ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO

2023

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

Ediciones Universidad Diego Portales, Domingo Lovera Parmo, Tamara Carrera y María José Jara […et. al] / Anuario de derecho público 2024
Santiago de Chile: la universidad: Facultad de Derecho de la universidad, 2024, 1ª edición, 371 pp., 15 x 23 cm.

Dewey: 341.4810983
Cutter: An89
Colección Derecho
Palabras de Domingo Lovera Parmo, Tamara Carrera y María José Jara, directores del anuario. Con notas al pie. Incluye la cátedra Jorge Huneeus Zegers "Public law, the levels of the law and environmental problems" por Elizabeth Fisher"
Parte importante de los artículos que componen esta edición han sido sugeridos por los distintos académicos y académicas integrantes del comité editorial.

Materias:
Protección de datos personales.
Derecho ambiental. Chile. Cambio climático.
Reformas constitucionales. Chile.
Derecho Internacional. Chile.
Derecho constitucional. Chile.
Armas. Aspectos jurídicos. Chile.
Huneeus Zegers, Jorge, 1835-1889, critica e interpretación

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2023

© VV. AA., 2023
© Ediciones Universidad Diego Portales, 2023

Primera edición: agosto de 2024
ISBN 978-956-314-596-0

Universidad Diego Portales
Dirección de Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Teléfono (56 2) 2676 2136
Santiago – Chile
www.ediciones.udp.cl

Edición: Domingo Lovera
Diseño: Mg estudio

Impreso en Chile por XXXXX

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO

2023

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

DIRECTORES
Domingo Lovera
María José Jara
Tamara Carrera

COMITÉ EDITORIAL
Lidia Casas Becerra
Javier Couso Salas
Jorge Correa Sutil
Rodolfo Figueroa García-Huidobro
Matías Guiloff Titun
Dominique Hervé Espejo
Domingo Lovera Parmo
Judith Schönsteiner

EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

EL DERECHO HUMANO AL CUIDADO. FUNDAMENTOS Y AUTONOMÍA EN CLAVE LATINOAMERICANA

Mariana Brocca[1] *y Laura Pautassi*[2]

Resumen

El presente trabajo tiene por propósito analizar el derecho humano al cuidado en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Para ello, se presentarán sus antecedentes en el ámbito regional, los cuales conjugan su reconocimiento en instrumentos de derechos humanos con su demanda social y feminista. A su vez, se expondrán los estándares relativos a la utilización del enfoque directo del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, en función de la solicitud de opinión consultiva realizada por la Argentina a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con ello, se sostendrá – a partir de un análisis de la normativa y estándares vigentes – que el derecho humano al cuidado es justiciable de manera autónoma dentro del artículo 26 del Pacto de San José.

1. Introducción

En los últimos años, Latinoamérica ha sido escenario de un gran desarrollo en el estudio de los cuidados, particularmente gracias a la comunidad epistémica feminista que ha precisado los alcances e implicancias de aquél desde distintas corrientes de análisis. Dentro de éstas, una de las que más impulso ha cobrado en

1 Becaria doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Doctoranda en la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame (beca Fulbright–MINED). Profesora de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN). Correo electrónico: mariana.brocca@der.unicen.edu.ar

2 Investigadora Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Doctora De la UBA, Área Derecho Social. Directora del Grupo Interdisciplinario Derechos Sociales y Políticas Públicas. Correo electrónico: laurapautassi@derecho.uba.ar

la región es la del reconocimiento del cuidado como un derecho humano[3]. Así, América Latina es pionera en el avance hacia la garantía del derecho humano al cuidado, el cual incluye el derecho a brindar cuidados, el derecho a ser cuidada/o, y el derecho al autocuidado.

Gracias a la aplicación de la metodología del enfoque de derechos humanos (EBDH), se identificó que el derecho humano al cuidado se encuentra contemplado en todos los tratados de derechos humanos. En efecto, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDDHH) en adelante, los instrumentos internacionales han reconocido distintas protecciones y obligaciones vinculadas al cuidado, aunque no fue denominado de manera explícita como tal, sino hasta los aprobados en el siglo XXI.

Es decir, la comunidad internacional fue reconociendo que la protección a la maternidad, a niños, niñas y adolescentes (NNA), a personas con discapacidad, personas mayores y aquellas garantías vinculadas con el concepto de vida digna constituyen derechos humanos protegidos. Este paulatino reconocimiento en el *corpus iuris*, tanto a nivel del sistema de protección universal como interamericano, se conjugó con la demanda social y política. Ello responde a que el cuidado atraviesa todos los órdenes de la vida, ya que cuando un niño o niña nacen no pueden sobrevivir sin que se los cuide y, si bien a medida que van creciendo se van independizando y adquiriendo habilidades para el autocuidado, los cuidados siguen siendo indispensables a lo largo de la vida; son, por lo tanto, una responsabilidad social.

Junto con la demanda por ser cuidadas, las personas también cuidan, sean a sus hijas e hijos, a sus progenitores, a familiares que lo requieran, por su condición o por una afectación en la salud. La diferencia central radica en que si bien todas las personas debemos cuidar, recibir cuidados y también cuidarnos, sólo a las mujeres se ha responsabilizado como cuidadores principales. Las actividades cotidianas que abarcan los cuidados se realizan al interior de los hogares, principalmente por las mujeres de la familia, sin recibir remuneración por ello y muchas veces sin reconocimiento por parte de los integrantes del núcleo familiar, ni a nivel social. A su vez, se pueden transferir parte de estas tareas a través de relaciones laborales formales o informales, en general, a otra mujer, para que de forma remunerada contribuya al cuidado de todos o algunos miembros del hogar. También es posible delegar de forma gratuita a personas cercanas o afines que son parte de las redes

3 La primera definición del cuidado como derecho humano, se encuentra en Pautassi, Laura, El cuidado desde un enfoque de derechos humanos, en Serie Mujer y Desarrollo, N° 57, (CEPAL), 2007, que identifica el derecho a cuidar, a ser cuidado y al autocuidado.

sociales y de apoyo y que pueden ser o no miembros de la familia extendida a quienes también se les delegan cuidados. Nuevamente, esta delegación es a otras mujeres (que muchas veces incluye niñas y adolescentes).

