

La lupa del cuidado: el derecho al cuidado como categoría conceptual y herramienta para la reinterpretación de los derechos*

Autor

Maria Paula Pinedo Egurrola**

Cómo citar este artículo

Pinedo Egurrola, M. (2024). La lupa del cuidado: el derecho al cuidado como categoría conceptual y herramienta para la reinterpretación de los derechos, *REV. IGAL, III (1)*, p. 75-91

* El siguiente artículo es una investigación dirigida realizada como opción de grado en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Fue dirigida por la Doctora Isabel Cristina Jaramillo, a la cual aprovecho este espacio para darle las gracias por su orientación.

** Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. ORCID 0009-0007-8744-3793.

RESUMEN

Este texto pretende argumentar que al comprender el cuidado como una categoría conceptual, se puede reinterpretar la manera en la que las normas están escritas y encontrar, en el centro de ellas, el interés del legislador por garantizar el cuidado a quienes lo necesitan y el autocuidado de quienes lo ejerzan. Así las cosas, se busca aportar a los lectores una herramienta para reconocer el alcance del cuidado y utilizarlo como una "lupa interpretativa". Esto, para encontrar en el ordenamiento jurídico existente la presencia del cuidado como derecho y así lograr darle nuevos alcances a la norma. Lo anterior, a partir de un análisis de la Constitución Política Colombiana.

PALABRAS CLAVE:

DERECHO AL CUIDADO, CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA, REINTERPRETACIÓN, LUPA DEL CUIDADO.

ABSTRACT

This text seeks to propose that, at understanding care as a conceptual category it is possible to reinterpret the way in which laws are written and find in their core the interest of the legislator to guarantee care to those who need it and allow spaces of self-care to those who give it. Therefore, its objective is to provide a tool to the readers that allows them to recognize the reach care has and use it as an "interpretative loop" that allows them to find in the reigning legal system the presence of care as a right and thus giving new scopes to the norm. The latter, through a study of Colombian's Political Constitution.

KEYWORDS:

RIGHT TO CARE, COLOMBIAN'S POLITICAL CONSTITUTION, REINTERPRETATION, "CARE LOOP/ CARE LENS".

Para muchos, el cuidado era un mandato biológico destinado para las mujeres. Por esta percepción, las cargas de cuidado permanecieron por años a la sombra de las dinámicas familiares y excluidas de cualquier reconocimiento o remuneración. Esto, dado que se comprendían como labores cuya recompensa yacía en una aparente satisfacción personal de quienes las realizaban (Cerri & Alamillo, 2012). Mientras que aquellos que necesitaban ser cuidados carecían de estándares que pudieran hacer exigibles a sus cuidadores al entenderse el cuidado como un acto altruista o caritativo proveniente del amor de la madre y no de una obligación.

Sin embargo, este panorama ya ha cambiado y aquello que se ocultaba tras la apariencia de felicidad doméstica, hoy se reconoce como actividad valiosa que sustenta la economía, permite la integración principalmente de los varones a la fuerza laboral y favorece la realización personal de quienes más necesitan el apoyo. Es por lo anterior que a nivel latinoamericano se ha propugnado su reconocimiento como una labor que garantiza el bienestar social y la sostenibilidad de la vida y que por tanto es un derecho (Batthyány, 2020, p. 14). Lo anterior, tal como menciona Pautassi (2023), establece responsabilidades, garantías y satisfactores; otorga un papel central al Estado, pero también establece obligaciones para el sector privado, para los mercados y en los ámbitos comunitarios de recibir tutela y compromisos concretos así como de cumplir con los mandatos intrínsecos que acarrea visibilizar el cuidado (Batthyány, 2020, p. 5).

Así las cosas, la propuesta feminista se ha enmarcado en la desfamiliarización de las cargas de cuidado. Entendiendo por ello, tres objetivos principales:

(i) aliviar parte del trabajo reproductivo, no remunerado, que realizan las mujeres en el ámbito de la esfera privada-familiar (...) (ii) desaferrar la economía de las mujeres del ingreso familiar atribuido mayormente al salario del varón denominado cabeza de familia y (iii) generar posicionamiento activo por parte del Estado en materia de políticas sociales de cuidado, contribuyendo de este modo con ampliar las estructuras de oportunidades de las mujeres (Agüero & Fernández, 2018).

A través de esta desfamiliarización se ha buscado impulsar la incursión de la mujer en la economía a partir del desplazamiento de las responsabilidades familiares al Estado y el mercado en vista de la desigualdad social que se encabeza en las mujeres frente a la responsabilidad social de cuidar. Esto, para promover que las cuidadoras puedan ser dotadas de autonomía para mercantilizarse y establecer núcleos familiares independientes (Pautassi, 2007).

A partir de esta lucha por la desfamiliarización surge el movimiento por reconocer y positivizar del derecho al cuidado como derecho fundamental y universal. Ello implica, que le sea reconocido a todas las personas sin discriminación y le pueda ser reclamable al Estado. Sobre su contenido, los avances dogmáticos han logrado disgregar el derecho al cuidado en tres esferas generales: (i) el derecho a cuidar, (ii) el derecho a ser cuidado y (iii) el derecho a cuidarse (autocuidado) (Pautassi, 2023, p.4). En particular, el alcance del derecho al cuidado sigue siendo objeto de estudio y en la actualidad¹ la Corte Interamericana se encuentra resolviendo a través de una opinión consultiva que se debe entender por derecho al cuidado.

Ahora bien, es innegable que la apuesta por la positivización del cuidado en los ordenamientos jurídicos es valiosa y necesaria. Sin embargo, en aras de apoyar el movimiento por su reconocimiento y definición, se podría afirmar que el cuidado siempre ha estado en el centro de la concepción de los derechos y que las normas existentes se pueden interpretar bajo los parámetros que impone el cuidado. Esto sería pensarse al cuidado no sólo como un derecho que debe ser positivizado, sino como una herramienta para articular el ordenamiento jurídico. Es por lo anterior, que este texto pretende argumentar que al comprender el cuidado como una categoría conceptual, se puede reinterpretar la manera en la que las normas están escritas y encontrar, en el centro de ellas, el interés del legislador por garantizar el cuidado a quienes lo necesitan y el autocuidado de quienes lo ejerzan. Así las cosas, se busca aportar a los lectores una herramienta para reconocer el alcance del cuidado y utilizarlo como una "lupa interpretativa" que permite encontrar en el ordenamiento existente la presencia del cuidado como derecho y así lograr darle nuevos alcances a la norma.

Para lograr lo anterior esta investigación contiene dos objetivos específicos. Primero identificar en el ordenamiento constitucional colombiano los artículos que se puedan reinterpretar bajo los estándares del cuidado. Segundo, responder a algunos retos que trae la reinterpretación de los derechos constitucionales bajo la lupa del cuidado. De manera específica, cada uno de los objetivos responderá a las siguientes preguntas orientadoras: ¿dónde se puede encontrar el de-

¹ Actualidad refiriéndose a septiembre de 2024, a la hora de citar el artículo se debe revisar si existe respuesta de la petición de la Corte.

recho al cuidado en la Constitución Colombiana y cómo se pueden reinterpretar los artículos? y ¿qué oportunidades trae consigo la re-interpretación de la Constitución bajo el lente del cuidado?

En aras de dar respuesta a estos objetivos el texto se dividirá en dos apartados. Primero, se expondrán los artículos constitucionales que pueden ser releídos bajo el lente del cuidado y lo que ello implica en su interpretación. Lo anterior, utilizando como una de las herramientas principales el análisis estático del precedente judicial, donde se logre identificar cómo en el razonamiento de los jueces el derecho al cuidado siempre ha sido objeto de análisis. Segundo, se analizará con base en los descubrimientos que brindó el análisis de la Constitución, algunos retos y oportunidades para ampliar el alcance del derecho al cuidado.

