

ESCRITO DE OBSERVACIONES A SOLICITUD DE OPINION CONSULTIVA:
“El contenido y el alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos”
PRESENTADA POR LA REPUBLICA DE ARGENTINA.

DR. PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI.
SECRETARIO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Quien suscribe, **CHRISTIAN GIOVANNI BALLINAS JIMÉNEZ**, de nacionalidad mexicana, estudiante de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma de Chiapas: Me permito dirigir estas líneas, en razón de la convocatoria expuesta por esta H. Corte con fundamento en el art. 73 de su reglamento, a fin de externar mis observaciones en relación a la solicitud de Opinión Consultiva planteada por el Estado Argentino.

Por lo que, sin mayor preámbulo, en este acto procedo en los siguientes términos. El presente análisis se efectuare tomando en consideración, exclusivamente, las siguientes preguntas:

1. ¿Son los cuidados un Derecho Humano autónomo consagrado en el art. 26 CADH?
2. ¿Qué obligaciones tienen los Estados en relación con este Derecho Humano?
3. ¿Qué rol cumplen específicamente los sistemas integrales de cuidado?

RESUMEN EJECUTIVO

En esta oportunidad, brevemente, quisiera a título personal enunciar algunas ideas en relación al tópico en cuestión, así como, aportar un poco de información relevante.

En ese sentido, como primer punto, abordare la idea del Cuidado como un derecho humano autónomo. En el entendido de que, en esta etapa de formación del derecho al cuidado, se es indispensable contar con una base jurídica convencional sólida. De tal suerte, se hace un esbozo sobre lo que, a mi criterio, constituye la cláusula autónoma de este derecho.

Por otra parte, en relación a las obligaciones estatales. En tal apartado, tomo a bien puntualizar la importancia que reviste, el que los Estado de la región, den un salto del consenso político al consenso jurídico. Esto es, que con base en el artículo 2 de la CADH, se legisle sobre la materia.

Finalmente, es crucial poner sobre la mesa aquellos elementos y ejes centrales sobre los que se debe edificar un futuro “Sistema de Cuidado” en cada uno de los Estados Americanos, ello, a fin de traducir los estándares internacionales en normatividad y políticas que contemplen la variedad de escenarios posibles y pugnen por el respeto de este derecho.

En relación a la pregunta 1.

Quisiera poner a consideración que, el Derecho al cuidado en sus tres vertientes (a ser cuidado, a cuidar y al autocuidado) debe ser considerado, sin duda alguna como un Derecho Humano autónomo.

Claro está que, bajo la fundamentación clásica de los Derechos Humanos, podemos sostener que la **Dignidad** de la persona funge como la raíz de todo derecho. Motivo por el cual, tomando en consideración que, la razón de ser de las tareas de cuidado versa, esencialmente, en valores tales como el amor, protección y responsabilidad encaminado a un bienestar, entonces, no podemos negar que bienestar y dignidad son conceptos entrelazados, y que, dignidad es presupuesto clave de este bienestar humano.

Asimismo, si bien los cuidados, pueden estar directamente vinculados con diversos derechos, ello no significa que el derecho al cuidado se encuentre supeditado a los mismos. Toda vez, que cada derecho autónomo tiene un núcleo individual que se refleja desde su propia denominación.

Como ejemplo de lo anterior, la denominación o nombre de cada derecho, digamos, derecho a la integridad personal o el derecho a la libertad de asociación comprenden una rama esencial en el ámbito humano, esto es, propiamente la integridad y la asociación.

Evidentemente, esta integridad y esta asociación pueden ser abordados de manera paralela, incluso, una serie de hechos pueden constituir violaciones ambos derechos de manera simultánea, pero que el tratamiento de cada uno es independiente, en aras de no mermar la sustancia de cada derecho fundamental, y con ello, estar en aptitud de determinar, cabalmente, medidas de garantía o de reparaciones concretas, sea el caso. Ello, para poder responder eficazmente a la necesidad de cada derecho.