Por otra parte, en el ámbito público suele proveerse el cuidado de manera formal por medio de instituciones, ya sean estatales, de mercado o de la sociedad civil. Todas estas formas se combinan de acuerdo a la disponibilidad de tiempo y de ingresos de los hogares que organizan diversas estrategias de cuidados. No obstante, resulta ineludible que (se trate de la satisfacción directa o de gestionar los componentes para garantizarlo) siempre recae sobre las mujeres[4]. A tal punto que, de todas estas formas de resolución de los cuidados, la que mayor resistencia genera es la identificación del autocuidado. A pesar de ser inescindible de la condición humana, los varones adultos suelen no practicarlo de manera cotidiana, siendo sus parejas mujeres quienes les cuidan directa o indirectamente. Esto implica que muchos hombres no sólo no cuidan a sus hijas e hijos o a sus progenitores, sino tampoco a sí mismos, esperando que sus parejas mujeres lo resuelvan y, en contadas ocasiones, solo "prestan ayuda"[5].

En suma, la complejidad del cuidado y su asignación en las mujeres atraviesa la historia de la humanidad, sólo que el orden patriarcal lo mantuvo invisibilizado, y va saliendo a la luz de la mano de los movimientos de mujeres, de los aportes de estudios de género y de la teoría feminista que permitieron su consideración, primero como trabajo y luego como derecho. Y allí la región de América Latina marcó un hito en dicho recorrido. Fueron los mecanismos para el adelanto de las mujeres, sean ministerios de las mujeres, secretarías o áreas de género (de acuerdo al grado de institucionalidad alcanzado) los que han recepcionado la demanda social de los movimientos feministas respecto a la injusta división sexual del trabajo y de los cuidados que caracteriza a América Latina.

Debido a ello, en el marco de la Décima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe[6], la agenda propuesta por las responsables de las áreas de género fue participación política y economía del cuidado, plasmada por los Estados en el Consenso de Quito (2007) a partir de su reconocimiento

4 Rico, María N., y Pautassi, Laura, *Los cuidados en la agenda. Igualdad, derechos y políticas públicas*, (PRIGEPP–FLACSO), 2013.

5 Izquierdo, María Jesús, "Consideraciones recientes del debate sobre cuidados", en Ferreyra, Marta, Guerra, Teresa y Cházaro, Andrea (Coords.), *El trabajo de cuidados: una cuestión de derechos humanos y políticas públicas,* (ONU–Mujeres), 2018, pp. 46-55.

6 Se trata de un órgano subsidiario regional que se reúne cada 3 años y cuya secretaría ejecutiva se encuentra en la División de Asuntos de Género de la Comisión Económica de América Latina y el Caribe. Allí se fijan las agendas y consensos de género a nivel regional, https://www.cepal.org/es/organos-subsidiarios/conferencia-regional-la-mujer-america-latina-caribe

explícito como el "derecho a cuidar, a ser cuidado y al autocuidado"[7] y, con ello, obligaciones estatales para garantizar su provisión y la erradicación de la división sexual del trabajo.

Desde ese momento, en las sucesivas conferencias, los gobiernos, junto con las organizaciones feministas han reforzado el reconocimiento del cuidado como derecho humano. Así se han establecido sus obligaciones y se han pronunciado respecto al diseño de políticas públicas, en particular con la creación de los sistemas nacionales de cuidado (otra de las particularidades de la región). Es así como en las siguientes conferencias regionales – Brasilia (2010); Santo Domingo (2013); Montevideo (2016); Santiago (2019); y Buenos Aires (2022) – los acuerdos finales incluyen una robusta agenda de cuidados. En el año 2015 se aprobó también la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores – entrada en vigor en enero del año 2017 – que es el primer tratado de derechos humanos en reconocer en su denominación el derecho al cuidado integral de las personas mayores (art. 12). Es decir, a la fecha se ha avanzado no solo en hacer visible el alcance del cuidado, sino que se ha avanzado tanto a nivel normativo como en el diseño de políticas públicas en aproximadamente 15 países de la región, que incluyen desde sistemas nacionales de cuidados a políticas públicas a nivel local o estadual.

En este contexto, el 20 de enero de 2023 la República Argentina solicitó una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte Interamericana, en adelante) sobre el "Contenido y alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos". Allí se requiere al tribunal determinar las obligaciones estatales del derecho al cuidado tanto de manera autónoma – a través del art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) –, como en relación con el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la vida y otros derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) como el derecho al trabajo y la seguridad social, el derecho a la salud y el derecho a la educación.

A la luz de lo expuesto, el presente trabajo tiene por propósito presentar los antecedentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) respecto al derecho humano al cuidado, que conjuga el reconocimiento en los instrumentos internacionales con su demanda social y feminista. Estará, entonces, dividido en tres apartados. El primero recorrerá de manera sucinta los antecedentes del derecho humano al cuidado en el marco regional hasta la solicitud de opinión

7 Pautassi, Laura, Op. Cit., p. 18.

consultiva mencionada. El segundo estará dividido en dos bloques. Por un lado, se identificarán los argumentos principales elaborados por la Corte IDH en relación a la justiciabilidad de los DESCA a partir del enfoque directo del art. 26. Por otro lado, se esgrimirán los lineamientos de la jurisprudencia del máximo Tribunal que vinculan el derecho humano al cuidado como derecho humano autónomo contenido en el art. 26. Finalmente, el último apartado esbozará las conclusiones.

2. Antecedentes del cuidado en el SIDH

En el marco del SIDH, los elementos centrales del cuidado fueron reconocidos desde la creación de los primeros instrumentos. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), aprobada en 1948, incorpora dentro de su articulado el derecho a poder fundar una familia, especificando en su art. 7 que "toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, *cuidados* y ayudas especiales". En el apartado referido a los deberes, la DADDH indica que "toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten" (art. 25). A su vez, en el art. 35 dispone que "toda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias".

Posteriormente, la CADH recoge estos principios y, además, establece de manera específica en el art. 17 el derecho a la protección a la familia, cuya garantía conlleva la obligación estatal de adoptar las acciones necesarias para "asegurar la igualdad de derechos y equivalencia de responsabilidades de los cónyuges". Ello incluye los derechos de las infancias y adolescencias (nacidas tanto dentro como fuera del matrimonio), a la luz del derecho a una igual protección ante la ley, sin discriminación.

En 1988, diez años después de la entrada en vigor de la CADH, fue aprobado el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador. Allí, el tratado establece la obligación estatal de ejecutar y fortalecer "programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo" (art. 6, inc. 2). Además, dispone que los Estados deben adoptar medidas destinadas a proteger la familia (art. 15), la niñez (art. 16), las personas mayores (art. 17) y con discapacidades (art. 18).