I. ¿Dónde está el cuidado?: Positivización del derecho al cuidado en Colombia.

Como se expuso antes, el objetivo principal de este ensayo es defender la existencia del derecho al cuidado como categoría conceptual para explorar desde una nueva mirada los ordenamientos jurídicos e incorporar en ellos las obligaciones provenientes del derecho al cuidado. Para lo anterior, se tomará como objeto de estudio la Constitución colombiana. Así, conforme ha señalado la jurisprudencia constitucional², si bien el derecho al cuidado sigue siendo objeto de estudio y debate, este se encuentra consagrado expresamente como derecho fundamental de los niños (art. 44), se puede inferir del mandato al Estado de apoyar de manera excepcional a las mujeres cabeza de familia (art. 43) y se encuentra en la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en la protección y asistencia de adultos mayores (art. 46) (C. Const., Sent. T-583, dic 19/23. MP. Diana Fajardo Rivera). A su vez, esta misma Corporación ha establecido que existen casos particulares donde el acceso a cuidadores es necesario para garantizar el derecho a la salud (artículo 49). A continuación, se ahondará en la presencia del derecho al cuidado en cada uno de los artículos constitucionales citados.

A. Derecho al cuidado desde el derecho de los niños.

De acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política Colombiana,

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, (...), tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión (negrilla propia).

A su vez, el Código de Infancia y Adolescencia se refiere al cuidado de los menores varias veces de las cuales se resalta: (i) la corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado para garantizar "la atención, cuidado y protección del menor" (L. 1098/2006, art. 10) (ii) el cuidado como obligación inherente en la responsabilidad parental (L. 1098/2006, art. 14), (iii) el cuidado como condición generadora de la calidad de vida (L. 1098/2006, art. 17), y (iv) la extensión de responsabilidad de cuidado a las demás personas en el núcleo familiar que estén con el menor (L. 1098/2006, art. 23). Lo anterior demuestra que en materia de protección de menores el derecho al cuidado cumple un papel fundamental en la legislación a pesar de no encontrarse definido su contenido de manera expresa.

Así las cosas, para brindar luces respecto al alcance del derecho al amor y al cuidado de los niños, niñas y adolescentes la Corte Constitucional ha resaltado las siguientes conclusiones. Para iniciar, conforme a la sentencia T-212 de 1993, que resuelve un caso de inasistencia alimentaria, a pesar de denegarse la acción de tutela por existir otros medios judiciales en curso, la Corte fue clara en señalar que "los padres deben obrar con absoluta responsabilidad desde la concepción de los hijos. Deben velar porque la etapa de la niñez y adolescencia cuente con su respaldo afectivo y económico" (C.Const., Sent.T-212, jun 8/93. MP. Alejandro Martínez Caballero). Esta sentencia cobra especial relevancia al caracterizarse por ser la primera en empezar a pensar el alcance de las obligaciones de los padres frente a los hijos. A partir de ella, se empieza a dotar de contenido el "derecho al cuidado" de los niños, niñas y adolescente que emana del artículo constitucional.

Así las cosas, de las obligaciones particulares que se desprenden del derecho de los niños al cuidado podemos encontrar principalmente: el derecho a los alimentos, a la unión familiar y a las garantías para el desarrollo integral del menor (Rodado, 2003). Sobre el primer derecho, esto es, la asistencia alimentaria, el Código de Infancia y Adolescencia en su artículo 24 señala que

²Específicamente en la providencia T-583 de 2023

Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes.

En esta medida, la Corte ha establecido, como lo hizo en la sentencia C-017 de 2019 donde se analizan cargos de constitucionalidad contra el artículo 421 del Código Civil, que la obligación de alimentos proviene de la decisión voluntaria de los padres de procrear que desencadena en la responsabilidad de proveer a los menores de su sostenimiento mientras estos sean menores o impedidos. Así, en un primer nivel apenas elemental, existe un deber de cuidado por parte de los padres frente a los hijos en materia económica, el cual los obliga a proveer a los menores de sus propios fondos y tiempo todos los recursos necesarios para su desarrollo.

Ahora bien, la jurisprudencia también ha señalado que en casos donde los padres del menor no puedan garantizar el derecho a alimentos, el Estado entrará a apoyar de manera "manifiestamente supletoria, cuando los padres no existen o cuando no puedan proporcionar a sus niños los requisitos indispensables para llevar una vida plena" (C.Const., Sent. T-278, jun 15/94. MP. Hernando Herrera Vergara). A su vez, la ley también establece que "el Estado en cabeza de todos y cada uno de sus agentes tiene la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes" (L. 1098/2006, art. 11). Sin embargo, como es evidente, la actuación del Estado procede de manera excepcional y por ley se entiende resuelta a partir de las órdenes que imparte el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en la coordinación de política pública para alcanzar dicho objetivo.

Por esta actuación residual del Estado en el cuidado del menor es que la unión familiar cobra especial relevancia para garantizar su desarrollo integral. Así, la unión familiar trasciende a la relevancia jurídica para cumplir una función social de protección y cuidado de los menores. Por este motivo, al ser consagrado como derecho fundamental y prevalente del niño,

su unidad constituye hoy exigencia que desborda la voluntad individual de los miembros del grupo, en aras de la primacía y supervivencia de la institución familiar como el ambiente más adecuado y natural para el desarrollo de la personalidad humana, según la concepción plasmada en la Carta de 1991 (C.Const., Sent. T-523, sep 18/92. MP. Ciro Angarita Barón).

Por esto, la solidaridad entre cónyuges³ y quienes integren la familia supera el interés particular de los mismos de hacerse partícipes del núcleo familiar. Demostrando que el cuidado de los menores es una obligación que impone el compromiso de actuar de manera conjunta y solidaria por el desarrollo integral de los niños. Esto es, que los menores se encuentren en circunstancias que les permita la edificación de su identidad, la configuración de su autonomía y el afianzamiento del sentido colectivo y social que define a los sujetos (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), 2021, p. 5).

En vista de la importancia de la unión familiar en el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la composición de la familia no se atañe a una concepción tradicional de pareja heterosexual. Así las cosas, esta Corporación ha buscado trasladar la definición de familia de quiénes la componen, hacia los fines que debería buscar, señalando que la familia "se trata de una comunidad de afecto, cuidado y solidaridad, independiente de su configuración" (Ordoñez & Sterling, 2022, p. 202)⁴. Así, la jurisprudencia ha identificado varios modelos de familia, entre los cuales se encuentran las familias monoparentales o aquellas compuestas por una pareja homosexual, que "si bien es cierto no se encuentran explícitamente indicadas en el artículo constitucional, se desprenden de la familia como finalidad encaminada, primariamente, a la protección de los niños" (Ordoñez & Sterling, 2022, p.198). Ello demuestra que las labores de cuidado se encuentran en el núcleo de la construcción del concepto de familia. Siendo así, que el derecho a ser cuidado de los niños prevalece en su configuración y reconocimiento por encima de quienes componen la unión familiar.

De todo lo expuesto se pueden identificar las siguientes conclusiones. Por un lado, parece ser que en la visión del legislador y el juez constitucional ha existido por varias décadas una necesidad por dotar de contenido la palabra 'cuidado' en relación a su alcance en los derechos de los menores. Lo anterior es un descubrimiento valiosísimo pues permite trazar la incorporación de esta categoría conceptual hasta finales del siglo pasado, donde en sentencias como la T-278 de 1994, se encuentran esfuerzos por explicar el contenido del cuidado a partir de las garantías provenientes de la existencia de la unión familiar. Lo anterior permite evidenciar que el cuidado, así

³ O el compromiso individual, en el caso de familias monoparentales.

⁴ Negrilla propia

requiera mayores avances en su definición, ha sido objeto de atención de los agentes judiciales. Por lo cual su construcción permite ampliar el catálogo de derechos que se les debe a los niños y de deberes con los que deben cumplir los padres.

Por otro lado, al aplicar la categoría del cuidado en la jurisprudencia, tal como lo han hecho los jueces en el análisis presentado, se impulsa al legislador y al poder ejecutivo a incorporar nuevas nociones de unión familiar en la política pública y como consecuencia incorporar más garantías al cuidado (Ordoñez & Sterling, 2022). Esto es valioso en materia de redistribución de cargas de cuidado siempre que con la identificación de familias monoparentales, especialmente configuradas por mujeres, se muestran avances por incorporar en los programas de gobierno para la protección de los menores una perspectiva de género. Lo anterior, a partir del reconocimiento de las jefaturas de hogar en cabeza de mujeres solteras, donde su especial protección constitucional, genera efectos en cómo se piensan los programas que se deben crear para el cuidado de los menores.