En tal sentido, los cuidados no deben ser abordado como elementos de otros derechos. Debido a que, al continuar con esa concepción, ello les resta reconocimiento a las actividades de cuidado, lo que conlleva a que las personas cuidadoras y aquellas que requieren de cuidados no cuenten con una protección jurídica eficaz en sus calidades como tal, ni tampoco una regulación en sus actividades.

Así, podemos traer a colación, a modo de ejemplificación, el desarrollo jurisprudencial y doctrinal del derecho a la igualdad. Entendida como una cláusula autónoma en el artículo 24 de la CADH, ya que tal norma prevé, de manera exclusiva su concepto. Pero que, esta misma idea de igualdad, se puede encontrar en otros artículos de la propia CADH, tal como en el artículo 23, entendida desde aquí como una cláusula subordinada de igualdad. Puesto que el elemento base de ese artículo hace referencia a los derechos políticos, y que, sin duda, la igualdad se presenta como una garantía accesoria a ese derecho.¹

En ese orden de ideas, el derecho al cuidado es susceptible de ser identificado en ciertas cláusulas subordinadas tales como en el artículo 17.4 de la CADH, el cual, pese a no decir explícitamente el término “cuidado”, podemos extraer que la equivalencia de responsabilidades conyugales en el contexto de la protección familiar abarca las tareas de cuidado hacia los hijos. De esta forma, aunque, expresamente no podemos señalar alguna cláusula autónoma del derecho al cuidado dentro de la CADH, esto es, un artículo que tenga como denominación tal derecho, ello no significa que se niegue su existencia.

Ello es así, dado que la integración, formación y reconocimiento de derechos subjetivos puede darse por más de una vía. Es decir, partimos de que la voluntad estatal por medio de convenciones, tiene el efecto de reconocer derechos. Sin embargo, esa misma voluntad de los Estados, quienes promueven conferencias internacionales, medidas legislativa, o inclusive, los foros académicos de debate de la sociedad civil, tienen, también potencialmente el mismo efecto declarativo de derechos.

En virtud de lo anterior, el Derecho Humanos al Cuidado presta su cláusula autónoma, si bien no en el texto de la CADH, pero si en la “Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”, y en todos aquellos instrumentos internacionales tales como informes y documentos de diversos organismos como lo son órganos de tratados, los cuales bajo el principio *pro persona* y el efecto útil, observan una mayor protección al mayor número de personas. En consecuencia, sin duda alguna, una protección eficaz comienza con el pleno reconocimiento de derechos.

¹ Bayefsky, Anne. “El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional”, traducción del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Vol. 11, Nº 1-2, 1990, págs. 1-34.

Ahora bien, con relación al artículo 26 de la CADH. Podríamos afirmar que el derecho al cuidado está vinculado con este artículo, toda vez que es parte de aquellos derechos de índole económico, social, cultural y ambiental (DESCA's). La pregunta sería, si el derecho al cuidado se encuentra previsto en el artículo 26 de la CADH, ¿Ello significa que este derecho es parte de alguno de los DESCAs? Podría decirse, por un momento, que sí, y que, además, lo situaríamos dentro del derecho al trabajo, puesto que se ha sostenido que los cuidados son un trabajo.

Empero, cuando reconocemos las tareas de cuidado como un trabajo, ello no significa que tales actividades reproductivas sean parte del derecho al trabajo previsto en el artículo 6 del Protocolo de San Salvador, puesto que, ello negaría la autonomía del derecho al cuidado.

Es decir, la dimensión de los cuidados como un trabajo, no tiene un fin meramente teórico que sirva para fundamentar la existencia de tal derecho. Sino más bien, esta dimensión de trabajo sirve para efectos prácticos, y así, estar en aptitud de reconocer derechos del trabajo, tales como una justa remuneración o la seguridad social. De ahí, el poder distinguir el derecho al trabajo del artículo 6 del Pacto de San Salvador, diferente de los derechos del trabajo o derechos laborales.