Por su parte, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (más conocida como Convención Belém do Pará) es un ejemplo clave de protección de los derechos humanos de manera interdependiente. Así, establece, en su art. 5, que las mujeres tienen el derecho a ejercer libremente "sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos", siendo la violencia un factor que impide su pleno ejercicio.

Con ello, el tratado identifica como una de las obligaciones estatales la de tomar acciones progresivas con la finalidad de "contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer" (art. 8, inciso b). Este punto, relacionado intrínsecamente con la obligación establecida en el art. 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de Naciones Unidas, incluye a la división sexual del trabajo que reproduce la noción de mujer cuidadora[8] y establece consiguientes obligaciones a los Estados con claro impacto en promover una distribución de las responsabilidades de cuidados entre varones y mujeres al interior de las familias.

Si bien estas referencias al cuidado están claras en los instrumentos internacionales, es a partir de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (CPD, 2006) y la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (CIADDIS, 1999) que se comienza a denominar como cuidado. Al mismo tiempo establecen que el reconocimiento de igualdad de todas las personas con discapacidad exige asegurar que:

> …b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar

8 El artículo 5 de la CEDAW establece lo siguiente: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos".

> su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta. (art. 19 inc. b, CPD).

En el art. 23 este mismo instrumento define las obligaciones que le competen a los Estados para garantizar el ejercicio de derechos sin discriminación en relación con el matrimonio, con las relaciones personales, a tener hijes, a la adopción, guarda y tutela conforme a las legislaciones nacionales y señala en el apartado 5, de manera explícita, que "…los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata ***no pueda cuidar de un niño con discapacidad***, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar" (art. 23, CPD)". [El resaltado nos pertenece].

En el caso de la CIADDIS, se establece con claridad la obligación de los Estados a adoptar medidas para promover la integración de las personas con discapacidad en el acceso y cobertura de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades. A ello se le suma la obligación de garantizar esfuerzos para la detección, tratamiento, rehabilitación y suministro de servicios que posibiliten asegurar un "*nivel óptimo de independencia y de calidad de vida de las personas con discapacidad*" (art. III).

Por último, como fue señalado en la introducción de este trabajo, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, del año 2015, incorpora al cuidado como derecho humano de manera explícita. Así, en su art. 6 establece que:

> …los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población. Los Estados Parte tomarán medidas para que las instituciones públicas y privadas ofrezcan a la persona mayor un acceso no discriminatorio ***a cuidados integrales***, incluidos ***los cuidados paliativos***, eviten el aislamiento y manejen apropiadamente los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, el dolor, y eviten el sufrimiento innecesario y las intervenciones fútiles e inútiles, de conformidad con el derecho de la persona mayor a expresar el consentimiento informado.

El art. 7 reconoce la autonomía y el autocuidado de las personas mayores[9], lo cual marca un cambio de paradigma al establecer estándares y criterios claros para las decisiones autónomas e informadas de las personas mayores, tanto para ser cuidadas, como para cuidar o ejercer el autocuidado. Una especial centralidad adquiere el art. 12 de la Convención, que desarrolla de manera detallada los tipos de cuidados que el Estado debe garantizar, al establecer que:

> La ***persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados*** que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda; promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía. Los Estados Parte deberán diseñar medidas de apoyo a las familias y cuidadores ***mediante la introducción de servicios para quienes realizan la actividad de cuidado de la persona mayor***, teniendo en cuenta ***las necesidades de todas las familias y otras formas de cuidados,*** así como ***la plena participación de la persona mayor***, respetándose su opinión. ***Los Estados Parte deberán adoptar medidas tendientes a desarrollar un sistema integral de cuidados*** que tenga especialmente en cuenta la ***perspectiva de género*** y el ***respeto a la dignidad e integridad física y mental de la persona mayor***.
>
> Para garantizar a la persona mayor el goce efectivo de sus derechos humanos en los ***servicios de cuidado a largo plazo***, los Estados Parte se comprometen a: a) Establecer mecanismos para asegurar que el inicio y término de servicios de cuidado de largo plazo estén sujetos a la ***manifestación de la voluntad libre y ex***presa de la persona mayor. b) Promover que dichos servicios cuenten con ***personal especializado*** que pueda ofrecer una atención adecuada e integral y prevenir acciones o prácticas que puedan producir daño o agravar la condición existente. c) Establecer un marco regulatorio adecuado para el funcionamiento de los servicios de cuidado a largo plazo que permita evaluar y supervisar la situación de la persona mayor, inclu-

9 "Los Estados Parte adoptarán programas, políticas o acciones para facilitar y promover el pleno goce de estos derechos por la persona mayor, propiciando su autorealización, el fortalecimiento de todas las familias, de sus lazos familiares y sociales, y de sus relaciones afectivas. En especial, asegurarán: a) El respeto a la autonomía de la persona mayor en la toma de sus decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos. b) Que la persona mayor tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico. c) Que la persona mayor tenga acceso progresivamente a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad, y para evitar su aislamiento o separación de ésta".

yendo la adopción de medidas para: i. Garantizar el acceso de la persona mayor a la información, en particular a sus expedientes personales, ya sean físicos o digitales, y promover el ***acceso a los distintos medios de comunicación e información,*** incluidas las redes sociales, así como ***informar a la persona mayor sobre sus derechos*** y sobre el marco jurídico y protocolos que rigen los servicios de cuidado a largo plazo. ii. Prevenir injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar o unidad doméstica, o cualquier otro ámbito en el que se desenvuelvan, así como en su correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación. iii. Promover la interacción familiar y social de la persona mayor, teniendo en cuenta a todas las familias y sus relaciones afectivas. iv. Proteger la seguridad personal y el ejercicio de la libertad y movilidad de la persona mayor. v. Proteger la integridad de la persona mayor y su privacidad e intimidad en las actividades que desarrolle, particularmente en los actos de higiene personal. d) Establecer la legislación necesaria, conforme a los mecanismos nacionales, para que los responsables y el personal de servicios de cuidado a largo plazo respondan administrativa, civil y/o penalmente por los actos que practiquen en detrimento de la persona mayor, según corresponda. e) ***Adoptar medidas adecuadas***, cuando corresponda, ***para que la persona mayor que se encuentre recibiendo servicios de cuidado a largo plazo*** cuente con ***servicios de cuidados paliativos*** que abarquen al paciente, su entorno y su familia. [El resaltado nos pertenece].