A pesar de existir aún mucho camino por construir para lograr reconocer, redistribuir y reducir las cargas de cuidado en cabeza de la mujer, especialmente en el cuidado de los menores –como se expondrá en el último apartado–, es importante destacar los esfuerzos que ha realizado la Corte por dotar de contenido el mandato constitucional de cuidar a los niños. Si bien, aún no se puede identificar cómo todas las esferas del derecho al cuidado se consagran en las interpretaciones que se le ha dado a la norma, todo lo expuesto si permite vislumbrar cómo el cuidado opera como componente principal en la concepción de los derechos de los niños.

B. Derecho al cuidado desde la protección de la mujer en estado de embarazo y lactancia.

Conforme al artículo 43 constitucional, "la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada". Para garantizar el derecho al cuidado a las mujeres, parece ser que la normativa y la jurisprudencia han enfocado sus esfuerzos en dos aspectos particulares: (i) en los servicios de salud que el Estado está obligado a brindarle a todas las mujeres durante el embarazo y lactancia; y (ii), en reforzar el fuero de maternidad y ampliar la licencia de paternidad para que las cargas de cuidado se puedan redistribuir entre la pareja y a su vez la mujer pueda ejercer su maternidad sin temor a despidos justificados en género⁵.

Sobre el primer aspecto, la normativa ha señalado que los servicios de salud de las mujeres en embarazo, durante el parto o el posparto deben cumplir con ciertos estándares de calidad. Esto se evidencia en la Ley 2244 de 2022 (ley de parto digno y humanizado) donde se señalan, dentro de otras disposiciones, que la mujer tiene derecho "a recibir atención integral, adecuada, veraz, oportuna y eficiente, de conformidad, a sus costumbres, valores, creencias y a su condición de salud" (L. 2244/2022, art. 4.1) durante el embarazo, parto, postparto y duelo gestacional y perinatal. A su vez, la norma señala que es deber de los prestadores y del Ministerio de Salud promover la formación y actualización de los profesionales de la salud en la atención y prestación del servicio para el cuidado de la mujer, del feto y del recién nacido (L. 2244 /2022, art. 8.1). Por último, también se contempla el derecho de las mujeres y sus parejas a la asistencia psicosocial o para la lactancia cuando así lo requieran, así como espacios gratuitos para que haya acompañamiento de una persona de confianza durante el parto. Así las cosas, el legislador demuestra un interés por proporcionarle a la mujer en embarazo o lactancia un cuidado digno de su condición que sobrepasa el interés de proteger al menor y que cubre también la protección de su salud física y mental.

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado, como lo hizo en sentencia de unificación SU-075 de 2018, que

En cualquiera de las modalidades de afiliación o vinculación se prevé una especial protección para las mujeres durante la gestación, después del parto y en el periodo de lactancia. Así las cosas, a partir de la especial protección constitucional prevista para las mujeres embarazadas y los niños menores de dos años, existen diferentes mecanismos de

⁵ Aquí, si bien se podría pensar que la protección está dirigida a los niños por ser quienes se podrían beneficiar del cuidado brindado a su madre, vale la pena analizar este mandato constitucional de manera independiente. Lo anterior, con el objetivo de preservar la noción de que son las mujeres quienes se encuentran como objeto de protección. Esta interpretación se puede desglosar del hecho de que el artículo que lo consagra no se encuentra señalado cuando se mencionan los derechos de los menores o de las familias, sino cuando se expone el mandato de no-discriminación a las mujeres, lo que demuestra la intención del legislador por proveer de esta protección en el marco de los derechos de la mujer y no de los menores.

garantía de su derecho a la salud mediante los cuales se asegura su acceso a las prestaciones, servicios y tecnologías en salud. De este modo, con independencia de que la mujer gestante esté vinculada laboralmente, puede recibir atención en salud en el Régimen Contributivo como beneficiaria o afiliada adicional (...) Finalmente, la Sala concluye que, en todo caso, las mujeres en estado de embarazo o en período de lactancia y sus hijos deben ser atendidos por el Sistema de Seguridad Social en Salud, aún si no se encuentran afiliados al Régimen Contributivo o al Subsidiado (negrilla propia).

Vale la pena señalar que esta obligación del Estado por proveer a las mujeres en embarazo de todos los servicios de salud que requieran durante el embarazo y la lactancia no acepta discriminación alguna a ninguna población. Por ello, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que las mujeres migrantes independientemente de su estatus migratorio tienen derecho a los mismos servicios que las colombianas. Por esto, la sentencia T-296 de 2022, cuyo problema jurídico radicaba en resolver si existía una vulneración a los derechos fundamentales por parte de las entidades prestadoras de salud al negarse a brindar servicios prenatales, de asistencia al parto y postparto a una adolescente migrante por su condición migratoria irregular, recopiló lo mencionado por la Corte en este aspecto.

Ahí recordó que, si bien no se puede "desconocer la importancia de las obligaciones legales de los extranjeros relacionadas con la regularización de su situación migratoria en el territorio nacional y su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud", cuando se trata de poblaciones en estado de vulnerabilidad, como lo es una mujer o una adolescente en embarazo, "la Corte ha entendido que la atención urgente que por razones humanitarias les brinda el Estado colombiano puede incluir servicios asistenciales específicos, lo cual puede comprender controles prenatales y asistencia del parto". Sobre el panorama particular de las mujeres migrantes se hará un análisis detallado en el siguiente apartado cuando se expongan las oportunidades de mejora que existe en materia de cuidado para la mujer. Sin embargo, basta con señalar que, a pesar de existir fallos a favor de los derechos de esta población, su protección en este aspecto es precaria e inequitativa en comparación con las mujeres colombianas.

Comprendida la protección que se le da a la mujer en embarazo, parto y postparto desde el servicio de salud, es momento de analizar cómo esta protección se positiviza en el derecho laboral. Así las cosas, el cuidado se manifiesta a partir de cuatro figuras: el fuero de maternidad, la licencia de maternidad, la licencia de paternidad y la adecuación de los espacios de trabajo para la lactancia. Sobre la primera, el fuero de maternidad se tipifica en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo donde se establece que está prohibido el despido de la mujer por motivo de su embarazo y lactancia y se mantiene esa protección hasta 18 semanas después del parto. Frente a esta estabilidad reforzada, la Corte Constitucional ha sido clara en establecer que este derecho permite una garantía real y efectiva al derecho constitucional de la mujer embarazada a no ser despedida por motivo de su maternidad (C.Const., Sent. T-796, nov 12/13. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), por lo cual no es necesario siquiera que el empleador sepa del estado de embarazo de su empleada para que se constituya el fuero y demás consecuencias jurídicas del despido injustificado (C.Const., Sent. SU-070, feb 13/13. MP. Alexei Julio Estrada). Esta garantía es una cristalización del derecho al cuidado en la medida en que reconoce las labores de cuidado que debe ejercer la mujer, sobre todo en el periodo de lactancia y le permite que pueda realizarlas sin temor a que por ellas pierda su empleo.

Como segunda protección al derecho al cuidado en materia laboral se encuentran las licencias de maternidad y paternidad⁶. Sobre este punto en particular, la Corte Constitucional ha establecido que la licencia de maternidad tiene como finalidad principal la protección de las mujeres trabajadoras en estado de embarazo y luego del parto, así como la de asegurar la protección de los niños para que dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de calidad y dignidad (C.Const., Sent. C-543, jun 30/10. MP. Mauricio González Cuervo). Con ese objetivo en mente, la licencia de maternidad se extiende a las mujeres hasta por 18 semanas donde devengará su salario. Al igual que sucede con el fuero de maternidad, la licencia permite materializar el derecho al cuidado en la medida en que le garantiza a la mujer mantener sus ingresos aun cuando deba cuidarse y cuidar al recién nacido.

⁶ Ahora bien, en la medida en que este acápite se está enfocando en la protección de la mujer en embarazo y lactancia no se ahondará en la extensión de la licencia de maternidad que se ha hecho a padres adoptantes o biológicos sin cónyuge o compañero permanente. Sin embargo, se resalta el trabajo que ha hecho la Corte en reconocerles los mismos derechos que a la mujer tal como lo hizo en reciente jurisprudencia a través de la sentencia T-275 de 2022 donde le reconoció a los hombres padres de familia por maternidad subrogada la misma extensión temporal que a las mujeres para el cuidado de sus hijos recién nacidos.

