primeros 3 años de vida, acreditando los controles de salud y vacunación); complemento Leche del Plan 1000 días. Este apoyo alimentario se recibe mensualmente y de forma automática en la misma cuenta de la asignación; asignación por embarazo de 6 a 9 meses, para igualar oportunidades y acompañar a las mujeres que tienen ingresos informales o que aún no tienen trabajo, equiparando este derecho con quienes tienen trabajo formal; asignación por Prenatal desde el inicio del embarazo hasta el mes de su interrupción o del nacimiento del hijo o hijo inclusive, siempre que exceda 9 mensualidades; asignación por nacimiento y adopción.

Desde el sistema de Jubilaciones y pensiones se estableció por decreto 475/2021⁽¹⁰⁾ y complementado con las Resoluciones 17/2021 de la Secretaría de Seguridad Social⁽¹¹⁾ y 154/2021 de la ANSES⁽¹²⁾, el reconocimiento de aportes por tareas de cuidado de mujeres con hijos, en edad de jubilarse⁽¹³⁾.

La Asignación para menores que vivan en dispositivos de cuidados establecido por Decreto 5/2023, el que establece el pago de una asignación para los niños, niñas y adolescentes que vivan en dispositivos residenciales o dispositivos familiares de cuidado⁽¹⁴⁾.

La Ley 23.746 fija una pensión para madres de 7 o más hijos e hijas que no tienen bienes suficientes para mantenerse. Es igual al haber previsional mínimo.

Todos estos supuestos, nos ilustran de las múltiples necesidades que se derivan del derecho del cuidado, cada situación amerita tratamiento y soluciones concretas que deben considerarse para dar cabal solución a las necesidades de cuidado. Si bien resulta positivo estos avances no resultan suficientes y siempre se requiere de ajustes y ampliaciones y una decisión política también de querer mantenerlos.

3. El derecho al cuidado y el universo laboral

El derecho al cuidado impacta también en el universo laboral y allí también despliega su importancia vital y la necesidad de su consideración.

En efecto —tal como señalamos en el informe de base a este resumen— “la importancia del derecho al cuidado es creciente en todas nuestras sociedades: la superación de roles estereotipados en la tarea de cuidado, la inserción diferencial de las mujeres y disidencias en el mercado de trabajo, la inexistencia de un modelo familiar único y continente, el envejecimiento de la población, la incorporación de las personas con discapacidad en ámbitos otrora ajenos, entre otras circunstancias, ubican al cuidado en un papel central”. “Sin el cuidado de niños/as, personas

mayores y de la propia persona existen algunos derechos cuya satisfacción pelagra. Entre los más afectados, se encuentran el derecho a la vida, el derecho a la educación, el derecho a la salud y el derecho al trabajo”⁽¹⁵⁾.

También se hizo referencia de que existen estudios que indican que en Argentina la organización social del cuidado depende principalmente del trabajo no remunerado que se realiza al interior de los hogares y recae, en mayor medida, sobre las mujeres mientras que, por otra parte, la posibilidad de adquirir servicios de cuidado en el mercado se encuentra estratificada según diferentes niveles socioeconómicos

Asimismo, se puso en evidencia que la oferta que existe respecto a la contratación de servicios de cuidado, involucra en mayor número a las mujeres; así también se señaló que existe también precarización en estos vínculos contractuales que hacen que estas trabajadoras no se encuentren debidamente registradas o con salarios insuficientes y cargas horarias extensas en muchos casos.

Argentina regula la relación de trabajo de estas personas mediante la Ley N° 26.844 y “sus condiciones de inserción laboral pueden asimilarse al contexto general expresado por la OIT en el informe Garantizar un trabajo decente para el personal de enfermería y los trabajadores domésticos, actores claves en la economía del cuidado de personas. Se trata de uno de los sectores más afectados por la informalidad laboral, altamente feminizado, donde se insertan mujeres de bajo nivel educativo y de escasas cualificaciones, generalmente migrantes (internas o extranjeras), asociado a salarios bajos, regulaciones horarias flexibles y expuestas a variadas situaciones de violencia y abuso”⁽¹⁶⁾.

A nivel nacional, esta rama de actividad concentra el 9,6% de trabajadoras migrantes, es decir que duplica el promedio general. Si se observan estadísticas sobre la distribución de las migrantes mujeres ocupadas según rama de actividad se ve que la principal ocupación es el servicio doméstico con el 25,5%, es decir que casi tres de cada diez mujeres migrantes ocupadas se insertan en este sector⁽¹⁷⁾.

Muchas veces no se puede acceder a esa contratación, y se recurre a otras personas del grupo familiar o entorno afectivo para que de manera no remunerada cumplan ese rol, como suele darse con adultos mayores a cargo de niños, niñas y/o adolescentes, sometiéndose a un ritmo que no se condice con sus condiciones psicofísicas o el desgaste propio de la edad, la falta de experiencia o de herramientas para llevar adelante estas tareas. Lo mismo sucede cuando a temprana edad se debe enfrentar el cuidado de otros (hermanos menores), truncando u obstaculizando el sano desarrollo y la posibilidad de mantenerse en el sistema educativo sin fracasos o deserción con la desigualdad que ello crea en un futuro no muy lejano; mientras unos juegan y se educan otros trabajan en casa extensas jornadas con altas responsabilidades.