En ese orden de ideas, podemos resumir que el Derecho Humano al Cuidado es un derecho autónomo previsto en el artículo 26 de la CADH. Y que, además, se encuentra expresamente reconocido en la Convención Interamericana sobre Personas Mayores, así como por distintos órganos internacionales tales como ONU Mujeres en el plano universal de protección, como también, por órganos del SIDH como el grupo de trabajo del Protocolo de San Salvador y la propia CIDH.

En definitiva, sin importar que en algunas ocasiones la terminología no abone estrictamente en la palabra "cuidado", términos como protección, le son equiparables.

Todo lo anterior nos da la pauta para reflexionar sobre la forma en que, actualmente, el sistema de fuentes de derecho mantiene su lugar en el foro internacional, y más aún, los Derechos Humanos están presentes, no siempre por encontrarse directamente plasmados en convenciones, sino, que son el resultado de la inquietud de aquellas personas quienes ven en estas convenciones el poder de extender la esfera garantías al servicio de la dignidad humana.

En relación a la pregunta 2.

En primer término, no podemos obviar que, cuando hacemos referencia al derecho al cuidado, indubitablemente, tenemos que poner sobre la mesa las desigualdades en razón de género. Recordamos que, remitiéndonos a diversos datos estadísticos presentados dentro de la solicitud de la República de Argentina, existe evidencia empírica de que, en términos generales y mayoritarios, son las mujeres quienes se les ha asignado tradicionalmente el rol de personas cuidadoras.²

En consecuencia, ha sido una lucha histórica constante a cargo del movimiento feminista, en el que se ha buscado visibilizar formalmente, desde el año 2007 en la Conferencia Regional de la Mujer, sobre la existencia de este derecho.

Sin duda alguna, a partir del “**Consenso de Brasilia**” hasta recientemente el “**Compromiso de Buenos Aires**”, los Estados del continente han dado un gran paso en el reconocimiento de los cuidados como un derecho humano.

Es a partir de entonces, que como bien se tiene ha conocimiento, frente a todo derecho que le asiste a la persona, el Estado acarrea una obligación en relación al mismo. Precisamente, el Estado debe respetar y garantizar los derechos humanos. Entonces, actualmente, al existir un consenso de corte político sobre el derecho al cuidado, no resta más que proceder a sentar las bases para un consenso jurídico.

En tal sentido, dentro del contenido mínimo del derecho al cuidado, podemos hacer mención de tres pilares esenciales: derechos laborales para las personas cuidadoras, a la profesionalización de los cuidados y corresponsabilidades en las tareas de cuidado,

De tal suerte que, lo más adecuado, en este tipo de casos, en los que los Estados de la región se han podido percatar de tales situaciones dispares en cuanto a la organización social de cuidados, se es necesario, justamente, avanzar en aquello que aun hace falta, esto es, una organización de índole jurídica. Ello, con el propósito de prever en la ley todas las hipótesis que engloban las tareas de cuidado, y de esta forma, corregir desigualdades sociales.

² Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), “COVID-19 en la vida de las mujeres: Emergencia global de los cuidados”, 2020, pág. 15. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cim/docs/CuidadosCOVID19-ES-Corto.pdf>

El aparato estatal debe de abstenerse directamente de violentar el contenido de este derecho, como también, buscar los medios legales suficientes para que ninguna otra persona particular pueda violentar este derecho.

En ese sentido, con fundamento en el artículo 2 del pacto de San José, los Estados deben implementar una regulación legal encaminada a la incorporación de garantías, a fin de que la persona que requiere de cuidados o la persona cuidadora, estén en condiciones optimas de desenvolver sus roles bajo un esquema que inste a una reorganización social del cuidado.

En relación a la pregunta 3.

Así, ya hemos tratado que hoy en día, la obligación inmediata posterior al consenso político de los Estados en el plano internacional, es la de legislar en el ámbito doméstico.