En lo que respecta a la licencia de paternidad, Colombia es uno de los países de Latinoamérica más garantista en esta materia siendo, junto con Venezuela, Uruguay y Paraguay, uno de los pocos países en garantizar licencias parentales de más de 13 días calendario (Güezmes & Vaeza, 2023, p.25). Así las cosas, en el país la ley 2114 de 2011 estableció que los padres tendrán una licencia de 15 días calendario la cuál "se ampliará en una (1) semana adicional por cada punto porcentual de disminución de la tasa de desempleo estructural comparada con su nivel al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, sin que en ningún caso pueda superar las cinco (5) semanas". El anterior esfuerzo legislativo por permitirle a los hombres hacer parte de los primeros días del proceso de crianza de sus hijos aporta en creces a la redistribución de las cargas de cuidado y también les permite materializar su derecho a cuidar, el cual suele ser ignorado por la política pública. Aunque es cierto que se deben hacer avances para aumentar las semanas de licencia de paternidad, su existencia y extensión es positiva y evidencia un esfuerzo por reconocer la universalidad del derecho al cuidado, extendiéndolo a los varones.

Por último, en materia de protección del derecho al cuidado específicamente de la mujer en periodo de lactancia desde el derecho laboral, el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo estableció que

el empleador está en la obligación de concederá la trabajadora dos (2) descansos, de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto, durante los primeros seis (6) meses de edad; y una vez cumplido este periodo, un (1) descanso de treinta (30) minutos en los mismos términos hasta los dos (2) años de edad del menor; siempre y cuando se mantenga y manifieste una adecuada lactancia materna continua (...) Para dar cumplimiento a la obligación consagrada en este artículo, los empleadores deben establecer en un local contiguo a aquel en donde la mujer trabaja, una sala de lactancia o un lugar apropiado para guardar al niño.

Para dar frente a esta norma, la ley 1823 de 2017 estableció la obligación a algunas empresas públicas y privadas con cierto capital de adoptar la política "Salas Amigas de la Familia Lactante del Entorno Laboral" donde se propende por la creación de espacios para que la mujer pueda lactar y sin que su jornada laboral sea interrumpida y su deber de cuidado sea garantizado. Frente a lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C-118 de 2020, al resolver una demanda de inexecutable de esta norma afirmó que los espacios de lactancia son obligatorios para todas las empresas independientemente de la obligación directa que pueden tener algunas de adecuar sus espacios a la política de la ley 1823. En este sentido, la Corte señaló que la existencia de "las Salas Amigas" se da en complementariedad con el artículo 238 del CST, de tal modo que su obligatoriedad en ciertos espacios no exime a las demás empresas por brindarle a las mujeres este espacio. Más bien, se propugna un avance paulatino en la adecuación y estándar que deben cumplir las salas de lactancia.

Así las cosas, en materia del cuidado de la mujer en estado de embarazo, parto y lactancia se puede observar como la actual legislación nacional contempla las tres esferas de este derecho en su creación de normas y política pública. Primero, para garantizar el derecho a cuidar, se han adecuado los espacios de lactancia y las licencias de maternidad y paternidad para permitirle a hombres y mujeres cumplir con sus obligaciones para con el menor recién nacido. Si bien existen aspectos de mejora en estos casos, como se explicará más adelante, se puede notar un avance en materia de redistribución de las cargas de cuidado y una reivindicación a los derechos de los hombres para ampliar su participación en los procesos de crianza.

Segundo, sobre el derecho a ser cuidado, este se materializa tanto para los niños recién nacidos como para las madres. Sobre el cuidado de los primeros, se reiteran los avances en materia de permisos y espacios laborales para que los padres puedan ausentarse de sus responsabilidades laborales y así destinar la totalidad de su tiempo por un plazo determinado a la primera etapa de crianza del menor. Sobre el cuidado de las segundas, se destinan todas las normas en materia de salud y parto digno. Así se les garantiza, entre otras, acompañamiento a lo largo del proceso de gestación y en parte del tiempo de recuperación tras el parto. A su vez, se resalta en este aspecto particular los avances en materia de acompañamiento durante duelo gestacional o perinatal en casos de muerte del feto, lo cual demuestra una intención real por cuidar de la salud de la mujer independientemente del resultado de su embarazo. Lo anterior evidencia una individualización del valor de la persona gestante y su derecho a ser cuidada.

Tercero, sobre el derecho al autocuidado es evidente que es la esfera menos desarrollada en la norma y en la política pública. Parece ser que se puede deducir de manera apenas incipiente a través de las presencias de la licencia de paternidad. Así, se asume que durante el tiempo que se le da al hombre para hacerse partícipe de los primeros días de nacido del menor, también se le está brindando a la mujer en proceso de recuperación del parto una redistribución de las cargas de cuidado que le permitan cuidar de sí misma. Sin embargo, ello representa varios problemas en escenarios que parece no haber contemplado el legislador. Estos serán analizados en el último acápite del texto.

C. Derecho al cuidado de los adultos mayores.

Conforme establece el artículo 46 constitucional, "el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria". De ahí se desprende el derecho al cuidado de los adultos mayores⁷.

Dentro de los derechos que compete a los adultos mayores con relación al derecho al cuidado se encuentra el deber de sus descendientes a garantizarles una pensión o cuota alimentaria cuando se encuentren en estado de debilidad manifiesta. Esta obligación en cabeza de los hijos es representativa del principio de solidaridad que rige el Estado social de derecho, principio que a su vez integra el derecho al cuidado. Lo anterior en la medida en que, como se ha mencionado antes, es el núcleo familiar el primer responsable por las necesidades de cuidado y subsistencia que puedan tener los adultos mayores. Esto, dado que

El no cumplimiento de esta obligación afecta de manera directa su derecho fundamental al mínimo vital y desatiende el deber constitucional del Estado y de las familias de velar por la seguridad de aquellas personas que están en circunstancias de debilidad manifiesta (C.Const., Sent. T-685, sep 11/14. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Similar a como sucede en el caso de los niños, niñas y adolescentes, como se expuso en el apartado correspondiente, el Estado se convierte en garante de los adultos mayores en casos excepcionales cuando la familia se vea totalmente imposibilitada para cumplir esa función.

Ahora bien, en el caso de que la familia no pueda ocuparse por la protección del adulto mayor, la solución más propensa a ser brindada por el Estado se cristaliza a partir de la entrega de subsidios. Esta solución ha sido tomada en varias oportunidades por la Corte Constitucional, bien sea para brindar los subsidios o para prevenir que sean suspendidos, como por ejemplo, en los fallos T-900 de 2007, T-696 de 2013, T-207 de 2013, T-413 de 2014, T-544 de 2014, T-193 de 2019 (Miranda Bonilla, 2018) y T-402 de 2021. Así las cosas, en esta jurisprudencia se ha reiterado el compromiso del Estado por intervenir en la supervivencia de poblaciones vulnerables y que *los derechos a la salud (CP art. 49), a la seguridad social integral (CP art. 48), y a la protección y asistencia a la tercera edad (CP art. 46), en principio programáticos, pueden verse actualizados y generar un derecho público subjetivo de inmediata aplicación (CP arts. 13 y 85), si la persona interesada demuestra fehacientemente su condición de debilidad manifiesta y la imposibilidad material de su familia para darle asistencia (C.Const., Sent. T-384, sep 15/93. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).*

Sobre este punto, la Corte ha sido clara en señalar que en cada caso concreto se deben analizar las condiciones de vulnerabilidad real de la persona mayor. Esto quiere decir que se debe revisar en cada caso concreto las condiciones de vida del adulto mayor y su núcleo familiar para determinar la necesidad del apoyo estatal. En este sentido, no se sule directamente el apoyo estatal con la sola existencia de un círculo de apoyo dado que existen ocasiones donde la materialización de la protección les es imposible.