Por otra parte, “valga como ejemplo que el Estado no solo no debe entorpecer que una madre amamante a su hijo o hija, sino que además le debe proveer las condiciones necesarias para ello. En el caso de que trabaje en el ámbito productivo, debe otorgarle licencia o un espacio físico para amamantar, tanto si es trabajadora del sector público o del sector privado, como también debe otorgar licencias para los padres, para que asuman conjuntamente la corresponsabilidad que les compete en materia de cuidado y desarrollo de cada niño, niña y adolescente⁽¹⁸⁾. A su vez, la obligación positiva del Estado implica la imposición a terceros de ciertas y determinadas obligaciones, como, en este caso, la obligatoriedad de los empleadores

(8) Duarte, David, “Las tareas de cuidado y su regulación a partir de la pandemia”; RC D 778/2021, Tomo: 2022 1 Año 2022-1.

(9) ANSES, “Plan 1000 días”, disponible en: <https://www.anses.gob.ar/embarazo-y-nacimiento/plan-1000-dias#:~:text=En%20qu%C3%A9%20consiste,primeros%203> (fecha de consulta 15/2/2024).

(10) BO 19/7/2021. Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/350000-354999/352106/norma.htm> (fecha de consulta 15/2/2024).

(11) BO 28/7/2021.

(12) BO 29/07/2021.

(13) <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/350000-354999/352106/norma.htm>

(14) BO 6/1/2023, disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/375000-379999/377862/norma.htm> (fecha de consulta 15/2/2024).

(15) Parte del informe en co-autoría presentado como “amicus curiae” en representación de la Asociación de Especialistas en Relaciones Laborales Ex-Becarios de la Universidad de Bolonia, Centro Internacional de Formación de la OIT en Turín y de la Universidad de Castilla La Mancha (Sección Argentina ante la COIDH).

(16) Parte del informe en coautoría presentado como “amicus curiae” en representación de la Asociación de Especialistas en Relaciones Laborales Ex-Becarios de la Universidad de Bolonia, Centro Internacional de Formación de la OIT en Turín y de la Universidad de Castilla La Mancha (Sección Argentina ante la Corte IDH).

(17) Dirección General de Estudios y Estadísticas Laborales, SPEyE-MTEySS, en base a datos de la EPH, INDEC, segundo semestre de 2021) citado en informe en coautoría presentado como “amicus curiae” en representación de la Asociación de Especialistas en Relaciones Laborales Ex-Becarios de la Universidad de Bolonia, Centro Internacional de Formación de la OIT en Turín y de la Universidad de Castilla La Mancha (Sección Argentina ante la Corte IDH).

(18) Niño, niña o adolescente (NNA).

privados de que efectivamente provean la infraestructura de cuidado o de las licencias legalmente contempladas. En rigor, se trata de garantizar el derecho al cuidado, en tanto derecho universal y propio de cada persona”⁽¹⁹⁾.

Otro aporte de suma importancia es la negociación colectiva y así tenemos que se han resuelto cuestiones vinculadas al tema de cuidado mediante la negociación colectiva. Estudios realizados por la Dirección de Estudios y Estadísticas de Relaciones de Trabajo – Dirección General de Estudios y Estadísticas Laborales – Subsecretaría de Planificación, Estudios y Estadísticas – MTEySS, indican que se ha observado que 63 convenios y acuerdos homologados durante el año 2020 (4% del total) incorporan cláusulas de cuidado, alcanzando a más de 420.000 trabajadores y trabajadoras registradas en la seguridad social del sector privado bajo convenio.

Destaca que ningún convenio colectivo incorpora contenidos tendientes a revertir la división sexual del trabajo.

Observa también el informe que sólo en un 11% de las homologaciones se incorporó la corresponsabilidad familiar al no distinguir género, por lo que en la mayoría se sigue reproduciendo la división sexual del trabajo y la visión de que el cuidado está a cargo de las mujeres. Contrario al sector privado, el estudio revela que en el sector público se presenta un avance respecto al criterio de la corresponsabilidad en las licencias por cuidado, como las extensas licencias por adopción que son tanto para el trabajador como la trabajadora, a la vez que permite la posibilidad de distribuir las entre ambos progenitores siempre que trabajen para el mismo empleador.

A su vez, se prevén franquicias por cuidado de hijo con discapacidad y por menores a cargo y finalmente resalta también el subsidio por cuidados en tanto implicaría un incentivo para formalizar a las trabajadoras de casas particulares, para quienes elijan esta opción en lugar de optar por la guardería. Por último, el informe destaca que predomina la negociación a nivel de empresa siendo muy escasos los acuerdos a nivel de actividad que incorporan cláusulas de cuidados. Es decir, se advierte una dificultad para negociar estas cláusulas en el ámbito de actividad sectorial lo que permitiría beneficiar a más trabajadores⁽²⁰⁾.