El art. 3 incorpora al cuidado, además, como un principio general que atraviesa el convenio en su inciso f. Así, "[s]i bien las particularidades de las personas mayores demandan una consideración específica de medidas de cuidados, la mirada transversal se sitúa en el reconocimiento de las personas a ser cuidadas, a cuidar y al autocuidado, incluyendo nuevamente una perspectiva transformadora"[10].

En esta misma línea, tanto el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador (GTPSS) como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) han incluido al derecho humano al cuidado en su labor. En el caso del GTPSS se introdujo el cuidado como indicador dentro de la categoría de igualdad y no discriminación para verificar el progreso de manera interdependiente con el derecho al trabajo y a la seguridad social[11].

10 Pautassi, Laura, *De la polisemia a la norma. El cuidado como derecho humano*, (Fundación Medifé), en prensa.

11 Ver: https://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores_progreso.pdf

Por su parte, dentro de la CIDH, la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el derecho humano al cuidado dentro de su agenda de acción. Así, por ejemplo, en su Informe Anual del año 2020, ante la crisis humanitaria y sanitaria generada a partir de la pandemia por COVID–19, mantuvo que:

> …***el cuidado se afirma como un derecho humano de importancia vital para las personas***, en especial de las que están enfermas, las personas con capacidad, adultas mayores y NNA. Sin embargo, son muy pocos los Estados de la región que cuentan con sistemas nacionales de cuidados o que los han puesto en marcha durante la pandemia. En tal sentido, ***la REDESCA seguirá llamando al reconocimiento y protección del cuidado como un derecho humano***, a la valoración del trabajo de cuidado y los derechos laborales de las personas trabajadoras domésticas, como a la creación de sistemas nacionales de cuidados con enfoque de derechos, género e interseccionalidad. La perspectiva de género y la realización de los derechos humanos de las mujeres representan hoy un desafío tan grande en su realización, como una oportunidad de volver a nuestras sociedades más justas, más iguales y más cuidadoras[12]. [El resaltado nos pertenece].

En su siguiente informe, del año 2021, recordó que, en el marco de la audiencia del caso *Vera Rojas y otros v. Chile*[13], la Relatora presentó su postura respecto a la importancia de que la Corte Interamericana considerara al derecho humano al cuidado.[14] Si bien luego el tribunal no abordó en profundidad al cuidado, sí consideró que:

> Al respecto, el Tribunal advierte que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dispone que los Estados deben proporcionar a las personas con discapacidad servicios de salud lo más cerca posible de sus comunidades, incluso en zonas rurales, así como el acceso a servicios

12 CIDH, IV Informe Anual de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2020, párr. 1158. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2020/capitulos/redesca.PDF

13 Corte IDH, caso Vera Rojas y otros vs. Chile, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 1–10–2021, Serie C No. 439, párr. 111.

14 CIDH, V Informe Anual de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2021, párr. 24. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2021/capitulos/redesca-es.PDF

> de asistencia domiciliaria y residencial. En un sentido similar, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que "la mejor forma de cuidar y atender al niño con discapacidad es dentro de su propio entorno familiar cuando la familia tenga medios suficientes". En definitiva, la Corte considera que los cuidados especiales y la asistencia necesaria para un niño o una niña con discapacidad debe incluir, como elemento fundamental, el *apoyo a las familias a cargo de su cuidado* durante el tratamiento, *en especial a las madres, en quienes tradicionalmente recaen las labores de cuidado*[15]. [El resaltado nos pertenece].

Con esta sentencia la Corte Interamericana identificó que la obligación de asistir a las familias que deben cuidar (como, en este caso, a una niña con discapacidad), considerando la división sexual del trabajo y la falta de distribución del trabajo de cuidado dentro de los hogares que, en consecuencia, sobrecarga a las mujeres. Esta postura resulta coherente con la línea jurisprudencial que venía desarrollando el tribunal en la Opinión Consultiva OC–24/17 y casos como *Atala Riffo e hijas v. Chile*[16], *Fornerón e hija v. Argentina*[17], *y Ramírez Escobar y otros v. Guatemala*[18].

Por un lado, en la OC–24 referida a *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*[19], el tribunal dispuso que los Estados tienen la obligación de tomar medidas de toda índole para garantizar el acceso (sin discriminación por motivos de identidad de género u orientación sexual) al derecho a la seguridad social, lo cual debe incluir licencias por maternidad y paternidad, beneficios laborales, y beneficios de cuidados, entre otros[20]. Luego, introdujo una "expansión de derechos, beneficios y responsabilidades de las cuales las parejas del mismo sexo podrían ser titulares" la cual incluye, por ejemplo, la responsabilidad parental de les hijes[21].

15 Corte IDH, caso Vera Rojas y otros vs. Chile, Op. Cit., párr. 111.

16 Corte IDH, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, 24–02–2012, Serie C No. 239.

17 Corte IDH, caso Fornerón e hija vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

18 Corte IDH, caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.

19 Corte IDH, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC–24/17, 24–11–2017, Serie A No. 24.

20 Corte IDH, Opinión Consultiva OC–24/17, Op. Cit., párr. 196.

21 Corte IDH, Opinión Consultiva OC–24/17, Op. Cit., párr. 197.

Por otro lado, en las sentencias mencionadas la Corte identificó la vulneración a derechos como a la protección de la familia por la aplicación de estereotipos de género que reproducen la idea de la mujer como cuidadora por naturaleza. Este preconcepto, en los tres casos mencionados, interfirió en la relación de las víctimas con sus hijas e hijos (y también nietos y nietas) por no cumplir con las características que se esperan socialmente de quien debe ocuparse del trabajo de cuidado, con base en un orden de género que discrimina.

También, en la Opinión Consultiva OC–27/21 el tribunal indicó que "…los estereotipos de género en el ámbito de las labores domésticas y de cuidado constituyen una barrera para el ejercicio de los derechos de las mujeres, y de forma particular de los derechos laborales y sindicales, pues impiden que las mujeres se encuentren en condiciones de igualdad para participar en el entorno laboral […]"[22]. En el mismo sentido, en la Opinión Consultiva OC–29/22 destacó la importancia del trabajo de cuidado realizado por las mujeres privadas de libertad y la obligación estatal de adoptar medidas para garantizar los derechos de aquellas que se encuentran embarazadas, en período de parto, posparto, lactancia y a las cuidadoras principales en contexto de encierro[23].