Sobre este aspecto en particular, parece ser que el Estado a pesar de considerar que los adultos mayores deben ser cuidados por su núcleo, cuando no se trate de afecciones a la salud, busca suplir la demanda a través de subsidios. Aunque más adelante se ahondará en el asunto, es evidente que existe precariedad en la concepción del cuidado para los adultos mayores y no se han ideado políticas públicas que protejan a esta población. Aunque se reconoce que se debe velar por la protección y cuidado de las personas de la tercera edad, la jurisprudencia y la ley no ahonda en cómo garantizarles todas las esferas.

Por último, para garantizar el derecho al cuidado este se ha relacionado con el derecho de los adultos mayores a la salud. Sobre este punto se ahondará en el siguiente subtítulo dado que a los adultos mayores les aplican las mismas reglas para el acceso a cuidadores. Sin embargo, a modo de síntesis, el Estado les garantiza a los adultos mayores su derecho al cuidado a partir de

la asignación de cuidadores por parte de la EPS cuando el núcleo familiar se vea en la incapacidad de brindarles este servicio.

D. Derecho al cuidado como servicio previsto por el Estado en materia de salud.

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política "la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud". De este mandato constitucional ha surgido el mayor desarrollo jurisprudencial en materia de cuidado entendiéndolo como servicio esencial para la garantía de acceso a la salud integral.

Esta línea jurisprudencial encontrada en las sentencias T-154 de 2014, T-096 de 2016, T-065 de 2018, T-423 de 2019, T-435 de 2019, T-260 de 2020, T-475 de 2020, T-017 de 2021, y T-015 de 2021 inicia recordando dos aspectos principales que abren campo a las discusiones al rededor del acceso a los servicios de cuidado. Primero, que el servicio de salud debe ser ininterrumpido e integral, "una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas". Segundo, que deben proveerse todos los servicios y tecnologías posibles necesarias para sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad y dignidad personal del paciente, de modo que su entorno sea tolerable y adecuado.

Es por lo anterior que en el caso de que la familia no pueda proporcionar el cuidado necesario al adulto mayor o persona con discapacidad será necesario que la EPS provea este servicio, de manera extraordinaria siempre que se presente "imposibilidad material". Lo que implica que se deberá otorgar el servicio de cuidador siempre y cuando el núcleo cercano de la persona

(i) no cuente con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio.

En este sentido, se reconoce el servicio de cuidador como una prestación que debe brindar la EPS en casos específicos por su relación con el derecho a la salud.

A su vez, la jurisprudencia realiza una distinción importante que refleja un avance en la comprensión del cuidado pues expone la diferencia entre el trabajo del cuidador con el de enfermería. Por un lado señalan que, mientras que el trabajo de enfermería en su modalidad de la atención domiciliaria, es aquel que solo puede ser brindado por una persona con conocimientos calificados, versa sobre procedimientos de salud y se encuentra en el Plan de Beneficios de Salud (PBS) cuando lo determine el médico tratante. Por otro lado en lo que respecta al servicio del cuidador, su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos y se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, que debe ser garantizado por la EPS cuando el núcleo familiar de la persona se vea imposibilitada materialmente para hacerlo. Así las cosas, se entiende que para la Corte todas las personas que lo requieran deben tener acceso a un cuidador, sin embargo, nada se menciona más allá sobre las particularidades del trabajo de cuidador, sus derechos o deberes.

En reciente jurisprudencia la Corte avanzó a través de la sentencia T-583 de 2023, al establecer que el derecho al cuidado es un derecho autónomo para las personas con discapacidad. Esto siempre que el mismo "se ofrece como condición necesaria para la libertad y autonomía de las personas en situación de discapacidad y, por eso, está relacionado con la consecución de todos sus derechos de forma profunda". Lo anterior representa un logro sin precedente en la lucha por la positivización del cuidado en Colombia pues es la primera vez que la Corte Constitucional lo reconoce como derecho fundamental, aún cuando se reduzca la obligatoriedad de su prestación a una sola población.

⁷ Previo a catalogar las garantías que surgen en cabeza de los adultos mayores como materialización del derecho al cuidado, es importante primero encontrar una definición para identificar este grupo poblacional. De acuerdo con la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, persona mayor es toda aquella mayor de 60 años. En la jurisprudencia colombiana, 'adulto mayor', 'anciano' o 'persona de la tercera edad' son palabras que se usan de manera indistinta para referirse a "aquellas personas que por su avanzada edad o por estar en el último periodo de la vida, han perdido algunas de sus facultades y ameritan por ello una especial protección constitucional" (Sentencia C-177 de 2016). Por lo anterior, en el marco del acceso al cuidado

Así, en esta sentencia la Corte expuso cinco criterios para qué el derecho al cuidado se materialice. Primero, que "el cuidado que se brinde sea de calidad y que quienes cuiden tengan alguna formación y capacitación para hacerlo, tanto desde el ámbito físico como psicosocial". Segundo, que se adecue a las necesidades de cada persona y que quienes cuidan cuenten con todos "los elementos necesarios para llevar a cabo sus labores de cuidado; sean estos, de tipo médico, sanitario, de infraestructura, transporte y movilidad, y demás". Tercero, que tenga "como propósito no sólo la subsistencia de la persona a quien se cuida, sino la realización de la persona y la consecución de su propio proyecto de vida en la medida de lo posible, de acuerdo con los niveles de discapacidad". Cuarto, que parta del respeto por la dignidad humana de quien se cuida". Quinto, que debe entenderse en clave al enfoque de género dado que "solo se pueden asegurar los estándares del derecho al cuidado si también se propende por el bienestar y eficacia de los derechos del cuidado". Lo anterior es valioso en la medida en que se profundiza en la labor del cuidador y sus obligaciones, así como se reconoce los efectos de la división sexual del trabajo en la distribución de las cargas de cuidado.

En lo que respecta a lo estudiado es evidente que el mayor desarrollo que se le ha dado a la óptica del cuidado en el país ha sido desde sentencias que desarrollan el derecho a la salud específicamente de las personas de tercera edad o con discapacidad. Esto es meritorio por varias razones. Primero, porque es a través de ellas que se hace un llamado directo al reconocimiento de un derecho al cuidado que incorpore todas sus esferas. Segundo, porque el Estado, a pesar de hacerlo en casos extraordinarios, se reconoce como garante del derecho al cuidado y se compromete a prestar servicios de calidad que logren permitirles a las personas que lo necesitan, no sólo suplir sus necesidades más básicas, sino avanzar hacia el alcance de una vida plena e independiente. Tercero, porque se tiene en cuenta la perspectiva de género, particularmente en la última sentencia impartida por la Corte Constitucional, con lo cual se reconoce las desigualdades en las cargas de cuidado en cabeza de la mujer y se abre la puerta a pensarse más y mejores alternativas para la reducción y la redistribución de las mismas.

II. Ampliar la visión: poner la lupa en otros problemas.

En este último apartado se realizarán dos ejercicios. Primero, se van a problematizar los descubrimientos que fueron encontrados al poner la lupa del cuidado sobre los artículos constitucionales elegidos. Así, se va a esbozar qué vacíos legales salen a la luz a la hora de pensarse estos derechos desde la garantía del cuidado. Esto se realizará en el mismo orden en el que se organizó el segundo apartado. Es decir, primero se hará el análisis respecto al cuidado en el derecho de los niños, luego en el de las mujeres embarazadas o lactantes y finalmente en el derecho a las personas mayores y a la salud. Segundo, se pondrá a prueba el uso de la lupa del cuidado para repensarse otro escenario donde sería útil aplicarlo. Para este artículo se eligió el acceso a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad.

A. Retos y oportunidades para ampliar el acceso al cuidado.

En primer lugar, sobre el alcance de los derechos de los niños desde la perspectiva del cuidado, el principal aspecto problemático recae en la manera en la que se han construido las políticas públicas para garantizarlo. En este sentido, todos los programas para garantizar el derecho al cuidado se han caracterizado por su contenido prestacional, asistencial y subsidiario. Lo anterior debido a que a pesar de existir programas alrededor de la protección de la infancia, como lo es el subsidio de Familias en Acción, los Centros de Desarrollo Infantil, los Hogares Infantiles o Empresariales y Múltiples, estos no son garantizados a todas las familias que lo requieren. Esto, bajo el argumento institucional de que son políticas cuyo alcance se debe proveer de manera progresiva y, por ende, no se puede reclamar vía directa, sino que se debe acoger a un procedimiento administrativo en competencia con personas que compartan las mismas situaciones de vulnerabilidad (C.Const., Sent. T-159, may 16/23. MP. José Fernando Reyes Cuartas).