Otro avance significativo fue la reglamentación del art. 179 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) que impuso a los empleadores mediante el Decreto reglamentario 144/2022, la obligatoriedad para las empresas con un determinado número de trabajadoras de habilitar salas maternales y guarderías para niños⁽²¹⁾.

Igualmente fue un aporte significativo la Ley de Teletrabajo, Ley 27555. En su art. 6° señala con referencia a las tareas de cuidados que: “Las personas que trabajen bajo esta modalidad y que acrediten tener a cargo el cuidado de personas menores de trece (13) años, personas con discapacidad o adultas mayores que convivan con la persona que trabaja y que requieran asistencia específica, tendrán derecho a coordinar con el empleador, en tanto no afecte

lo requerido de su trabajo, horarios compatibles a la tarea de cuidado a su cargo y/o la interrupción esporádica de su jornada, compensado dichos períodos de tiempo de manera acorde con las tareas asignadas. El presente artículo no será de aplicación cuando el empleador abonare alguna compensación legal, convencional o contractual relativa a gastos por tareas de cuidado. Mediante negociación colectiva o en el ámbito de los contratos de trabajo podrán establecerse pautas específicas para el ejercicio de este derecho”.

Como vemos el sistema de cuidado como está actualmente diseñado puede válidamente ser perfeccionado, una forma de empezar es modificando y ampliando las licencias existentes tanto en el sector público como en el sector privado y estableciendo su existencia para los sectores autónomos, teniendo en consideración la necesidad de modificar la carga de esta tarea que hoy pesa en un altísimo porcentaje a cargo de las mujeres, entre otras propuestas que se pueden ensayar.

El sistema de cuidado como está actualmente diseñado puede válidamente ser perfeccionado, una forma de empezar es modificando y ampliando las licencias existentes tanto en el sector público como en el sector privado y estableciendo su existencia para los sectores autónomos, teniendo en consideración la necesidad de modificar la carga de esta tarea que hoy pesa en un altísimo porcentaje a cargo de las mujeres, entre otras propuestas que se pueden ensayar.

4. Consideraciones finales

Como puede observarse, resulta de suma importancia la convocatoria impulsada por la Corte IDH a raíz del pedido del Estado Argentino, el derecho al cuidado es algo universalmente necesario y vital para la existencia de la propia vida, la posibilidad de desarrollarnos sanamente y de proyectar tanto la vida personal, familiar como la laboral.

Su tratamiento y consideración implica un avance sumamente valioso para que esta temática deje de ser un tema de cada familia y dentro de ella sólo a las mujeres.

Finalmente, en un mundo que se inclina por “soltar”, este derecho nos recuerda lo más humano que existe en nuestra naturaleza y civilización que es el de acompañar a quienes nos necesitan con la seguridad de que también seremos cuidados cuando así los necesitemos.

VOCES: FAMILIA - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - OPINIÓN CONSULTIVA - BIOÉTICA - DERECHO AL CUIDADO - MÉDICO - HOSPITALES Y SANATORIOS - DERECHOS HUMANOS - SEGURIDAD SOCIAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - PERSONA VULNERABLE - SALUD PÚBLICA - ORGANISMOS INTERNACIONALES - DERECHO CONSTITUCIONAL - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DAÑO - RESPONSABILIDAD CIVIL - CONSENTIMIENTO INFORMADO - AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - OBLIGACIONES - OBRAS SOCIALES - MEDICINA PREPAGA - PROFESIONALES DE LA SALUD - MENORES - MEDICAMENTOS - ESTADO NACIONAL - DISCRIMINACIÓN - PODER JUDICIAL - IGUALDAD ANTE LA LEY - DISCAPACITADOS - ACCESO A LA JUSTICIA - LEGITIMACIÓN PROCESAL - TRATAMIENTOS MÉDICOS - PODER JUDICIAL - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - TRATADOS INTERNACIONALES - POLÍTICAS SOCIALES - MEDIDAS CAUTELARES - RESPONSABILIDAD PARENTAL - INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

(19) Parte del informe en coautoría presentado como “amicus curiae” en representación de la Asociación de Especialistas en Relaciones Laborales Ex-Becarios de la Universidad de Bolonia, Centro Internacional de Formación de la OIT en Turín y de la Universidad de Castilla La Mancha [Sección Argentina ante la COIDH.

(20) MTEySS, SSPEyE, “Cláusulas vinculadas a tareas de cuidado de personas a cargo del trabajador o trabajadora en la negociación colectiva de 2020”, disponible en: mteyss-informe-cuidados-negociacion-colectiva-2020.pdf (argentina.gob.ar), citado en el informe (fecha de consulta 15/2/2024).

(21) Cuando se trate de establecimientos con 100 personas o más, independientemente de las modalidades de contratación, se deberán ofrecer espacios de cuidado para niños y niñas de entre 45 días y 3 años de edad, que estén a cargo de los trabajadores y las trabajadoras durante la respectiva jornada de trabajo.