Hemos visto, como en los Estados de la región se ha pretendido avanzar por la vía legal. Concretamente, en lo que atañe a México, en 2021 se presentó una iniciativa para expedir LA LEY GENERAL DEL SISTEMA NACIONAL DE CUIDADOS. Sin embargo, tal iniciativa de ley aun sigue pendiente de aprobación y su consecuente promulgación.³

De esta forma, dentro de la eventual “Ley de Cuidados” que cada Estado debe promulgar, esta debe contemplar, al menos, las siguientes hipótesis fácticas:

- 1) En el supuesto en que se le deba brindar atención de cuidados a personas mayores, primordialmente, a cargo de las hijas e hijos. Se es necesario prever que cuando el cuidado este a cargo de uno solo de los hijos, habiendo hermanas y hermanos, es decir mas sujetos obligados a brindar cuidado a la persona mayor, la hija o hijo a cargo de los cuidados debe percibir una remuneración por parte de los otros sujetos obligados.
- 2) En cuanto infraestructura, las estancias de cuidado para niñas y niños de las y los trabajadores de una empresa deben ser una realidad al margen de los derechos laborales.
- 3) Seguridad social para las personas cuidadoras, reconocimiento en su labor de cuidados.
- 4) Profesionalización de las personas cuidadoras, a fin de salvaguardar el derecho a la salud, tanto de la persona que requiere cuidados, como de la propia persona cuidadora.

³ *Iniciativas*. (30 de noviembre de 2021). Obtenido de Gaceta del Senado: https://www.senado.gob.mx/65/gaceta_del_senado/documento/121550

La Suprema Corte de Justicia de México y el Derecho Humano al Cuidado.

Para concluir, anexamos el siguiente texto, en el que el mes pasado, se dio a conocer, que, en México, por primera vez, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), el cual es el máximo órgano del Poder Judicial, así como, el Tribunal Constitucional del país hizo un reconocimiento del cuidado como derecho humano.

No. 378/2023

Ciudad de México, a 18 de octubre de 2023

LA PRIMERA SALA RECONOCE POR PRIMERA VEZ EL DERECHO HUMANO AL CUIDADO, ESPECIALMENTE, DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, MAYORES Y CON ENFERMEDADES CRÓNICAS

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que, conforme al texto de la Constitución General, tratados internacionales de los que México es parte, así como otros instrumentos de soft law, todas las personas tienen el derecho humano a cuidar, a ser cuidadas y al autocuidado, y el Estado tiene un papel prioritario en su protección y garantía.

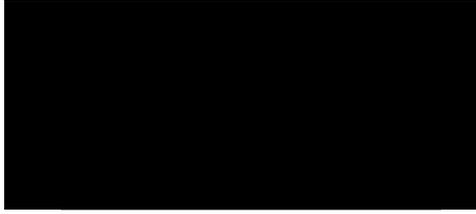
La Sala reconoció que los cuidados son un bien fundamental y estableció que el derecho al cuidado implica que todas las personas, principalmente aquellas que requieren de cuidados intensos o extensos y/o especializados, como las personas mayores, con discapacidad y con alguna enfermedad crónica, tienen la oportunidad de acceder a ellos, sin que sea a costa de la salud, bienestar o plan de vida de quienes cuidan.

Asimismo, el Alto Tribunal determinó que el derecho al cuidado también implica el derecho de las personas a no estar forzadas a cuidar por mandatos de género, lo que es una cuestión de justicia social a favor de mujeres y niñas, en quienes recaen preponderantemente las labores de cuidados. De esa manera, no se puede obligar a las personas —en especial mujeres— a permanecer casadas al amparo de este derecho, pues los cuidados no deben recaer exclusivamente en las personas en lo individual.

Al respecto, la Primera Sala destacó la necesidad de adoptar medidas para que los cuidados no recaigan de forma desproporcional en las familias, y particularmente en las mujeres y las niñas, sino contar con la posibilidad de delegar los cuidados y que estos sean proporcionados por otros sectores de la sociedad, entre los que destaca el Estado, en condiciones dignas y de calidad, sin que ello dependa de factores socioeconómicos.

Amparo directo 6/2023. Ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Resuelto en sesión de 18 de octubre de 2023, por unanimidad de cinco votos.⁴

⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación . (18 de octubre de 2023). *Comunicado de prensa no 378/2023*. Obtenido de SCJN.GOB.MX: <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=7568>



CHRISTIAN GIOVANNI BALLINAS JIMÉNEZ