Lo anterior lo ha reiterado la jurisprudencia recientemente en sentencia T-159 de 2023, cuando analizando el caso de Luz Marina Mosquera y otras mujeres que presentaron acción de tutela por creer violados sus derechos fundamentales al no ser incluidas en el Programa de Ingreso Solidario, recordó que "la garantía del derecho al mínimo vital por medio de programas socia-

les, que también procuran la garantía de la igualdad material, no es absoluta ni permanente". Lo mencionado debido a que existirán ocasiones donde la demanda será mayor que la capacidad que los programas sociales. Por lo cual la igualdad no se verá materializada en que todas las personas puedan acceder a estos servicios, sino en el diseño de "políticas claras y transparentes, que aseguren a todas las personas la posibilidad de competir en igualdad de condiciones para acceder".

Ahora, si bien es cierto que el acceso a programas asistenciales se debe dar de manera progresiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ya ha sido clara en establecer que, para cumplir con los compromisos internacionales que emanan de la Convención sobre los Derechos de los Niños (CDN), es necesario un compromiso estatal por integrar una política nacional para la niñez (CIDH, 2017, p. 39). Esto es, la creación de un instrumento de planificación estratégica "del Estado a mediano y largo plazo para lograr el cumplimiento de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes" (CIDH, 2017, p. 40) donde exista participación y coordinación intersectorial e interinstitucional. Así las cosas, dentro de la propuesta que realiza la CIDH se señala la necesidad de contar con "información completa, desglosada y confiable" sobre la coyuntura de los niños, niñas y adolescentes, donde a ellas se les involucre en la consulta para una adecuada focalización de las políticas públicas (CIDH, 2017, p. 42).

Con esto en mente, si se tiene en cuenta que el derecho al cuidado es un derecho fundamental de los menores que emana de la CDN, el Estado colombiano debería ampliar sus esfuerzos para identificar las necesidades de los menores que superen las estadísticas de pobreza y tengan en cuenta las particularidades del núcleo familiar del menor. Así las cosas, se debería avanzar, como se está proponiendo en la actualidad, por un sistema nacional para el cuidado de los menores, donde la oferta de políticas públicas sea suficiente para suplir las necesidades de cuidado de los niños que se encuentran vulnerables a la negligencia parental. Esto, como una propuesta para superar el actual modelo de políticas disgregadas que existen en Colombia e impulsar un esfuerzo institucional, donde si bien se tenga en cuenta el principio de progresividad, las políticas sean pensadas desde un inicio para apoyar a toda la población en riesgo que ha sido identificada.

Con todo esto, se propone un llamado a un mayor compromiso del Estado por integrar en sus planes el cuidado de la niñez que supere los procesos extraordinarios de restablecimiento de derechos del menor y se pase de un modelo de participación estatal coactivo a uno de prevención y apoyo real a los cuidadores. Lo anterior, también con el objetivo de suplir las demás esferas del derecho al cuidado. Esto es, que no solo se garantice a los menores su derecho a ser cuidados con estándares, sino que sus cuidadores puedan disponer del tiempo para auto cuidarse.

En segundo lugar, sobre los derechos de las mujeres en embarazo o lactancia desde la perspectiva del cuidado se pueden encontrar los siguientes aspectos de mejora. Por una parte, las políticas en materia de salud no proveen planes de contingencia para el cuidado de las mujeres que se encuentran en situaciones de abandono. Así, por ejemplo, si bien la ley de parto digno dispone que la mujer podrá ser acompañada si así lo desea por una persona de su confianza o un profesional que haga sus veces, no se ahonda en apoyos que se le puedan conceder en la etapa de posparto. Esto es problemático siempre que, si bien al recién nacido se le asegura el primer año de protección en salud, a la mujer se le deja a su suerte en su recuperación a menos que se trate de una urgencia médica.

Lo anterior se agrava en el panorama de salud de las mujeres migrantes gestantes en Colombia, donde se ha demostrado que durante el proceso migratorio esta población experimenta acceso insuficiente e inequitativo a los servicios esenciales de salud sexual y reproductiva. En este sentido, en materia de acceso a servicios prenatales o durante el parto se ha comprobado que las barreras para acceder a ellos están asociadas a

la falta de un estatus migratorio regular; insuficiente cobertura del sistema de salud; falta de apropiación de lineamientos para la atención en salud a nivel local; ausencia de información de calidad sobre dónde y cómo completar sus controles prenatales; y conductas xenófobas por parte de los prestadores de servicios de salud (Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Corporación Colectiva Justicia Mujer & Dejusticia, 2022).

Lo anterior, se ve sustentado en el hecho de que varios prestadores de salud siguen sosteniendo que las mujeres migrantes en estatus migratorio irregular sólo deben tener acceso a atención de urgencia.

Para probar la manera en la cual las barreras de acceso han afectado de manera prevalente

a las mujeres migrantes Profamilia desarrolló un estudio en el año 2019 analizando la situación particular de las mujeres venezolanas (Profamilia, 2019). Ahí evidenciaron que entre el año 2018 y 2019 hubo un crecimiento de más del 80% en mortalidad materna y de más del 200% en casos de sífilis gestacional. Lo anterior, según ellos enmarcado en el hecho de que a muchas mujeres nunca se les realiza control prenatal o se les niega el servicio obstétrico. Esto debido a cinco factores en específico: (i) falta de recursos económicos para acceder al sistema de salud, (ii) imposibilidad para afiliarse al sistema de salud, (iii) desconocimiento de protocolos de atención de atención para la población migrante por los prestadores de salud, (iv) falta de información sobre los servicios disponibles y (v) xenofobia y violencia de género. Así las cosas, se demuestra que las mujeres migrantes se encuentran en especial situación de vulnerabilidad en la etapa de embarazo y parto a pesar de existir pronunciamientos judiciales que prohíban este tipo de discriminación. Es por esto, que es necesario avanzar en políticas públicas de cuidado de la mujer en embarazo que sean mucho más incluyentes y con enfoques interseccionales.

Una vez superado el parto la desprotección aumenta. Lo anterior, siempre que los pronunciamientos judiciales se ciñen a definir que la atención de salud para las mujeres migrantes embarazadas deberá radicar en control prenatal y apoyo al parto (C.Const., Sent. T-296, ago 25/22.MP. Alejandro Linares Cantillo). A su vez, en la ley de parto digno y humanizado en ningún momento se menciona la necesidad de un enfoque para mujeres migrantes o se introducen políticas diferenciadas para que esta población sea cuidada en el posparto. Por último, al tener en cuenta que alrededor del 91.9% de las mujeres migrantes venezolanas se encuentran en informalidad laboral (Observatorio Colombiano de las Mujeres, 2020, p.14) y el 67.3% registran ser madres cabeza de familia (Departamento Nacional de Planeación, 2022, p.14), las políticas públicas basadas en licencias no les son aplicables ni les alivian las cargas de cuidado de sus hijos. Lo anterior, unido al hecho de que tal como se expuso antes, existe a nivel regional un déficit en política pública para brindar cuidado a los menores de tres años, ello implica mayores barreras para que esta población le sea garantizado su derecho a cuidar y a auto cuidarse en su proceso de recuperación superado el parto.

Por otra parte, en lo que corresponde a las alternativas brindadas por el derecho laboral para permitir el derecho al cuidado, si bien los avances en materia de licencias de maternidad y paternidad son ejemplares para la región, con ellos no se tienen en cuenta dos puntos fundamentales. Por un lado, aunque la licencia de maternidad les permite a las mujeres cuidar de sus hijos recién nacidos y tener espacio para recuperarse del parto, cuando se trata de personas gestantes que se ven realizando el cuidado solos, no existe espacio para la distribución a las cargas de cuidado que someramente brinda la licencia de paternidad. Si bien esta problemática del cuidado de las mujeres cabeza de familia que no cuentan con la solidaridad de su núcleo familiar no debe ser resuelto necesariamente por la norma laboral, si se evidencia un gran vacío jurídico respecto a quién asume la labor de brindarles el cuidado que necesitan para recuperarse y a su vez poder cuidar a sus hijos. Así, se hace énfasis en la necesidad de pensarse políticas públicas que acompañen a las mujeres que lo necesiten en el posparto y les permita espacios para su autocuidado que cobra especial relevancia en su condición de salud.