Debe resaltarse en este contexto el trabajo realizado por la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM). Este organismo (perteneciente al ámbito de la OEA, aunque externo al sistema de protección de derechos humanos) ha desarrollado una línea específica en relación al cuidado, alcanzando la Declaración de Lima sobre la Igualdad y la Autonomía en el Ejercicio de los Derechos Económicos de las Mujeres[24] y, recientemente, la creación de la Ley Modelo Interamericana de Cuidados.

Por un lado, en la Declaración de Lima se llegó a un acuerdo sobre la necesidad de promover la corresponsabilidad social del cuidado, tanto entre los actores

22 Corte IDH, Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), Opinión Consultiva OC–27/21, 05–05–2021, Serie A No. 27, párr. 176.

23 Corte IDH, Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos), Opinión Consultiva OC–29/22, 30–05–2022, Serie A No. 29.

24 CIM, *Declaración de Lima sobre la Igualdad y la Autonomía en el Ejercicio de los Derechos Económicos de las Mujeres*. Aprobada en el marco de la XXXVII Asamblea de Delegadas de la CIM, celebrada los días 24 y 25 de mayo de 2016. Disponible en: https://www.oas.org/es/cim/docs/DeclaracionLIMA-ES.pdf

(v.gr., el Estado y las familias) como entre varones y mujeres.[25] Se estableció el deber de adoptar medidas para garantizar servicios de cuidado a las infancias, personas con discapacidad, personas mayores y personas con enfermedades y para evitar la reproducción de la división sexual del trabajo.

Por otro lado, la Ley Modelo se funda sobre el reconocimiento del cuidado como un derecho y los avances generados en la región. Con ello, en el modelo del art. 5 de este documento define al derecho al cuidado conforme lo acordado en el Consenso de Quito: "Toda persona, en atención a su situación de dependencia, tiene derecho a *recibir cuidados* de calidad para garantizar su desarrollo integral a lo largo de su ciclo vital y a *brindar cuidados* en condiciones de igualdad, dignidad, corresponsabilidad y *autocuidado*"[26]. [El resaltado nos pertenece].

En síntesis, el cuidado como derecho humano se encuentra en la mayoría de las legislaciones modernas, que abarcan tanto el ámbito de las relaciones contempladas por el derecho civil y de derecho privado como el de derechos humanos[27]. En efecto, no sólo se han establecido parámetros y obligaciones claras respecto del cuidado de las y los hijos, del necesario cuidado y asistencia de progenitores, sino que también se han fortalecido desde un enfoque de derechos humanos las obligaciones de toda la sociedad.

Esta perspectiva implica no sólo que el Estado no debe interferir en el derecho de un padre o madre a alimentar a su hijo o hija y, también, que debe crear las condiciones necesarias para que este derecho se materialice[28]. Para aquellas personas que trabajan en el ámbito del trabajo remunerado, el Estado debe garantizar la disponibilidad de licencias y espacios apropiados para la alimentación de les hijes (lactarios) tanto en el sector público como en el privado. A su vez, se requiere que se otorguen licencias parentales para permitir que les progenitores compartan

25 CIM, *Declaración de Lima sobre la Igualdad y la Autonomía en el Ejercicio de los Derechos Económicos de las Mujeres,* Op. Cit.

26 CIM, *Ley Modelo Interamericana de Cuidados*, 2022. Disponible en: https://www.oas.org/es/cim/docs/LeyModeloCuidados-ES.pdf

27 Ver, por ejemplo: Schiro, María Victoria, "La responsabilidad parental en perspectiva de género. Algunas reflexiones sobre el derecho y el deber de cuidado en el Derecho de familias argentino", en Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 81, (Abeledo–Perrot), 2017; Schiro, María Victoria, "Visibilización jurídica del cuidado en perspectiva de género. Algunas respuestas del Derecho de Familias y de la Responsabilidad por Daños Intrafamiliar", en Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 91, (Abeledo–Perrot), 2019; Brocca, Mariana, "El derecho humano al cuidado en el Sistema Interamericano: aportes para su justiciabilidad directa a la luz del artículo 26 de la CADH", en Susana Almeida y Andrés Rousset Siri (Edits.), *Os sistemas europeu e interamericano de proteção de direitos humanos: uma leitura comparada / Los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos: una lectura comparada*, (Aranzandi–Thompson), en prensa.

28 Retomamos aquí los desarrollos de Pautassi, Laura, *El derecho al cuidado. De la conquista a su reconocimiento efectivo*, (Fundación Friedrich Ebert), 2023.

la responsabilidad en el cuidado y la crianza de manera integrada. A su vez, no puede dejarse librado a la buena predisposición de los actores involucrados en el cuidado, sino que el Estado debe imponer obligaciones concretas a terceros, como la obligación de los empleadores privados de proporcionar infraestructura adecuada o de entregar transferencias y asignaciones monetarias.

En resumen, el derecho al cuidado se entiende como un derecho universal inherente a cada individuo, independientemente de su condición o posición, y se extiende tanto a nivel individual como colectivo, abarcando diversos ámbitos, ya sean gubernamentales, privados o comunitarios. Además, se reconoce la obligación de garantizar este derecho incluso para personas migrantes o refugiadas, en virtud de su condición de portadores de derechos humanos.

Como se ha evidenciado a lo largo de la evolución del sistema de protección a nivel universal y regional, la inclusión del cuidado se hizo con base en su interdependencia y reconociendo el cuidado como un derecho y una obligación. En esa dirección, refleja la naturaleza transversal del cuidado a lo largo del ciclo de vida y la convergencia de responsabilidades tanto públicas como privadas.

Ahora bien, al involucrar el cuidado subjetividades, resulta pertinente considerar que "*…se dice que las mujeres valoran los cuidados. Tal vez sea así porque los hombres han valorado a las mujeres según los cuidados que ofrecen. Se dice que las mujeres piensan en términos relacionales. Tal vez las mujeres piensan en términos relacionales porque su existencia social está definida en relación con los hombres* […]"[29]. En efecto, no puede dejar librado a arreglos familiares las responsabilidades de cuidado, porque no se avanzará en su obligada distribución y se seguirá concentrando en las mujeres, de manera relacional y no interdependiente con otros DESCA.

Tal como el *corpus iuris* de derechos humanos ha señalado, garantizar el cumplimiento y la provisión de este derecho se convierte en una responsabilidad ineludible del Estado. Ésta más allá de la mera supervisión del ámbito del trabajo remunerado o disponer de transferencias regulares de ingresos para sectores en condiciones de vulnerabilidad, sino que se requiere la transversalización de las garantías de protección del derecho a cuidar, ser cuidado y cuidarse para cada persona pero bajo responsabilidad de todas las áreas y poderes del Estado.

29 MacKinnon, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado*, (Cátedra), 1995, p. 106.

3. El derecho a cuidar, a ser cuidado y al autocuidado y su justiciabilidad

3.1 Enfoques y antecedentes

Siguiendo a Oswaldo Ruiz-Chiriboga, existen cuatro enfoques principales para justiciabilizar los DESCA: (a) el enfoque indirecto, el cual usa normas procedimentales (como el art. 8 de la CADH) o normas de igualdad (como el art. 24) para alegar violaciones a los DESCA; (b) el enfoque de integración, donde se consideran los elementos propios de los DESCA también presentes en los derechos civiles y políticos (como con el concepto de vida digna, introducido en el caso *Villagrán Morales y otros v. Guatemala*[30]); (c) el enfoque de reparación, gracias al cual se exigen DESCA a partir de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH; y (d) el enfoque directo que implica el empleo de normas cuyo contenido es específicamente de DESCA de manera autónoma[31]. En este trabajo nos centraremos en este último enfoque.

Como es sabido, la Corte Interamericana – por fuera de la CADH – sólo tiene competencia material sobre normas específicas de DESCA en relación a los art. 8.a) y 13 del Protocolo de San Salvador (derechos sindicales y derecho a la educación, respectivamente). Así lo dispone el art. 19.6) que dispone que sólo en relación a esos derechos, cuando existiese una violación imputable al Estado, queda habilitada la posibilidad de acceder al sistema de peticiones ante la CIDH y, en caso de que procediese, frente al tribunal. Debido a esta competencia, la Corte IDH responsabilizó, por ejemplo, al Estado ecuatoriano por la vulneración al derecho a la educación de una niña que vivía con VIH en el caso *Gonzales Lluy v. Ecuador*[32].

Sin embargo, la propia CADH contiene una norma que hace referencia explícita a las obligaciones en materia de DESCA: el art. 26. Dispone lo siguiente:

> Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas

30 Corte IDH, caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Fondo, 19–11–1999, Serie C No. 63.

31 Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, "The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non–Enforceability of Economic, Social, and Cultural Rights in the Inter–American System" en *Netherlands Quaterly of Human Rights*, Vol 31/2, (Intersentia) 2013, p. 162, nota al pie no. 9.

32 Corte IDH, caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 01–09–2015, Serie C No. 298.

económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Como lo indica Christian Courtis, esta norma presenta dos interrogantes centrales[33]. El primero se refiere a la determinación del alcance de este artículo, al no estar identificados los los derechos que se encuentran comprendidos. Esto diferencia al art. 26 notablemente del Capítulo II del tratado que recoge específicamente los derechos civiles y políticos (arts. 3 al 25). En cambio, el art. 26 redirige a "los derechos que *se derivan* de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos".

El segundo interrogante hace alusión a cuáles son las obligaciones específicas (como las de "desarrollo progresivo" y lo que respecta a "en la medida de los recursos disponibles") que surgen de esta norma. Así, se requiere identificar el contenido de estas expresiones y, a su vez, establecer su relación con las obligaciones genéricas de los arts. 1 y 2 de la CADH (respetar, garantizar y adoptar medidas) [34].

Si bien ya a comienzos del milenio la CIDH había esgrimido argumentos para que se declarara su violación autónoma en el caso *Cinco Pensionistas v. Perú*[35], fue recién con *Acevedo Buendía v. Perú*[36] que la Corte IDH determinó su competencia para la aplicación directa del art. 26 de la CADH. Allí, el tribunal recordó que la norma había sido objeto de una ardua labor durante los trabajos preparatorios, donde los Estados habían dejado sentado que querían una "mención directa" a los DESCA, estableciendo los mecanismos para su promoción y protección[37].

La Corte Interamericana también observó que a pesar de que el art. 26 se encuentra en un capítulo diferente a los derechos civiles y políticos (arts. 3 a 25), lo cierto es que ambos pertenecen a la Parte I de la CADH, denominada "Deberes de los Estados y Derechos Protegidos"[38]. Por eso, concluyó que el art. 26 se encuentra

33 Courtis, Christian, "Artículo 26", en Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs (Edits.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Segunda edición, (KAS), 2019, pp. 801–834, 805.

34 Courtis, Christian, Op. Cit. p. 805.

35 Corte IDH, caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, 28–02–2003, Serie C No. 98.

36 Corte IDH, caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 01–07–2009, Serie C No. 198.

37 Corte IDH, caso Acevedo Buendía y otros, Op. Cit., párr. 99.

38 Corte IDH, caso Acevedo Buendía y otros, Op. Cit., párr. 100.

atravesado por las obligaciones genéricas de los arts. 1 y 2. Continuó diciendo que "considera[ba] pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello"[39].

Luego, el tribunal se encargó de definir las obligaciones específicas que surgen del art. 26, estableciendo el alcance del principio de progresividad y su correlato de no regresividad. Para ello se valió de los estándares asentados por el Comité de DESCA de Naciones Unidas, particularmente de su Observación General No. 3 (donde el órgano de control desarrolló las obligaciones específicas en la materia).

Con estos argumentos, la Corte Interamericana pareció dejar resueltos los dos interrogantes que se señalaban arriba. Sin embargo, esta postura no estuvo privada de altibajos. En efecto, en los casos *Furlan y familiares v. Argentina*[40], *Gonzales Lluy y otros v. Ecuador*[41] y *Suárez Peralta v. Ecuador*[42], todos posteriores a Acevedo Buendía, no se declaró violación directa al art. 26 a pesar de que el objeto de la litis era claramente sobre DESCA.

En los votos concurrentes y disidentes quedó expuesto que la decisión no fue pacífica[43]. Así, por ejemplo, en la sentencia del caso de Furlan (relativo a la discapacidad de un niño generada por un accidente en un terreno del Ejército Argentino), la jueza Margarette May Macauley introdujo, en su voto concurrente, que la vulneración sufrida por la víctima hubiese encuadrado mejor en una aplicación directa del art. 26 de la CADH[44]. Incluso, ante el argumento de que la creación del Protocolo de San Salvador mostraría la falta de voluntad de los Estados de que la Corte Interamericana tenga competencia en materia de DESCA (por fuera del derecho a la educación y los derechos sindicales), la jueza sostuvo que este instrumento "no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance

39 Corte IDH, caso Acevedo Buendía y otros, Op. Cit., párr. 101.

40 Corte IDH, caso Furlan y familiares vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31–08–2012, Serie C No. 246.

41 Corte IDH, caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 01–09–2015, Serie C No. 298.

42 Corte IDH, caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21–05–2013, Serie C No. 261.

43 Para un análisis detallado sobre este punto, ver: Courtis, Christian (2019), *op. cit. supra*.

44 Corte IDH, caso Furlan y familiares vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31–08–2012, Serie C No. 246, Voto concurrente de la jueza Margarette May Macauley, párr. 1.

de la Convención Americana"[45]; en consecuencia, debe llevarse adelante una interpretación sistemática de ambos instrumentos. Además, resaltó que los tratados deben interpretarse de buena fe, conforme el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Con base en ello, Macauley expresó que "[e]sta interpretación de buena [fe] requiere del reconocimiento de que la Convención Americana no establece distinciones al señalar que su jurisdicción cubre todos los derechos establecidos entre los artículos 3 y 26 de la Convención"[46].

En el caso Suárez Peralta, fue el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot quien sostuvo que el caso hubiese sido tratado de manera más plena si se hubiese abordado al derecho a la salud de manera autónoma, a través del art. 26[47]. La plataforma fáctica de este fallo estaba referida a la falta de fiscalización y supervisión sobre la atención médica brindada por una entidad estatal que derivó en una afectación a la salud de la víctima. Ello llevó al tribunal a hallar al Estado ecuatoriano responsable internacionalmente, pero no del derecho a la salud, sino del derecho a la integridad personal. Con ello, Ferrer Mac–Gregor Poisot manifestó que:

> Partiendo de la premisa de que el Tribunal Interamericano tiene plena competencia para analizar violaciones de *todos los derechos* reconocidos en la Convención Americana incluyendo los relativos al artículo 26, entre los cuales se encuentra el derecho al Desarrollo Progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que comprende el derecho a la salud —como se reconoce en la Sentencia que motiva el presente voto razonado—, considero que en el presente caso se debió analizar directamente este derecho social, debido a la competencia que entiendo tiene esta Corte IDH para pronunciarse sobre una posible violación a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente del derecho a la salud[48].

Resulta interesante destacar que el juez consideró que, para entender a los derechos humanos de manera interdependiente, es necesario que los DESCA sean abordados otorgándoles una visión autónoma, de acuerdo con sus características

45 Corte IDH, caso Furlan y familiares vs. Argentina, Voto concurrente de la jueza Margarette May Macauley, Op. Cit., párr. 8.

46 Corte IDH, caso Furlan y familiares vs. Argentina, Voto concurrente de la jueza Margarette May Macauley, Op. Cit., párr. 8.

47 Corte IDH, caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21–05–2013, Serie C No. 261, Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac–Gregor Poisot, párr. 3.

48 Corte IDH, caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Op. Cit., párr. 15.

específicas y esencia[49]. Deben entonces poder ser declarados violados de manera directa, sin depender de derechos civiles y políticos.

En el mismo sentido, si bien en el caso Gonzales Lluy (señalado *supra*) se declaró la responsabilidad estatal aplicando un enfoque directo, ello fue a partir del art. 13 del Protocolo de San Salvador y no en relación al art. 26. Esto resulta llamativo toda vez que el eje central del caso es el derecho a la salud de una niña que vivía con VIH. En cambio, en la sentencia se aplicó un enfoque de integración, tomando como base los elementos presentes de los DESCA en los derechos a la vida y la integridad personal. Se refleja también el debate entre las y los jueces de la Corte Interamericana en los votos concurrentes, donde el juez Ferrer Mac-Gregor Poisot (con la adherencia de los jueces Roberto Caldas y Manuel Ventura Robles) reafirmó la postura de Suárez Peralta.

Con ello, no fue sino hasta el año 2017 (con los casos Lagos del Campo y Trabajadores Cesados del Petroperú, ambos contra el Estado peruano) que el tribunal finalmente decretó la responsabilidad estatal por la violación autónoma a un DESCA a partir del art. 26 de la CADH. Para determinar su alcance, el tribunal observó que la norma redirige a las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura *que se encuentran contenidas en la Carta.* Como este instrumento no contempla de manera explícita derechos humanos, la Corte IDH recordó lo expresado en la Opinión Consultiva OC–10/89: no se puede interpretar ni aplicar la Carta de la OEA sin integrar sus normas con las de la DADDH[50], dado que "la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales"[51].

Sumado a ello, el tribunal utilizó como parte de su argumentación al art. 29.d de la CADH en el sentido de que "[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: […] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". En suma, a partir de estos primeros dos casos donde se utilizó el enfoque directo sobre el art. 26 quedó sentado que, para determinar *qué derechos* se encuentran contemplados debe recurrirse tanto a la Carta de la OEA como a la DADDH. Posteriormente, como se verá

49 Corte IDH, caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Op. Cit., párr. 27.

50 Corte IDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC–10/89, 14–07–1989, Serie A No. 10, párr. 43. 143

51 Corte IDH, caso Lagos del Campo vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31–08–2017, Serie C No. 340, párr. 144.

infra, resaltó también la importancia del *corpus iuris* en materia de DESCA[52] para interpretar el contenido del art. 26, lo cual dio lugar a una interpretación enriquecida de la norma.

3.2 El derecho al cuidado a la luz del artículo 26

Para determinar si es posible una protección directa del derecho al cuidado a la luz del art. 26[53], resulta importante la sentencia de *Lhaka Honhat v. Argentina*. Ello responde a que, si bien en los casos previos la Corte se centró en derechos contenidos de manera explícita en la DADDH y/o en la Carta, en Lhaka Honhat amplió dicho margen. En este fallo, relativo a la vulneración de distintos derechos de 132 comunidades indígenas localizadas en la Provincia de Salta, el tribunal determinó que el derecho al agua se encuentra protegido por el art. 26. Si bien este derecho no surge específicamente de la DADDH o de la Carta, el tribunal concluyó que "se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua"[54]. Recordó, entonces, que "ya con anterioridad ha adoptado decisiones sobre la base de advertir la existencia de derechos a partir del contenido de otros que surgen de textos convencionales aplicables"[55], como – por ejemplo – el derecho a la verdad en el caso *Gelman v. Uruguay*[56].

En el mismo sentido, en relación con el derecho a un ambiente sano[57], mantuvo que está contemplado de manera implícita en los arts. 30, 31, 33 y 34 de la Carta, los cuales disponen la obligación de los Estados de alcanzar el desarrollo integral de la sociedad[58]. En palabras de la Corte IDH, el desarrollo integral hace referencia "[a]l nombre general dado a una serie de políticas que trabajan

52 Como lo había realizado en el caso Corte IDH, caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Op. Cit., en relación al *corpus iuris* internacional en materia de niñez para determinar el alcance del art. 19 de la CADH.

53 En este sentido, ver: Brocca, Mariana, "El derecho humano al cuidado en el Sistema Interamericano: aportes para su justiciabilidad directa a la luz del artículo 26 de la CADH", Op. Cit.

54 Corte IDH, caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, 06–02–2020, Serie C No. 400, párr. 222.

55 Corte IDH, caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat, Op. Cit.

56 Corte IDH, caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones, 24–02–2011, Serie C No. 221.

57 La primera vez que la Corte IDH se pronunció sobre el derecho a un ambiente sano fue en: Corte IDH, Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC–23/17, 15–11–2017, Serie A No. 23.

58 Corte IDH, caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, Op. Cit., párr. 202.

conjuntamente para fomentar el desarrollo sostenible". Para analizar este concepto, entonces, resultan elementos clave los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), elaborados por las Naciones Unidas.

Para delimitar el alcance del derecho a un ambiente sano hizo uso del *corpus iuris* internacional en materia de DESCA. La Corte Interamericana sostuvo que "como ha sido la práctica constante de este Tribunal, al determinar la compatibilidad de las acciones y omisiones del Estado o de sus normas, con la propia Convención u otros tratados respecto de los cuales tiene competencia, la Corte puede interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos a la luz de otros tratados y normas pertinentes" [59]. Continuó diciendo que "la misma Convención hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación, específicamente a través del art. 29, el cual prevé el principio *pro persona*"[60].

Como los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, debe entonces realizarse una interpretación evolutiva conforme a los tiempos actuales. Con base en ello, el tribunal citó el art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que "autoriza la utilización de medios interpretativos tales como los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, los cuales son algunos de los métodos que se relacionan con una visión evolutiva del Tratado"[61].

Se observa, de este modo, que los consensos en materia de cuidado generados entre los Estados americanos en los últimos 15 años (desde el Consenso de Quito) entran dentro de este *corpus iuris* internacional, en el cual se reconoce de manera específica que el cuidado es un derecho humano. En el mismo sentido, la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores también reconoce este derecho, lo cual da aún más fuerza a su inclusión dentro del *corpus iuris* internacional y, consecuentemente, dentro del art. 26 de la CADH.

Sumado a ello, dentro de los argumentos desarrollados para la incorporación de derechos dentro de la norma mencionada se encuentra el de desarrollo integral de la sociedad comprendido en los arts. 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la OEA. Si entendemos al cuidado como el trabajo fundamental para el bienestar de la sociedad, resulta claro que esta interpretación de la Carta de la OEA también es más

59 Corte IDH, caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat, Op. Cit.

60 Corte IDH, caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat, Op. Cit., párr. 196.

61 Corte IDH, caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat, Op. Cit., párr. 197.

que adecuada para el reconocimiento del derecho al cuidado. En efecto, todas las personas requerimos ser cuidadas ya que nuestra supervivencia depende de ello.

Entonces, no puede desconocerse que no es posible definir modelos de desarrollo sostenible sin que se considere al cuidado como central, el cual debe ser garantizado a partir de estándares de calidad, sin discriminación por motivos de clase, raza, nacionalidad, entre otros y que, además, no considere que son las mujeres quienes deben proveerlo, sino que es una responsabilidad societal ineludible. Al respecto, debe recordarse que la Meta 5.4 de los ODS dispone que se debe "[r]econocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país". En suma, no puede hablarse del bienestar de una sociedad si se delega en las mujeres el trabajo de cuidado, de manera invisibilizada y marginalizada, sin que todos los actores involucrados lo asuman. Se trata de que Estado, los mercados, las organizaciones sociales y comunitarias y los varones asuman cada uno su responsabilidad – que no es otra cosa que lo que han hecho las mujeres a lo largo de la historia –.

Esto lo han visibilizado, por ejemplo, las economistas feministas al desarrollar la línea de la economía del cuidado, conforme con la cual el cuidado es el trabajo esencial para la sostenibilidad de la vida[62]. Esta corriente se ha encargado de mostrar que la finalidad de una economía efectiva no es la reproducción del capital, sino la reproducción de la vida. Si se reafirma, entonces, al cuidado como un derecho autónomo, transversal a todos los seres humanos y al resto de los derechos, se estaría garantizando, justamente, la sostenibilidad de la vida y, con ello, el bienestar de la sociedad conforme la Carta de la OEA y al *corpus iuris* internacional.

4. Conclusiones

El cuidado es un trabajo y un derecho humano que la región latinoamericana ha potenciado en su alcance y efectos. Sin embargo, el hecho de que se haya tomado mayor conciencia del gran peso del cuidado como trabajo no significa que se esté distribuyendo. Que hoy se visibilice, que se busque responder con medidas gubernamentales más amplias (con base al reconocimiento de derechos), que se

62 Rodríguez Enríquez, Corina, "La cuestión del cuidado: ¿El eslabón perdido del análisis económico?", en Revista de la CEPAL, No. 106, (CEPAL), pp. 23–36.

implementen sistemas nacionales de cuidado, que se cuantifique el uso del tiempo y la generación de valor económico que produce el cuidado representa un cambio ineludible. Se requiere dar un paso más en este proceso transformador reforzando el carácter autónomo del derecho al cuidado.

Para garantizar el ejercicio del cuidado como un derecho de cada persona, se requiere promover formas permanentes e institucionales de compromisos en favor de la igualdad, sobre la base del cumplimiento de obligaciones positivas y negativas. En concordancia con ello están los estándares de calidad, cantidad, adecuabilidad, máximo de recursos disponibles que, sumados a los principios fundantes de derechos humanos, se aplican al cuidado, a los derechos y a las obligaciones que a cada persona nos corresponden. En especial, se requiere un cambio cultural también transformador y que cada persona asuma su responsabilidad individual y su corresponsabilidad social con el cuidado. Es así como debemos cuidarnos, cuidar a otros y cuidarnos socialmente en el marco de respeto y de garantías de derechos humanos. El sistema interamericano y la Corte Interamericana tienen una gran oportunidad de acompañar este cambio transformador ampliando los márgenes y situando al derecho al cuidado en toda su dimensión.