A su vez, aunque las licencias de maternidad sean un avance innegable en materia de protección a la mujer, es necesario también avanzar en políticas públicas que cobijen a los trabajadores informales. Esto es especialmente relevante en nuestro país donde de acuerdo con últimos estudios del DANE, a junio de 2023 el 52.8% de las mujeres trabajadores se encuentran en la informalidad. Lo anterior genera un círculo vicioso donde la falta de políticas para garantizar el cuidado impone barreras a las mujeres para acceder a los empleos formales y las soluciones pensadas se ciñen en "proponer alternativas que implican beneficios, prácticas o servicios de cuidado sólo o mayormente para la población ocupada en empleos formales" (Rodríguez Enríquez, 2020, p.131). Lo cual deviene, otra vez, en que las mujeres trabajadoras que se encuentran en la informalidad no encuentren apoyo en sus cargas de cuidado y por tanto no puedan acceder al mercado laboral formal. Por lo anterior, es necesario, "superar la limitación de pensar las políticas de cuidado en relación con el funcionamiento del mercado laboral" (Rodríguez Enríquez, 2020, p.131) y avanzar por modelos que reconozcan la precariedad del trabajo formal de la región. Esto con el objetivo de dejar de excluir de las agendas del cuidado a muchas personas que se encuentran en la informalidad laboral las cuales, en su mayoría, son mujeres.

Por último, si bien es cierto que el esfuerzo regional por ampliar las licencias de paternidad es valioso, es imposible ignorar el hecho que ellas se basan en la misma distribución inequitativa de las cargas de cuidado que se desea modificar con la positivización del derecho al cuidado.

Es decir, al brindar licencias de paternidad con tiempos tan limitados se conserva la noción de que son las mujeres quienes por naturaleza deben cuidar de los menores. Así, al determinar por género el tiempo de cuidado, sin tener en cuenta la voluntariedad de la pareja por decidir quien se quedará en el hogar para cuidar del menor, se perpetúan estereotipos de género que deben ser superados para lograr una verdadera reducción y redistribución de las cargas de cuidado en cabeza de la mujer.

En tercer lugar, sobre los derechos de los adultos mayores y el derecho a la salud desde la óptica del cuidado por más meritorio que sea el reconocimiento que le da al cuidado la jurisprudencia reciente ello no es suficiente. Primero, porque en materia de adultos mayores, a menos que se trate de los casos donde se ha tutelado el derecho a la salud a partir de los cuidadores, los subsidios son la única manera en la cual se "cristaliza" el acceso al cuidado. Esto, es insuficiente en la medida en que no se garantiza un acceso a servicios de cuidado, sino que se que suple esa obligación con la entrega de dinero, lo cual demuestra una falla del legislador por generar políticas de cuidado integrales para los adultos mayores.

Segundo, porque el derecho al cuidado, como derecho universal no sólo debe ser exigible a las personas con discapacidad, sino a toda la población por igual siempre que lo necesiten. Tercero, porque a pesar de existir un reconocimiento a la importancia de integrar el enfoque de género en la discusión, es necesario avanzar en esbozar también las garantías que deben tener los cuidadores. Más allá de hacer un llamado a la importancia del autocuidado, la jurisprudencia debe adelantar esfuerzos para reconocer cuáles son los derechos de las personas que cuidan y cómo se les debe proteger.

Por último, también es necesario en aras de lograr brindar estándares de cuidado adecuados a quienes lo necesitan, ahondar en los derechos y deberes de quienes ejerzan profesionalmente como cuidadores. Es necesario ampliar y volver mucho más atractivas las ofertas laborales alrededor del cuidado para lograr suplir la creciente demanda que existe a nivel regional e internacional de este tipo de labores. A su vez, cuando sean los cuidadores personas dentro del núcleo familiar se debe ahondar en la creación de política pública que logre capacitar a quienes se comprometieron con esta labor de tal modo que cumplan con los estándares de cuidado que ha establecido la Corte. Esta capacitación debe estar dotada también de conocimiento legal de tal modo que las personas que requieren cuidados, específicamente las personas con discapacidad, no vean en sus cuidadores un obstáculo para lograr la vida independiente, sino un apoyo real para la consecución de su realización personal y social.

B. Aplicar la lupa a nuevos problemas: un caso práctico.

Para finalizar con todo este análisis se llama nuevamente la atención alrededor de cómo esta lupa del cuidado abre la puerta a repensarse la garantía de ciertos derechos y brinda nuevas luces a problemáticas vigentes. Para realizar un ejemplo de lo anterior se tomará el panorama de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad. Así, se analizará cómo al poner el cuidado en el centro de la discusión se pueden esbozar nuevas oportunidades para ampliar el acceso a derechos de las mujeres con discapacidad.

Sobre el contexto que se abordará vale la pena recordar que conforme a los artículos 6, 16 y 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los Estados Partes (i) reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y por tanto adoptaran medidas para asegurar el goce plenamente de sus derechos fundamentales; (ii) se comprometen a adoptar medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia o abuso, teniendo en cuenta el género y la edad para así garantizar formas adecuadas de asistencia y apoyo y; (iii) reconocen que las personas con discapacidad tienen la capacidad para formar una familia y por tanto se les debe respetar su derecho a decidir libremente el número de hijos que quieren tener. Todos estos derechos se ven enmarcados en un encuadre de fuertes vulneraciones de derechos humanos donde, bajo concepciones capacitistas, se asume la existencia de una incapacidad para tomar decisiones reproductivas responsables.

Este panorama se ve ejemplificado a partir de la especial vulnerabilidad en las que se encuentran las mujeres con discapacidad a la hora de tomar decisiones sobre sus derechos sexuales y reproductivos. Lo anterior, lo identificó el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General número 3, cuando señaló que la restricción o

supresión de la capacidad jurídica ha facilitado "intervenciones forzadas, como la esterilización, el aborto, la anticoncepción, la mutilación genital femenina, las intervenciones quirúrgicas (...) sin su consentimiento informado". Si bien en vista de la eliminación de la figura de interdicción se asumiría que este escenario ha cambiado, las mujeres con discapacidad siguen enfrentando complejas barreras para lograr tener acceso a la totalidad de sus derechos, en particular, sus derechos reproductivos.

Analizar esta problemática a partir del lente del cuidado nos trae a la luz algunas dificultades en la garantía de los derechos reproductivos de las mujeres con discapacidad que no han sido explorados a profundidad antes. En primer lugar, sobre el derecho a cuidar, ¿cómo se pueden articular políticas públicas donde se le permita a la mujer con discapacidad decidir sobre su maternidad y a la vez garantizar el cuidado del recién nacido? ¿Cómo podemos repensarnos el cuidado cuando aquellos que cuidan pueden ser sujetos que a la vez necesitan ser cuidados por alguien más? Estas preguntas impulsan a pensar qué tipo de formación existe para convertirse en un buen cuidador. Con base en esto, se se podría proponer no sólo ampliar la cobertura de educación sexual y reproductiva para las personas con discapacidad, sino también propugnar por un mejor acompañamiento por parte del personal médico en el postparto donde se facilite la información relacionada con los cuidados que se deben tener en la lactancia y primeros meses de formación del menor. Por su parte, también se podrían integrar estas políticas públicas al resto de la población y realizar pedagogía frente a lo que implica el derecho al cuidado y el rol de cuidadores, de lo cual todos serían beneficiados.

En segundo lugar, sobre el derecho a ser cuidado y al autocuidado, ¿cómo se puede garantizar que las mujeres con discapacidad se sientan protegidas durante la etapa de embarazo y parto? ¿Deben adecuarse los servicios de salud para lograr cuidar y brindar espacios de autocuidado a las mujeres con discapacidad en la etapa de parto y postparto? Aterrizando esto al caso colombiano, en lo que respecta a las garantías que trae la Ley de Parto Digno, es necesario que se piensen en métodos que incluyan a esta población en la humanización del parto. Esto quiere decir, que las necesidades de cuidado se piensen desde un eje interseccional donde lo que puede requerir una mujer sin discapacidad para tener un parto libre de violencia y su integridad física y mental sea resguardada puede ser diferente a lo que necesite una persona con discapacidad.

Lo anterior obliga también a pensar los alcances del cuidado en materia de protección sobre los tipos de violencias que viven las mujeres durante el embarazo y parto, particularmente la violencia obstétrica. Así las cosas, este nuevo panorama visto desde la óptica del cuidado, impulsa a pensar en mayores ajustes razonables que se deben tener en cuenta para que los espacios, la atención y el lenguaje en los servicios de salud protejan a la mujer con discapacidad embarazada. Esto induce, por ejemplo, a pensar en maneras de simplificar el consentimiento informado alrededor del parto, en capacitar al personal médico -y quienes acompañen a la mujer- sobre el manejo que se debe dar a algunas discapacidades o en repensar si los espacios son accesibles para todas las personas, lo que incluye mujeres con discapacidades de movilidad, entre otras.

Así, a pesar de no tener respuestas frente a la manera de garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad, aplicar la perspectiva de cuidado brindó nuevas luces para analizar las barreras que enfrenta esta población y pensar en algunas oportunidades de mejora. Este ejemplo de aplicación es valioso para pensarse la manera en la cual la "lupa del cuidado" puede ser utilizada en otros escenarios. Esto, con el objetivo de reinterpretar las promesas legislativas pensadas desde la exigibilidad del acceso al cuidado que se encuentran en el centro de ellas.

En conclusión, pensarse el derecho al cuidado como categoría conceptual existente en las normas permite la ampliación de los derechos y habilita mayor exigibilidad frente al acceso al cuidado. Así, en este texto se demostró cómo en la Constitución Colombiana siempre ha existido un interés del legislador por reconocer el cuidado y por tanto redistribuirlo entre los actores sociales. De esta manera, al poner la "lupa del cuidado" sobre este y otros ordenamientos jurídicos es posible identificar nuevas oportunidades de mejora, vacíos normativos y suscitar nuevas discusiones al rededor de cómo garantizar el cuidado de manera universal e integral. Con esto en mente se abre la puerta para que la "lupa del cuidado" sea utilizada para la reinterpretación de varios derechos donde más allá de brindar soluciones, se logre reimaginar los alcances y promesas de la ley, lo cual, con suerte, permitirá pensar en soluciones más incluyentes e innovadoras en el derecho.

Referencias

- Agüero & Fernández, (2018). Desfamiliarización del cuidado: un puente desde el malestar individual hacia el bienestar social. *Millcayac - Revista Digital de Ciencias Sociales*, 5(9), p.189-205.
- Ariza, (2019). Salud materna y migración: situación de las mujeres gestantes migrantes y refugiadas venezolanas en Colombia. *Profamilia*.
- Batthyány, (2020). Miradas latinoamericanas al cuidado. En Batthyány (Ed), *Miradas latinoamericanas a los cuidados* (p. 11-53).
- Cerri & Alamillo-Martinez, (2018), La organización de los cuidados, más allá de la dicotomía entre esfera pública y esfera privada. *Gazeta de Antropología*, 28(2).
- Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Corporación Colectiva Justicia Mujer & Dejusticia (2022), Concepto técnico. Referencia: acción de tutela, radicado No. T-8.544.174.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), (2022), La sociedad del cuidado: horizonte para una recuperación sostenible con igualdad de género. LC/CRM.15/3.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), (2022), Comunicado de prensa: Es momento para cambios transformacionales como el que propone la sociedad del cuidado. CEPAL.
- Comité sobre las Personas con Discapacidad (2016), Observación general núm. 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad.
- Congreso de la República., Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia), 8 de noviembre de 2006.
- Congreso de la República., Ley 2244 de 2022 (Ley de Parto Digno y Humanizado), 11 de Julio de 2022.
- Congreso de la República., Ley 2114 de 2011, 29 de julio de 2011.
- Congreso de la República., Ley 1823 de 2017, 4 de enero de 2017.
- Congreso de la República., Código Sustantivo del Trabajo, 7 de junio de 1951.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 13 de diciembre de 2006.
- Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer. Art. 11. 3 de septiembre de 1981.
- Corte Constitucional., Sentencia T-583 de 2023, 19 de diciembre de 2023. MP. Diana Fajardo Rivera.
- Corte Constitucional., Sentencia T-212 de 1993, 8 de junio de 1993. MP. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional., Sentencia T-278 de 1994, 15 de junio de 1994. MP. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional., Sentencia SU-075 de 2018, 24 de julio de 2018. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional., Sentencia T-296 de 2022, 25 de agosto de 2022. MP. Alejandro Linares Cantillo.
- Corte Constitucional., Sentencia T-796 de 2013, 12 de noviembre de 2013. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional., Sentencia SU-070 de 2013. 13 de febrero de 2013. MP. Alexei Julio Estrada.
- Corte Constitucional., Sentencia C-543 de 2010. 10 de junio de 2010. MP. Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional., Sentencia C-118 de 2020. 15 de abril de 2020. MP. Antonio José Lizarazo Ocampo.

- Corte Constitucional., Sentencia C-177 de 2016. 13 de abril de 2016. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional., Sentencia T-685 de 2014. 11 de septiembre de 2014. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional., Sentencia T-384 de 1993. 15 de septiembre de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional., Sentencia T-159 de 2023. 16 de mayo de 2023. MP. José Fernando Reyes Cuartas.
- Corte Constitucional., Sentencia T-523 de 1992. 18 de septiembre de 1992. MP. Ciro Angarita Barón.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), (2017). Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)/Organización de Estados Americanos (OEA).
- DANE, (2023). Boletín técnico: ocupación informal trimestre abril-junio 2023. DANE.
- Departamento Nacional de Planeación, (2022). Todas somos dignas: Caracterización de mujeres migrantes de Venezuela en Colombia con énfasis en autonomía económica y violencias basadas en género.
- Esquivel, (2012). Cuidado, economía y agendas políticas: una mirada conceptual sobre la "organización social del cuidado" en América Latina. En Esquivel (Ed.) La economía feminista desde América Latina: una hoja de ruta sobre los debates actuales en la región.
- Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres).
- Güezmes García & Vaeza, (2023). Avances en materia de normativa del cuidado en América Latina y el Caribe: hacia una sociedad del cuidado con igualdad de género. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres).
- Hernandez, Pacheco & Rodríguez, (2017). Revisión bibliográfica: La teoría Déficit de autocuidado: Dorothea Elizabeth Orem. Gaceta Médica Espirituana, 19(3).
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), (2021). Desarrollo Integral.
- Miranda Bonilla, (2018). La protección de los adultos mayores en la Corte Constitucional Colombiana. Revista IUS Doctrina, 11(1).
- Observatorio Colombiano de las mujeres, (2023). La violencia contra las mujeres migrantes en Colombia: una frontera por superar. Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer.
- Ordoñez & Sterling, (2022). El concepto de familia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y su incidencia en las políticas públicas: una lectura en clave hermenéutica. Revista Derecho del Estado, 52, p.175-206.
- Pautassi, (2007). El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos humanos. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- Pautassi, (2023). El derecho al cuidado. De la conquista a su ejercicio efectivo. Friedrich-Ebert-Stiftung.
- Razavi, (2007). The Political and Social Economy of Care in a Development Context Conceptual Issues, Research Questions and Policy Options. United Nations Research Institute for Social Development.
- Rodríguez Enriquez, (2015), Economía feminista y economía del cuidado: aportes conceptuales para el estudio de la desigualdad. Nuevas miradas, 256, p. 30-44.
- Rodríguez Enriquez, (2020), Elementos para una agenda feminista del cuidado. En Batthyány (Ed), Miradas latinoamericanas a los cuidados (p. 127-135).
- Sallé & Molpeceres, (2018). Reconocer, Redistribuir y Reducir el Trabajo de Cuidados. Prácticas Inspiradoras en América Latina y el Caribe. Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres).