

El derecho al cuidado en el Estado Social de Derecho

Por NOELIA IGAREDA GONZÁLEZ
Universitat Autònoma de Barcelona

RESUMEN

En el presente artículo se argumenta la necesidad de un cambio respecto a la responsabilidad sobre los cuidados de las personas. Todos los individuos, en varios momentos de su trayectoria vital, necesitan ser cuidados por otros/as para sobrevivir. Con ello, se quiebra el mito del ciudadano autónomo e independiente sobre el que nuestros modelos de Estado de Derecho se construyen. Los cuidados necesarios de un recién nacido/a, desde que nace hasta que se convierte en un ser autónomo capaz de sobrevivir por sí mismo, constituye un ejemplo, de lo que debería ser por tanto, una responsabilidad de toda la sociedad, y no tanto, una responsabilidad individual de las mujeres. Este derecho a ser cuidado de cada nuevo ciudadano/a debería traducirse en una exigencia de actuación estatal en el marco de un Estado Social de Derecho.

Palabras clave: *Cuidados, Estado Social de derecho, maternidad, paternidad.*

ABSTRACT

In this article we argue the need for a shift regarding the responsibility for the care of people. All individuals, at various times of his/her own life need to be cared by others to survive, breaking thus the myth of autonomous and independent citizens in which our State models are built. The necessary

care of a newborn from birth until it becomes an autonomous being able to survive on its own constitute an example of what should be therefore a responsibility of society, rather than an individual responsibility of women. This right to be cared of every new citizen should result in a requirement of state action in the framework of the rule of law.

Key words: *Care, Social State of Law, maternity, paternity.*

SUMARIO: 1. LOS CUIDADOS DE LOS NUEVOS/AS CIUDADANOS/AS DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.—2. EL ROL DEL ESTADO MODERNO EN LAS NECESIDADES DE CUIDADO DE LA CIUDADANÍA.—3. RAZONES A FAVOR DE UN HIPOTÉTICO DERECHO A SER CUIDADO.—4. BIBLIOGRAFÍA.

1. LOS CUIDADOS DE LOS NUEVOS/AS CIUDADANOS/AS DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Los cuidados necesarios de un recién nacido/a para su supervivencia desde que nace hasta que se convierte en un ser autónomo suponen un ejemplo de la necesidad que todo ciudadano/a tiene de ser cuidado por otro/a en determinados periodos de su vida (al igual que durante la enfermedad y la vejez).

A los efectos del presente artículo, tomaremos la definición de cuidados de Lewis (1998:6) que define los cuidados como: «Las actividades necesarias para satisfacer las necesidades físicas y afectivas de los adultos dependientes y de los niños/as, y las estructuras sociales, normativas y de distribución de costes en los que este trabajo se reparte y se lleva a cabo»¹.

Pero nuestro Estado de Derecho² no se ocupa de las responsabilidades sobre los cuidados del nuevo ciudadano/a, porque en general, las cuestiones relativas a la reproducción, se consideran implícitamente una responsabilidad privada de las familias, esencialmente de las mujeres de esas familias³. Sólo nos encontramos con ciertas disposiciones legales que afectan al cuidado de esos nuevos seres humanos

¹ Traducción de la propia autora: «*Social care as the activities involved in meeting the physical and emotional requirements of dependent adults and children, and the normative, cost and social frameworks within which this work is assigned and carried out*».

² Cuando hablamos de nuestro Estado de Derecho nos referimos a un modelo de Estado Social de Derecho, tal y como el artículo 1 de la Constitución española proclama.

³ Tal y como afirman BIRKE, HIMMELWEIT y VINES (1990: 35): «*La reproducción se considera una preocupación privada de los individuos y sus familias, como una cuestión de sentimiento que no de pensamiento, en la que el estado no tiene ningún derecho a interferir*».

cuando en el ámbito de la protección social se legisla sobre maternidad y paternidad. La maternidad y la paternidad, como ejemplo de una de las posibles dimensiones del cuidado, se convierten así en objeto de regulación legal cuando entran «en conflicto» con algún otro interés general de la sociedad, entre los que destaca el mercado de trabajo. Por eso es en el ámbito del derecho laboral y de la protección social donde más disposiciones encontramos sobre maternidad y paternidad.

De ahí que en el ordenamiento jurídico español nos encontramos desde principios del siglo xx, leyes de protección de la maternidad en el ámbito social⁴, y muy recientemente, de paternidad⁵, como figuras jurídicas que abordan las responsabilidades de los cuidados de los recién nacidos/as desde el espacio público, esencialmente, desde el mercado de trabajo formal.

La legislación social sobre maternidad tuvo su origen cuando el Estado, ante la masiva incorporación de las mujeres al mercado de trabajo fruto de la Revolución Industrial, empezó a estar, por una parte, preocupado por el importante descenso de la natalidad, y por otro lado, por las condiciones físicas y sanitarias de las madres trabajadoras y de sus hijos/as en las fábricas⁶. Las principales regulaciones contenidas en estas leyes hacían alusión a la protección de la salud de las mujeres trabajadoras, entre ellas la maternidad, para evitar el deterioro físico que más tarde podría ocasionar daños a sus hijos/as, y por tanto a las generaciones futuras⁷.

Los diferentes cambios políticos que tuvieron lugar en España a lo largo del siglo xx no cambiaron sustancialmente las finalidades perseguidas en las leyes de protección de la maternidad en el ámbito social. El objetivo seguía siendo proteger la salud física de la madre gestante y que acaba de dar a luz, además de la salud del feto y el recién nacido.

La legislación española actual de protección de la maternidad tampoco se aleja demasiado de estos objetivos. Está fuertemente influida

⁴ Los orígenes de la protección de la maternidad en la legislación española podemos hallarlos en la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre condiciones de trabajo de mujeres y niños y su Reglamento de aplicación del 13 de noviembre de 1900. Estas regulaciones rompen el principio de no injerencia estatal en cuestiones relativas a las relaciones de trabajo, y lo hacen en beneficio del colectivo de mujeres y niños para evitar las consecuencias que su explotación estaban ocasionando a la sociedad en su conjunto. Las pésimas condiciones de trabajo, la alta mortalidad maternal e infantil, así como el deterioro de su salud, ponía en jaque el desarrollo demográfico y económico de un país que estaba en pleno despertar de la revolución industrial (GALA 2007).

⁵ El permiso de paternidad de trece días incluido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁶ Véase por ejemplo BOLTANSKI 1969 o GÓNZALEZ REVILLA 1907.

⁷ La evolución de las legislaciones de protección de las mujeres trabajadoras a lo largo del siglo xx siguen estando inspiradas en la debilidad del sexo femenino, y legislan sobre las mujeres y los menores como ejemplos de las históricas «medias fuerzas» (ESPUNY 2006:1).

por la legislación internacional que busca la protección de la salud y de la vida de la madre trabajadora, del feto y del recién nacido⁸. También por las directivas europeas⁹, que persiguen los mismos objetivos que las normas de derecho internacional, y añaden además objetivos para mantener a las mujeres en el mercado de trabajo y evitar que la maternidad suponga un elemento de discriminación. Hay que tener presente que el origen de esta legislación europea ha sido la construcción de un mercado común, donde la protección de la salud de los trabajadores (entre ellos la salud de las trabajadoras embarazadas, que acabasen de dar a luz o con hijos/as lactantes), así como el tratamiento laboral igual a trabajadores y trabajadoras, se consideraban elementos esenciales en la construcción de ese espacio económico común (Verloo y Lombardo 2007:52). La Unión Europea ha elaborado así legislación y se ha creado importante jurisprudencia¹⁰ sobre cuestiones relativas a la maternidad, la paternidad, la conciliación de la vida familiar y laboral, en virtud de las competencias de la Unión Europea en materia de mercado de trabajo y fomento del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres¹¹.

En consecuencia, la legislación europea acepta muchas veces como dado y normal un orden de género que sitúa al hombre como cabeza de familia y «ganapán», y a la mujer como responsable de los cuidados en la sociedad, y en todo caso, trabajadora cuyo salario es un complemento económico y adicional de los ingresos familiares (Bustelo y Lombardo 2007). De esta manera, las directivas europeas de obligada transposición al derecho interno, persiguen primordialmente objetivos de crecimiento económico, demográfico y competitividad, y no siempre metas de justicia social¹².

Entre las leyes españolas actuales que abordan los cuidados de los recién nacidos/as, desde el punto de vista de la maternidad y la paternidad, destacan la Constitución española de 1978,

⁸ Especialmente los convenios adoptados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

⁹ La Unión Europea ha sido una importante fuente de legislación en materia de protección a la maternidad en nuestro país, tanto a través de directivas y recomendaciones europeas en materia laboral como de igualdad entre hombres y mujeres. Destacan las Directivas 92/86/EEC sobre trabajadoras embarazadas y 96/34/CE relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental.

¹⁰ Es importante el papel desempeñado por el Tribunal Europeo de Justicia (TJCE) a lo largo de su jurisprudencia en el desarrollo del originario artículo 119 del Tratado de Roma (1957) que establecía la igualdad de salario por trabajo de igual valor. Este mandato de igual remuneración fue extendido por la jurisprudencia europea hasta consagrarlo en un verdadero derecho de igualdad de hombres y mujeres en el ámbito laboral, ante la ausencia de un texto normativo europeo que recogiera dicho derecho fundamental (VALDÉS 2008:62).

¹¹ Artículos 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea (1997) y artículos 20 y 23 de la Carta Europea sobre Derechos Fundamentales, 2000, incorporada al Tratado de Lisboa, 2007.

¹² Por ejemplo ESCOBEDO CAPARRÓS 2008.

la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la Ley General de la Seguridad Social aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, la Ley 39/2006, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de especial dependencia y la Ley 40/2003, de protección de las familias numerosas. El análisis de estos textos legales nos muestra que, el cuidado o la asunción pública sobre los cuidados no es una prioridad. Además, que las disposiciones jurídicas sobre maternidad y paternidad en ningún momento pretenden alterar o adaptar la configuración del mercado de trabajo. Las leyes laborales regulan estas situaciones como accidentes de la vida de las trabajadoras y los trabajadores¹³.

Igualmente estas leyes utilizan un concepto de maternidad restringido al periodo de embarazo, parto y lactancia¹⁴, obviando que la mayoría de las veces, las principales responsabilidades de los cuidados, desde que ese bebé deja de ser amamantado hasta que es mínimamente autónomo, recaen sobre las mujeres, lo que constituye uno de los principales obstáculos en su participación en la esfera pública en condiciones de igualdad¹⁵.

De este análisis legal se desprende también que la maternidad es una responsabilidad individual de las mujeres, al igual que sus proble-

¹³ Basta señalar que en la suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad se utilizan figuras jurídicas similares a la baja por enfermedad común. Hasta hace poco también, la prestación económica que se otorgaba durante la baja por maternidad era un 75% de la base reguladora, al igual que durante una enfermedad común. Coloquialmente se habla de baja o permiso por maternidad / paternidad.

¹⁴ La suspensión del contrato de trabajo por maternidad del artículo 48.4. del Estatuto de los Trabajadores es un descanso de dieciséis semanas que el legislador otorga a la trabajadora para que pueda recuperarse físicamente del parto, y por otro lado, pueda atender a las necesidades básicas de un niño/a recién nacido. El permiso por lactancia del artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores es un permiso retribuido que facilite que la madre trabajadora siga amamantando o alimentando a su hijo/a una vez incorporada al trabajo remunerado. Se trata de la posibilidad de ausentarse dos medias horas durante la jornada laboral o la reducción de la jornada diaria en media hora durante los nueve primeros meses del bebé.

¹⁵ Es especialmente relevante que cuando la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres define lo que significa igualdad de trato entre hombres y mujeres, haga una especial mención a la maternidad como una fuente de discriminación para las mujeres:

«Artículo 3. *El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.*—El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.»

mas de conciliación de la vida familiar y laboral¹⁶. De ahí la diferencia en duración de los permisos de maternidad y los de paternidad (las dieciséis semanas del permiso por maternidad frente a los trece días del permiso de paternidad), o el hecho de que quien general el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad sea la madre, quien puede posteriormente ceder parte de ese permiso al padre¹⁷, o quien verdaderamente genera el derecho al permiso de lactancia es la madre (a la madre se le reconoce el derecho independientemente de si el padre trabaja o no, mientras el reconocimiento del derecho en el caso del padre es sólo si la madre trabaja). Pocos textos legales hablan de la responsabilidad colectiva sobre los costos sociales de la maternidad y la paternidad del que podría derivarse también una responsabilidad colectiva sobre los cuidados de los menores. Una excepción es el artículo 14.7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: «Criterios generales de actuación de los Poderes Públicos: 7. La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia».

Sólo algunos cuerpos legales incluyen medidas dirigidas por igual a hombres y mujeres, en un intento de repartir de manera más igualitaria las responsabilidades de la maternidad y la paternidad entre todos/as¹⁸. Pero la realidad de la aplicación de estas medidas (por

¹⁶ Por ejemplo la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, amplió y especificó de nuevo permisos que ya estaban contemplados en la legislación vigente y que estaban especialmente diseñados para permitir que las trabajadoras, en la medida que madres y cuidadoras, pudieran acumular jornadas, la realizada en el hogar y la realizada en el puesto de trabajo (a través del permiso de maternidad, permiso de lactancia, reducciones de jornada y excedencias). La única novedad que se incorporó fue la posibilidad de que parte del permiso maternal sea disfrutado por el padre (art. 48.4 ET). También la Ley 39/2006, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de especial dependencia, reconoce en su Exposición de Motivos que el cuidado de los mayores dependientes ha sido tradicionalmente una responsabilidad de las familias, y dentro de las familias de las mujeres. Sin embargo, reconoce que la situación ha cambiado debido a la incorporación generalizada de las mujeres al mercado de trabajo que hace imposible que las mujeres sigan siendo las cuidadoras en exclusivas. Sin entrar a analizar las desigualdades de género que esto significaba, ni las posibles injusticias sociales en atribuir las responsabilidades de los cuidados de los mayores y los dependientes sólo a las mujeres a cambio de nada, se ve la necesidad de articular un sistema semipúblico de atención a estas personas. Incluso una de las figuras que contempla es la regulación de las cuidadoras no profesionales.

¹⁷ La titularidad del derecho es de la madre, que en todo caso podrá compartir con el padre «a opción de la interesada». Además para que se genere este derecho es necesario que la madre esté trabajando, porque si la madre no trabaja no puede ejercitar la opción a favor del padre, aunque este esté trabajando. Solo se admite la creación de este derecho para el padre, independientemente de que la madre trabaje o no, si esta falleciera, y aun así es un derecho redactado de manera potencial «podrá hacer uso de su totalidad».

¹⁸ La Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, cumpliendo la trasposición de la Directiva europea 96/34/CE

ejemplo permiso de maternidad compartido, permiso de paternidad, reducciones de jornada, excedencias, derecho de conciliación de la vida familiar y laboral, cuidadores familiares de personas dependientes) nos ofrece una visión de que la sociedad las interpreta como medidas para las mujeres, sin poner en duda su responsabilidad como cuidadoras de la sociedad, y rara vez los hombres se sienten aludidos como potenciales beneficiarios de estas figuras jurídicas¹⁹.

La paternidad sólo ha sido objeto de la legislación de protección social con la introducción del permiso exclusivo e intransferible de paternidad. El objetivo perseguido es conseguir una mayor igualdad de género y fomentar la corresponsabilidad²⁰. Por corresponsabilidad se entiende la pretensión «de ayudar a los hombres a desarrollar el derecho a cuidar. Y así se contribuye a la igualdad de género porque se parte del supuesto de que la carga de las responsabilidades familiares cotidianas, que por defecto se asigna a las mujeres, debe ser compartida, y ello recibe el apoyo de los poderes públicos» (Tobío *et al.* 2010:192). Pero la duración tan limitada del permiso de paternidad, y la distancia con respecto al permiso de maternidad, concede a esta medida un carácter eminentemente simbólico, y no transformador de una realidad social que sigue otorgando la responsabilidad de los cuidados a las mujeres (Hook 2006; Pérez del Río 2010; Albert, Escot, Fernández y Pozas, 2008)

Los cuerpos legales previamente señalados nos muestran igualmente que confluyen diferentes intereses generales²¹, valores funda-

relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental, estableció la posibilidad de que determinadas figuras jurídicas como el permiso de maternidad, fueran disfrutadas por la madre o ésta cediera una parte al padre. También el Estatuto de los Trabajadores contempla la posibilidad de que sea la trabajadora o el trabajador quienes se acojan a las figuras jurídicas de cuidado de recién nacidos o menores a cargo.

¹⁹ Desde la aprobación en 1997 de la posibilidad de que los padres se acogieran a parte del permiso de maternidad, en ningún momento se ha superado el 2% de los casos. También son mujeres en el 98% de los casos quienes solicitan reducciones de jornada, excedencias por cuidado de hijos/as (Fuente: Instituto de la Mujer e Instituto Nacional de la Seguridad Social, 2008; Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Seguridad Social, 2010).

²⁰ La suspensión del contrato de trabajo por paternidad del nuevo artículo 48 bis del Estatuto de los Trabajadores introducidos por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres debe interpretarse con la finalidad ya explícita de la Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica cuando establece: «Especial atención presta la Ley a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales. Mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa».

²¹ Por intereses entendemos aquí los intereses generales que materializan una demanda social y que se considera que el Estado a través de sus leyes debe amparar, proteger y/o promocionar porque la mayoría de la sociedad así lo quiere, lo comparte y lo exige (por ejemplo la cobertura pública de un sistema público de sanidad, ya que la sanidad constituye en nuestra sociedad un interés general).

mentales o bienes jurídicos protegidos²² cuando se legisla sobre maternidad o paternidad. Se constata una evolución desde la mera protección de la salud y la vida de la madre, el feto y el hijo/a recién nacido, hasta la consideración de que la maternidad puede ser un obstáculo al derecho fundamental a la igualdad, aceptando con ello la necesidad de socializar los costes derivados de la maternidad. También la corresponsabilidad se configura como un valor digno de tutela legal²³, para garantizar una mayor igualdad de género, pero no se dice de manera explícita si es para repartir de manera equitativa las responsabilidades de cuidado, o para asegurar el derecho a ser cuidado del recién nacido/a.

A la luz de nuestra realidad y del análisis de nuestras leyes, el cuidado parece ser que pertenece a la esfera de lo natural, de lo animal y, por lo tanto, no puede ni debe ser objeto del derecho. Además, los ordenamientos jurídicos actuales están contruidos sobre la idea de que los ciudadanos son sujetos autónomos, libres e iguales. El cuidado y las necesidades de ser cuidado, visibilizan en cambio sujetos dependientes que durante etapas vitales mantienen relaciones verticales.

Es aquí donde aparece también la diferencia entre el espacio público, aquel donde las personas interactúan como ciudadanos de pleno derecho y se ocupan de los asuntos que tienen que ver con su pacto de convivencia (espacio público es el mercado de trabajo y los órganos de representación política). Y el espacio privado, aquel donde las personas satisfacen sus necesidades personales y afectivas, y en el que actúan como miembros de una familia²⁴.

El mundo privado es el mundo de las relaciones personales, el mundo de las necesidades y de los afectos y se encuentra en el seno de la familia. Las cuestiones relativas a la reproducción humana pertene-

²² El concepto de bien jurídico normalmente se utiliza en derecho penal para designar esos bienes que la sociedad considera importantes y valiosos y que una determinada actuación contraria a la ley está dañando. Ese daño a ese bien que la sociedad tanto estima se considera tan grave como para que el ataque sea constitutivo de un delito y reciba la más dura sanción legal que nuestro sistema legal permite, que es la sanción penal. En este artículo no se estudia la legislación penal, pero se importa el término bien jurídico para analizar si existe (o no) algún valor esencial para la sociedad que haga necesario algunos despliegues legislativos sobre maternidad y paternidad.

²³ Artículo 14.8 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres:

«Artículo 14. *Criterios generales de actuación de los Poderes Públicos.*—A los fines de esta Ley, serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos:

[...]

8. El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia.»

²⁴ Algunos autores/as que han analizado en profundidad esta dicotomía público-privado y su impacto en las leyes son OKIN 1989; MACKINNON 1989; PATEMAN 1995; BODELÓN 2006; RUBIO 2006.

cen a este mundo privado y en consecuencia, y en el ejemplo de los cuidados de los bebés, se presupone que las relaciones madres e hijos/as sean sólo decisiones dirigidas por un amor desinteresado de las madres por los hijos/as, un amor desinteresado atribuible a la propia naturaleza humana.

En este sentido, Rubio ha criticado la consideración tradicional de la maternidad como perteneciente a lo natural: «Cuando las mujeres son heterodesignadas como sujetos para la reproducción y el cuidado, se fundamenta esta heterodesignación en lo natural, pero lo natural no existe sino mediado y definido por la cultura: Lo natural representa todo aquello que la cultura no desea, bajo ningún concepto, transformar, por esto lo sustrae del debate social y del control racional de la Ley.» (Rubio 2006: 54).

Esta adscripción de las decisiones sobre la reproducción humana a la esfera privada libre de injerencia estatal, reforzada en el derecho a la intimidad de las personas, exige que el Estado no interfiera en el control de la natalidad de las personas (Ruiz Miguel, 1990: 68).

Una de las críticas más importantes que se ha hecho a esta dicotomía público-privada es el predominio de la racionalidad en el espacio público y en cambio, el confinamiento de los sentimientos, los afectos y las necesidades particulares a la esfera privada. En el mundo público, prevalece la idea de un sujeto *homo economicus* que toma decisiones puramente racionales siguiendo su propio interés. Ferber y Nelson (2004) describen ese *homo economicus* como un ser egoísta que nunca fue niño, que nunca se hace viejo, que nunca está enfermo, a quien nunca nadie cuidó y que tampoco cuida nunca a nadie.

Las leyes de protección de la maternidad y la paternidad, que como se ha visto que de alguna manera abordan el problema de los cuidados de los recién nacidos/as, constituyen tímidas inclusiones del cuidado en la esfera pública. Pero esta inclusión parece obedecer más a razones de tipo económico o demográfico (debido al envejecimiento de la población o la necesidad de que las mujeres entren en el mercado de trabajo) que a razones de justicia social²⁵.

²⁵ Ver por ejemplo en este sentido las exposiciones de motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras «La incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo. Este hecho hace necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada»; o la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia: «Hasta ahora, han sido las familias, y en especial las mujeres, las que tradicionalmente han asumido el cuidado de las personas dependientes, constituyendo lo que ha dado en llamarse el “apoyo informal”. Los cambios en el modelo de familia y la incorporación progresiva de casi tres millones de mujeres, en la última década, al mercado de trabajo introducen nuevos factores en esta situación que hacen imprescindible una revisión del sistema tradicional de atención para asegurar una adecuada capacidad de prestación de cuidados a aquellas personas que los necesitan».

Uno de los posibles argumentos que expliquen finalmente la tradicional exclusión de los cuidados en general del ámbito del derecho, es que se considera y acepta por la mayoría de la sociedad, que estas responsabilidades deben ser ejercidas en el seno de las familias, por personas que tienen la obligación e inclinación natural hacia el cuidado, esencialmente las mujeres y las madres (Okin 1989; Holtmaat 1992; Murillo 1996; Rubio 2008; Gil Ruiz 2008).

2. EL ROL DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN LAS NECESIDADES DE CUIDADO DE LA CIUDADANÍA

Pero más allá de la maternidad y la paternidad, es necesario entender por qué el Estado, a través de sus leyes, no se ocupa en mayor medida de los cuidados de los recién nacidos/as. Tal y como proclama la Constitución española nos encontramos en un modelo de Estado Social de Derecho, en el que además de las características tradicionales del Estado moderno de imperio de la ley, separación de poderes, la ley como expresión de la voluntad del pueblo a través de sufragio universal, y el Estado al servicio de la protección y garantía de los derechos fundamentales, también aparecen unos fines de justicia social y redistribución económica (Lucas Verdú 1975; Díaz 1988; De Lucas 1997; Atienza 2001; Laporta 2007).

Hasta aquí se ha mostrado, en cambio, que el tratamiento actual de los cuidados de los nuevos/as ciudadanos/as se corresponde más con un modelo de Estado liberal. El modelo de ciudadanos del Estado liberal son unos individuos que han pactado libremente como seres autónomos, seres que no necesitan de nadie, ni están ligados a nadie, hombres que habrían surgido como «hongos» hasta llegar a su madurez plena (Pateman 1995; Amorós 1992).

La pregunta es, ¿deberían ser los cuidados en general, y de los recién nacidos/as en particular, una responsabilidad colectiva, sobre las que ese Estado debiera regular para así cumplir la finalidad de justicia social e igualdad?

Una manera de responder a esta pregunta es precisamente ver si, dentro de los objetivos de justicia social del Estado Social de Derecho se incluye la obtención de un bienestar general, y si dentro de la definición de este bienestar, están incluidas las necesidades y demandas de las mujeres como ciudadanas de pleno derecho. O si en cambio, cuando se establecen los niveles mínimos y deseables de bienestar a garantizar por parte del Estado, se está tomando en consideración un modelo genérico y universal de ciudadano varón.

El concepto de ciudadanía propio del Estado Social de Derecho intenta también superar la crítica a la exclusión de grandes grupos de la sociedad de la titularidad ciudadana liberal. Esta ampliada ciudada-

nía no sólo es sobre los potenciales titulares (ahora sí incluyendo a mujeres, obreros, menores, etc.) sino que también se intenta ampliar su propia definición: ya no sólo se hace mención al ejercicio de los derechos civiles y políticos (esencialmente el sufragio activo y pasivo) sino que ahora también comprende una dimensión social, y se incluye el disfrute de derechos y garantías sociales, económicas y culturales²⁶.

En la teoría política ese ciudadano genérico varón se presenta como desprovisto de género (*de-gendered* como explica Carver 1998). La abstracción que se realiza para construir la figura del ciudadano en el espacio público lo convierte en un sujeto desprovisto de sexualidad, de reproducción. En consecuencia todo aquello que tiene que ver con la reproducción, con el trabajo doméstico, con los cuidados queda oculto en el espacio privado, como asunto de las mujeres (Walby 1990; Carver 1998), así como cualquier responsabilidad que ese ciudadano público pudiera tener sobre estas cuestiones (Bacchi 1990).

Dentro de esta crítica es significativo que autoras como Bodelón (2010: 23) reclamen que el Estado y sus leyes deban construirse alrededor de un nuevo concepto de ciudadanía que rompa con la estructura dual de público-privado, que incluya la diversidad y pluralidad de los/las ciudadanos/as, y el paso de la ciudadanía a la «ciudadanía».

«El concepto de “ciudadanía” se vincula con una ciudadanía en clave de género, que va más allá de incluir las mujeres en el marco de derechos existentes o añadir algunos derechos sexados. Se trata de transformar las relaciones sociales entre mujeres y hombres y de redefinir el contenido de los derechos, posibilitando la participación real de las mujeres y haciendo presentes sus necesidades y deseos».

El Estado de Bienestar español que se desarrolla en ese Estado Social de derecho descansa sobre el modelo del varón sustentador del hogar (*male bread-winner model*), que adjudica al hombre la función de «varón sustentador» y a la mujer la función de cuidadora y reproductora. Y esto a pesar de la aparición de nuevas dinámicas sociales y económicas, que ponen en cuestionamiento algunos de los pilares en los que se apoya este modelo (cambios en las formas tradicionales de organización del trabajo, nuevas formas familiares diferentes a la familia nuclear clásica, masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo, descenso de la natalidad, etc.)

Es desde este modelo de Estado de Bienestar desde el que debe entenderse hasta dónde el Estado se responsabiliza de las demandas de los ciudadanos y ciudadanas sobre las consecuencias «públicas» y «colectivas» de la maternidad y la paternidad, como pueden ser las responsabilidades sobre los cuidados de esos nuevos/as ciudadanos/as.

²⁶ La ciudadanía del Estado Social de Derecho trata así de ser más justa. El hecho de que no se hayan alcanzado algunos de sus objetivos como el pleno empleo, el acceso a la educación o la cobertura universal de la sanidad o los servicios sociales, no deja de desmerecer el avance que supuso para los estados occidentales desde el modelo de Estado Liberal (PÉREZ LUÑO 2002: 34-35).

Nuestros modelos de Estado de bienestar tienden a reducir las desigualdades por clase social pero no las desigualdades producidas por la división sexual del trabajo. Todo lo contrario, son modelos de Estado de bienestar fundamentados en una familia, sin entrar ni siquiera a cuestionar las posibles situaciones de desigualdad y subordinación dentro de ellas (Pitch 2003: 136). Aunque las sociedades mediterráneas, como el caso del Estado de Bienestar español, ya no están formadas por familias extensas, y los modelos familiares están sufriendo fuertes procesos de transformación (Esping-Andersen 1990, 1999; Flaquer 2002, 2006; Lewis 1998; Almeda 2004; Meil 1997, 2002), todavía la organización de los cuidados en general y la protección social descansa en una familia nuclear convencional, y se confina en la red de solidaridad familiar que conecta familiares directos y sobre todo diferentes generaciones de la misma familia. Se puede afirmar entonces que el Estado de bienestar español depende de un modelo de institución familiar que no se corresponde ya con la realidad.

Es importante para entender las consecuencias de esta afirmación visibilizar el grado de familiarismo de un Estado, es decir, la medida en la que se espera en la organización social que la familia sea la responsable de la protección social y del bienestar de los individuos. Este familiarismo puede medirse, y por tanto, objetivarse, a través de indicadores (Añón y Miravet 2005) como el gasto público que se invierte en estos tipos de protección social²⁷. También a través de indicadores fiscales²⁸ o indicadores laborales²⁹.

También dentro del Estado Social de Derecho, las políticas sociales deberían tener un papel importante respecto a los cuidados. Las políticas sociales son formas de intervención pública en la vida social para resolver determinados problemas o demandas sociales (García Indra y Susín Betrán 1998)³⁰. Las políticas sociales tienen como una de sus dimensiones de actuación, regular el cuidado social o los cuidados.

La mayoría de análisis de las políticas de cuidado estatales dentro de los regímenes de bienestar obvian o asumen silenciosamente la

²⁷ Como por ejemplo el porcentaje de gasto público en maternidad y paternidad, el porcentaje de Producto Interior Bruto (PIB) en gasto sanitario; prestaciones por hijo/a; porcentaje de menores de tres años en servicios públicos de cuidado infantil; porcentaje de mayores de sesenta y cinco años con ayuda domiciliaria externa.

²⁸ Por ejemplo a través de los tipos de desgravaciones existentes.

²⁹ Por ejemplo a través del número de bajas de maternidad y paternidad, medidas de conciliación aplicadas, etc.

³⁰ Dentro de ese Estado Social de derecho los cuidados también se han considerado objeto del derecho regulativo. El derecho regulativo (TEUBNER 1986; CALVO GARCÍA 1998) nace como una nueva función del derecho que interviene para compensar los excesos económicos del sistema capitalista regulado únicamente por las libres leyes de la oferta y la demanda, el derecho se convierte en un instrumento pues al servicio de los objetivos distributivos del Estado Social de derecho. A lo largo del siglo XX su finalidad de regulación económica da paso a procesos de regulación social, y aparece por tanto todo un derecho regulativo que va aparejado al nacimiento y desarrollo de ese Estado de bienestar.

división de los trabajos de cuidado entre el Estado y las familias. El desempeño de las tareas de cuidado de forma gratuita y desinteresada en el ámbito familiar no se convierte en objeto de análisis político porque pertenece a la esfera privada de las personas (Lewis 1998). Por ejemplo, las responsabilidades de los cuidados de los recién nacidos hasta alcanzar la edad de escolaridad es una responsabilidad de las familias, que afecta principalmente a las decisiones laborales y personas de las mujeres de esas familias. Las demandas de servicios de cuidado infantil públicos o de políticas de conciliación son así percibidas como «necesidades» y «problemas» de las mujeres que tienen la obligación de cuidar a sus hijos/as. Las tareas de cuidado asumidas por el Estado, como servicios que facilita a sus ciudadanos/as en determinados momentos de su vida, están ideados asumiendo una composición social homogénea e invariable, de unidades familiares con una cabeza de familia proveedor que participa a tiempo completo en el mercado de trabajo, y una mujer esposa que desempeña todos aquellos cuidados que se necesitan y donde el Estado no entra³¹.

Dentro de las políticas sociales del Estado Social de derecho, merecen especial atención las políticas familiares, sobre todo, por la importancia que como se ha visto tiene la familia en el Estado de bienestar mediterráneo, por ser la institución proveedora de cuidados, y por la posición de las mujeres y de sus responsabilidades maternas dentro de ella³².

La familia se ha considerado tradicionalmente la institución social básica de convivencia humana determinada por lazos de afinidad (vínculos reconocidos socialmente como el matrimonio) y de consanguinidad (vínculos biológicos entre las personas, como de padres a hijos/as)³³.

En España no existe una política familiar explícita, a diferencia de lo que sucede en otros países europeos (Picontó 1998). A pesar de la importancia que sigue teniendo la familia como institución social básica en la sociedad española, hablar de política familiar o política de apoyo a la familia sigue teniendo connotaciones políticas conservadoras y negativas, asociadas al periodo político franquista, donde se

³¹ Por ejemplo, las prestaciones por jubilación que permiten unos ingresos económicos a aquella persona que ya es mayor y no puede trabajar, pero que previamente ha participado casi toda su posible vida laboral en el mercado de trabajo formal para cotizar suficientemente y convertirse en potencial beneficiario de la pensión de jubilación.

³² También cada vez es más frecuente la utilización del derecho para la promoción de valores e intereses sociales, las llamadas funciones promocionales del derecho (Bobbio 1980; Calvo García 1998), donde se busca fomentar, proteger y reforzar ciertos valores e intereses sociales mediante el establecimiento de obligaciones para los poderes públicos.

³³ Esta podría ser una definición de familia de acuerdo a las teorías funcionalistas de las ciencias sociales (por ejemplo, FROMM; HORKHEIMER & PARSONS 1972). Más adelante se ha defendido una definición de familia democrática (por ejemplo FLAQUER 1998, 1999), aunque de forma paralela a las críticas feministas a las desigualdades de género de la familia moderna (ver, por ejemplo, IZQUIERDO 1998).

llegó a la equivalencia entre política familiar y la política natalista. Pero, en cambio, el sistema de protección social español tiene en cuenta la realidad familiar, y descansa muchas veces en la familia como principal proveedora o gestora de la protección social.

Las políticas familiares, o las políticas sociales que afectan a las familias (casi todas las políticas sociales afectan a la familia) pueden tener un acento familiarizador o desfamiliarizador, porque no toda política familiarizadora favorece precisamente a la familia. Por ejemplo, en los países del norte de Europa donde más se han aplicado las políticas sociales «desfamiliarizadoras», es sin embargo, donde hay mayores tasas de actividad femenina y a la vez, mayores tasas de fecundidad, mientras que en los países del sur de Europa, de larga tradición familista, se observan sin embargo las tasas de fecundidad más bajas del mundo, como es el caso de España. En la sociedad y la política española preocupa enormemente esta baja natalidad, ya que pone en jaque el crecimiento económico y el mantenimiento de los regímenes de seguridad social. Pero esta preocupación no se traduce en un mayor apoyo a la familia o a la mujer para que la maternidad no suponga un obstáculo en su proyecto profesional y/o personal, sino muchas veces en una crítica velada al egoísmo de las mujeres, a los excesos de una sociedad individualista y hedonista, que antepone otros objetivos al de tener hijos/as.

Las políticas familiares deberían por tanto entenderse en un sentido amplio, como todas las políticas que promuevan la desmercantilización (la independencia del mercado de trabajo), no sólo de la unidad familiar, sino de cada uno de los miembros de esta unidad familiar (Añón y Miravet 2005: 112-113).

3. RAZONES A FAVOR DE UN HIPOTÉTICO DERECHO A SER CUIDADO

Tal y como se ha analizado, los cuidados sobre un recién nacidos/a no es el objeto que persiguen las legislaciones que abordan la paternidad y la maternidad en el ámbito de la protección social en nuestro ordenamiento jurídico. Tampoco parece que hasta el momento exista una responsabilidad estatal sobre los cuidados de esos nuevos/as ciudadanos/as, dentro de las funciones de justicia social que pertocan al Estado dentro del modelo de un Estado Social de Derecho. Tampoco parece ser un claro objetivo de las políticas sociales ni de soporte a la familia de ese estado de Derecho.

Más allá de la inclusión o no de los cuidados en general, y del cuidado de los recién nacidos/as en particular, como objeto del derecho regulativo o de las políticas sociales de este Estado Social de Derecho, ¿se podría llegar a considerar que el cuidado como un nuevo derecho social?

Los derechos sociales no siempre forman parte del elenco de derechos fundamentales positivizados en las Constituciones de los Estados Sociales de Derecho. Su propia naturaleza como derecho fundamental es controvertida, ya que los textos constitucionales los han positivizado como normas programáticas o criterios informadores de los legisladores y poderes públicos, y se entiende que más que obligaciones jurídicas derivadas del derecho positivo, se trata de compromisos políticos de futuro (Pisarello 2007).

Las constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, entre ellas la española, recogen como fundamentales los derechos civiles y políticos: «los derechos fundamentales y libertades públicas «y los derechos económicos, sociales y culturales» como «principios rectores de la política social y económica»³⁴, donde no hay el mismo nivel de exigibilidad al Estado para garantizar su efectividad, se trata tan solo de principios programáticos y no derechos, puesto que no están protegidos a través del recurso de amparo. Entre estos principios rectores están cuestiones tan importantes como la protección de la familia (art. 39 CE), la seguridad social (artículo 41 CE) y el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE). Esta dualidad de derechos devalúa los derechos sociales a «mera retórica jurídica». Y su efectivo cumplimiento depende de la «voluntad puntual de los gobernantes», o de la «disponibilidad de recursos», término en el que se ampara la discrecionalidad de los poderes públicos.

Hay una posición (que comparten entre otros autores como Martínez de Pisón 2006; Añón 2002; Pisarello 2007) que defienden el carácter fundamental de los derechos sociales positivizados en la Constitución española (CE)³⁵, a pesar de que se hacen eco de que la posición mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido más estricta, al entender como fundamentales sólo los comprendidos entre los artículos 14 y 29 de la CE, sujetos a la reserva de Ley Orgánica, sujetos a la tutela judicial inmediata y al recurso de amparo³⁶.

³⁴ A excepción del derecho fundamental a la educación (art. 27 CE) o el derecho a la huelga (art. 28.2 CE), tradicionalmente clasificados como derechos sociales y que, en cambio, en la Constitución española se consideran derechos fundamentales junto con otros derechos de carácter más civil y político.

³⁵ Entienden que esta positivización de los derechos sociales en la Constitución española se encuentra en los principios constitucionales programáticos del preámbulo; en los principios rectores de la política social y económica de los artículos 9.2 y 39 al 52 CE.

³⁶ Artículo 53. CE:

«1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso,

La fundamentación de estos derechos sociales como derechos fundamentales se defiende a través del argumento de las necesidades básicas³⁷ (Contreras 1994; Añón, 2002; Añón y García Añón 2002; Añón y Miravet 2005; Martínez de Pisón 2006). Los derechos sociales se consideran derechos fundamentales porque igual que los derechos civiles y políticos, dan respuesta a necesidades básicas de los ciudadanos. Necesidades que, si no se ven satisfechas, también impiden que estos ciudadanos puedan ser autónomos, ciudadanos activos y llevar una existencia con un mínimo de dignidad humana³⁸. Las necesidades básicas lo son en la medida en que su privación deja al individuo sin algo imprescindible para ser un ser libre que puede tomar sus decisiones sin ningún factor condicionante (Martínez de Pisón 2006: 136).

El problema está en determinar qué necesidades básicas se traducen en derechos sociales, porque no todas las necesidades generan automáticamente al Estado una obligación de prestación³⁹. Se defiende que aquellas necesidades que cuentan con un amplio consenso social sobre su importancia para la sociedad, se convierten en necesidades básicas susceptibles de ser derechos sociales (Martínez de Pisón 2006:139). Este consenso social se conseguiría a través de diálogo y comunicación social, como la ética dialógica, comunicativa o intersubjetiva que autores como Habermas (1989) han descrito como ideales de debate y formación de la voluntad social en un Estado.

Aunque esta forma de decidir sobre cómo jerarquizar las necesidades sociales, es decir, cuáles son las que podrán obtener una respuesta por parte de la actuación estatal (sobre las que se elaborarán leyes y/o políticas públicas) también puede ser injusta, porque el ideal de deliberación de Habermas o la formación de la voluntad política de Rawls, pueden excluir a determinados segmentos de la sociedad. Esta exclusión puede darse en situaciones de «dictadura de las necesidades» (Heller 1996) cuando un grupo o grupos de personas determina cuáles deben ser las necesidades

a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. [...]»

³⁷ No tengo constancia sobre ningún autor/a haya defendido el derecho al cuidado como un derecho social. Los mayores esfuerzos de fundamentación de un derecho social como derecho fundamental se han realizado por ejemplo alrededor del derecho a la salud, prestación universal del Estado de Bienestar español que goza de un amplio consenso social.

³⁸ Estas necesidades se caracterizan por ser básicas, es decir, que se corresponden con exigencias imprescindibles para llevar una vida humana digna; son objetivas, porque no responden a deseos o preferencias, sino que su privación es externa al individuo y constatable; son generalizables, porque son comunes a toda la población; y son históricas, porque surgen en un momento histórico determinado, en un espacio concreto y pueden variar con el tiempo.

³⁹ A pesar de que todas las necesidades son reales, pero debido a la escasez de recursos y de posibilidades de actuación del Estado, es necesario limitar cuáles son las necesidades que sí pueden ser cubiertas por el Estado (HELLER 1996; AÑÓN 1998).

satisfechas para cada segmento de la población, sin que ese segmento siquiera tenga consciencia de que esas son las necesidades que deben ser atendidas por el Estado⁴⁰.

Muchas de las políticas sociales que pretenden responder a necesidades sociales, como por ejemplo las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral, o las políticas de promoción del empleo femenino, políticas de soporte a la familia, o políticas de protección de la maternidad, anuncian que han sido elaboradas para dar respuesta a las necesidades de las mujeres. Pero ni son sólo las mujeres quienes tienen esas necesidades, ni las mujeres tienen consciencia de que son sus necesidades⁴¹, ni seguramente debería formularse como necesidades o carencias. Las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral intentan solucionar una descoordinación e incoherencia entre los tiempos de trabajo y los tiempos de vida personal en los que se organizan nuestras sociedades. Asumiendo que los cuidados son responsabilidad exclusiva de las mujeres, terminan culpabilizando o convirtiendo esta descoordinación en un problema de las mujeres, y no en un problema y una desincronización de tiempos y formas de organización de toda la sociedad. De igual manera, muchas de las políticas familiares, de promoción del empleo femenino o de protección de la maternidad, dan por sentado, por natural y por indiscutible la responsabilidad en exclusiva de las mujeres sobre todo lo que tenga que ver con la satisfacción de los cuidados de las personas en la sociedad, y convierten una vez más las necesidades de todos los seres humanos que viven en una sociedad, en un problema, un déficit, un obstáculo, a veces ni siquiera llega a la categoría de necesidad, únicamente de las mujeres.

¿Podría ser una legislación sobre el cuidado una consecuencia de la obligación del Estado de garantizar los cuidados en una sociedad? Si fuera así los cuidados se entenderían como una necesidad individual pero social a la vez, que el Estado debe garantizar para que se cumpla el principio de igualdad, y la función de tutela de un Estado Social de Derecho que asegura un mínimo de bienestar a la sociedad. Estaríamos por tanto defendiendo el reconocimiento de un nuevo

⁴⁰ No hay garantías que nos aseguren que las mujeres participan en el debate ideal de deliberación habersiana o en la formación de la voluntad política en igualdad de condiciones. El déficit de participación de las mujeres en la esfera pública, y en particular, en los espacios políticos ha sido demostrado por numerosos autores/as (ver Rubio 2006; Mackinnon 1989; Sevilla 2004).

⁴¹ En investigaciones sociológicas a madres y mujeres sobre estas cuestiones (ver, por ejemplo IGAREDA 2009), las mujeres entrevistadas muestran la doble jornada que sufren por ser responsables del trabajo de cuidado casi en solitario, los obstáculos que en su realización profesional y personal esto supone, pero no exigen más políticas de conciliación de vida familiar y laboral, sino que consideran que debería ser un objetivo de justicia social un reparto más equilibrado de dichas responsabilidades o piden otras formas de organización social y laboral que no convirtieran en incompatibles la vida familiar y laboral.

derecho social, el derecho al cuidado. El acceso y la cobertura pública de los cuidados se convertirían así en una prestación más del Estado de Bienestar, equiparándolo a un derecho social como el derecho a la sanidad o a la educación⁴².

Pero esto es difícil que suceda en nuestra sociedad y en nuestro actual modelo de Estado de Bienestar porque en primer lugar, los cuidados no se identifican como necesidades básicas. En segundo lugar, no parece haber un consenso social sobre si los cuidados constituyen verdaderas necesidades básicas para la supervivencia humana. Y en último lugar, y en parte por las razones anteriores, el derecho a ser cuidado, o el derecho a ser objeto de cuidados durante determinados periodos de la vida de un individuo, está lejos de construirse como un derecho social.

Utilizando como ejemplo el cuidado de los nuevos/as ciudadanos/as, se observa que el Estado y sus leyes protegen, en realidad, el crecimiento económico y el mercado de trabajo capitalista. Y abordan el interés del menor, las necesidades de cuidado de este menor, y la maternidad y la paternidad como accidentes de la vida de las personas que deben encajar en el sistema social y económico. Todo esto aprovechándose de los beneficios que la desigualdad de género en los cuidados le proporciona, realizando de manera gratuita, desinteresada e invisible una labor imprescindible de mantenimiento de la especie humana.

A pesar de ello, sería una exigencia de justicia social impulsar un cambio de paradigma desde una legislación centrada en la protección de la maternidad, la paternidad y la conciliación a una legislación sobre el cuidado dentro del marco de un Estado Social de Derecho. La legislación existente que focaliza la protección de la maternidad perpetúa una actuación tradicional del derecho de falsa protección a las mujeres. En todo caso, lo que está permitiendo es que bajo unas supuestas necesidades específicas y únicas del sexo femenino (que únicamente estarían justificadas desde un punto de vista estrictamente biológico de protección física durante el embarazo, parto y lactancia en el caso de hijos/as biológicos), se mantenga la división sexual de trabajo, la preservación del rol femenino de cuidadoras, y el mantenimiento al fin y al cabo de un sistema social de explotación de las mujeres puesto que en su mayoría llevan a cabo de manera invisible y gratuita, los trabajos de cuidado imprescindibles para el mantenimiento de la vida humana.

En un Estado Social de Derecho, donde el derecho a la igualdad de mujeres y hombres es un principio y un derecho fundamental exigible,

⁴² Las actuales prestaciones públicas de cuidado infantil, el porcentaje de niños/as menores de tres años en centros públicos, así como la deficitaria e incompleta aplicación de la ley de Dependencia muestran un panorama bastante alejado del reconocimiento del derecho al cuidado como un derecho social incluido en el Estado de Bienestar español.

y donde al Estado se le exige una actuación tendente a garantizar un nivel mínimo de bienestar en el que las necesidades básicas de la ciudadanía estén satisfechas, debería exigirse una legislación que estableciera el derecho a ser cuidado de todo/a ciudadano en el periodo de su vida como menor, en los que el individuo no tenga la autonomía suficiente para garantizar su propia supervivencia. Muchos de los argumentos aquí utilizados serían válidos para extender este hipotético derecho a ser cuidado en todos los demás periodos de la vida donde las personas son dependientes. Nuestro modelo de Estado no debería seguir tolerando, por ejemplo, que la asunción de los cuidados de los menores siga siendo una responsabilidad casi en exclusiva de las mujeres. Tampoco debería seguir manteniéndose unos sistemas de organización social, laboral y familiares que permiten estas situaciones de desventaja entre hombres y mujeres sólo por el hecho de que unas pueden embarazarse y parir.

El titular de ese derecho a ser cuidado debería ser por tanto el recién nacido, y el Estado debería ser responsable mediante la intervención legal de que ese derecho fuera satisfecho de la mejor manera posible, incluyendo la necesidad afectiva de ser cuidado por ambos progenitores. La necesidad básica de ser cuidado durante este periodo de la vida del nuevo ser humano justificaría la existencia y formulación de este nuevo derecho social, al igual que en nuestros actuales modelos de Estados Sociales de Derecho es incuestionable la existencia de un derecho social que garantiza la necesidad básica de protección de la salud o de educación de todo ciudadano/a.

Tampoco creemos que la formulación de este nuevo derecho social implicaría una injerencia ilegítima del Estado en la esfera privada de las personas y un límite a su libertad y a sus decisiones relativas a la procreación. Es más, en todo caso supondría una actuación estatal dirigida a asegurar un verdadero ejercicio del derecho fundamental de la libertad (art. 17 CE), la igualdad (arts. 14 y 9.2 CE), y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE).

No puede desconocerse la dificultad de articular jurídicamente este derecho a ser cuidado/a: quiénes serían titulares de este derecho, qué derechos y deberes tendrían los progenitores respecto al derecho a ser cuidado de ese nuevo ciudadano, cómo se financiarían los costes de ese nuevo derecho dentro de un Estado Social de Derecho en permanente crisis y revisión, así como qué tipo de prestaciones se entenderían incluidas en este nuevo derecho. Éste es, sin embargo, un reto que excede a los objetivos del presente artículo y necesitaría de un profundo estudio y debate.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALBERT, R.; ESCOT, L.; FERNÁNDEZ, J.A.; POZA, C.: «El permiso de paternidad y la desigualdad de género. Propuestas de reforma para el caso de España», *EAWP: Documento de trabajo en análisis económico = Economical Analysis Working Papers*, Vol. 7, núm. 13, 2008, pp. 1-25.
- AMORÓS, C.: «Hongos hobbesianos, setas venenosas», *Mientras Tanto*, 48, 1992, pp. 59-67.
- ALMEDA, E.: *Les Famílies monoparentals a Catalunya: perfils, necessitats i percepcions*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Benestar i Família, 2004.
- AÑÓN, M.J.: «De las necesidades radicales a las necesidades humanas», *Daimon: Revista de Filosofía*, núm. 17, 1998, pp. 53-69.
- «Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 6-2002, 2002.
- AÑÓN, M.J. y GARCÍA AÑÓN, J. (coord.): *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- AÑÓN, M.J. y MIRAVET, P.: *Derecho, justicia y estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- ATIENZA, M.: *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.
- BACCHI, C.L.: *Same difference: feminism and sexual difference*, Australia, Allen & Unwin, 1990.
- BIRKE, L.; HIMMELWEIT, S.; VINES, G.: *El niño de mañana*, Barcelona, Pomares, 1990.
- BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980.
- BODELÓN, E.: «Los límites de las políticas de igualdad de oportunidades y la desigualdad sexual: la familia como problema distributivo y de poder» de Ana Rubio y Joan Herrera (coord.), en *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 2006, pp. 193-222.
- «Leyes de igualdad en Europa y transformaciones de la ciudadanía» en Daniela Heim y Encarna Bodelón, *Género, Derecho e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Barcelona, Grupo Antígona, 2010, pp. 9-27.
- BOLTANSKI, L.: *Prime Éducation et Morale de Classe*, París, École Pratique Des Hautes Études, 1969.
- BUSTELO, M. y LOMBARDO, E.: *Políticas de igualdad en España y en Europa*, Madrid, Cátedra, 2007.
- CALVO GARCÍA, M.: «Paradojas regulativas», en M.^a José Añón, Manolo Calvo; Roberto Bergalli; Pompeu Casanovas (eds.), *Derecho y Sociedad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 99-130.
- CARVER, TERRELL: «A political theory of gender», en Vicky Randall y Georgina Waylen (eds.), *Gender, Politics and the State*, London and New York, Routledge, 1998, pp. 18-28.
- CONTRERAS, F. J.: *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994.
- DE LUCAS, J. (coord.): *Introducción a la teoría del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- ESCOBEDO CAPARRÓS, A.: «Políticas de licencias parentales y de atención infantil para los menores de tres años y sus familias: el caso español en el contexto internacional», en Pazos Morán, M. (dir.), *Economía e igualdad*

- de géneros: retos de la Hacienda Pública en el siglo XXI, Madrid, Instituto de Políticas Fiscales, 2008.
- ESPING-ANDERSEN, G.: *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, New Jersey, Princeton University Press, 1990.
- *Social Foundations of Postindustrial Economies*, New York, Oxford University Press, 1999.
- ESPUNY, M.J.: «Aproximación histórica al principio de igualdad de género: propósitos y realidades en la II República española (I)», *IUSLabor* 3/2006.
- FERBER, M. y NELSON, J. (eds.): *Más allá del hombre económico; economía y teoría feminista*, Madrid, Cátedra, 2004.
- FLAQUER, L.: *El destino de la familia*, Barcelona, Ariel, 1998.
- *La Estrella menguante del padre*, Barcelona, Ariel, 1999.
- (ed.): *Políticas familiares en la Unión Europea*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2002.
- FLAQUER, L., ALMEDA, E., NAVARRO, L.: *Monoparentalitat i infància*, Barcelona, Fundació La Caixa, 2006.
- FROMM, E., HORKHEIMER, M., PARSONS, T. et al.: *La Familia*, Barcelona, Península, 1972.
- GALA, C. (2007): «El seguro obligatorio de maternidad», en María Ysàs Solanes (coord.) *Segona República i Món Jurídic*, Barcelona, Cálamo, 2007, pp. 89-110.
- GARCÍA CALVO, M.: «Paradojas regulativas: las contradicciones del derecho en el Estado intervencionista», en M.^a José Añón; Roberto Bergalli; Manolo Calvo; Pompeu Casanovas (coord.), *Derecho y Sociedad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 99-130.
- GARCÍA INDA, A. y SUSÍN BETRÁN, R.: «Políticas sociales y derecho» de M.^a José Añón; Roberto Bergalli; Manolo Calvo; Pompeu Casanovas (coord.), *Derecho y Sociedad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 131-180.
- GÓNZALEZ REVILLA, G.: *La protección de la infancia abandonada*, Bilbao, S.A. Tipografía Popular, 1907.
- GIL RUIZ, J.M.: *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Madrid, Dykinson, 2008.
- HABERMAS, J.: *Teoría de la Acción Comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, Tecnos, 1989.
- HELLER, A.: *Una revisión de la teoría de las necesidades*, Barcelona, Paidós, 1996.
- HOLTMAAT, R.: *To care for a right? The analysis of the political legal discourse on social assistance*, Zwolle, W.E.J Tjeenk Willink, 1992.
- HOOK, J.L.: «Care in Context: Men's Unpaid Work in 20 countries, 1965-2003», *American Sociological Review*, 71 (August), 2006, pp. 639-660.
- IGAREDA, N.: *De la protección de la maternidad a la legislación del cuidado*, Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, disponible en <http://www.seg-social.es/stpri00/groups/public/documents/binario/115785.pdf>, 2009.
- IZQUIERDO, M.J.: *El Malestar en la desigualdad*, Madrid, Cátedra, 1998.
- LAPORTA, F.J.: *El imperio de la ley: una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- LEWIS, J. (ed.): *Gender, Social Care and Welfare State Restructuring in Europe*, England, Ashgate, 1998.
- LUCAS VERDÚ, P.: *La lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, Real Colegio de España, 1975.
- MACKINNON, C.: *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Cátedra, 1989.

- MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: «El derecho a la salud: un derecho social esencial», *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 14, 2006, pp. 129-150.
- MEIL, G.: «La participación masculina en el cuidado de los hijos en la nueva familia urbana española», *Papers*, 53, 1997, pp. 77-99.
- «Los desafíos al sistema de protección social derivados de la postmodernización de la familia», en Flaquer, Lluís (ed.): *Políticas familiares en la Unión Europea*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2002, pp. 27-56.
- MURILLO, S.: *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*, Madrid, Siglo XXI, 1996.
- OKIN, S.: *Justice, Gender and the Family*, Basic Books, Great Britain, 1989.
- PATEMAN, C.: *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos, 1995.
- PEREZ DEL RÍO, T.: «La Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres» en http://www.juntadeandalucia.es/empleo/car/boletin/numero9/boletin_acl_9_ley_organica3-2007.pdf, 2010.
- PEREZ LUÑO, A.E.: «Ciudadanía y definiciones», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2002, pp. 177-211.
- PICONTÓ, T.: «Sociología jurídica de la familia», en M.^a José Añón, Manolo Calvo, Roberto Bergalli, Pompeu Casanovas (eds.), *Derecho y Sociedad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, pp. 655-686.
- PISARELLO, G.: *Los Derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- PITCH, T.: *Un derecho para dos: la construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta, 2003.
- RUBIO, A.: «Ciudadanía y sociedad civil: avanzar en la igualdad desde la política», en Ana Rubio y Joan Herrera (coord.), *Lo público y lo Privado en el contexto de la Globalización*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 2006, pp. 23-66.
- «Los costes sociales de la desigualdad y de la individualización en la familia», *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 32, 2008, pp. 77-96.
- RUIZ MIGUEL, A.: *El aborto: problemas constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- SEVILLA MERINO, J.: *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Valencia, Institut Universitari d'Estudis de la Dona, 2004.
- TEUBNER, G.: *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, Walter de Gruyter, 1986.
- VALDÉS, F.: «La prohibición de discriminación: una cualificada expresión del moderno ius gentium», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2008, págs. 55-68.
- TOBÍO, C.: *La atención al cuidado en España. Un reto para el siglo XXI*, Barcelona, Obra Social la Caixa, 2010.
- VERLOO, M. y LOMBARDO, E.: «Contested gender equality and policy variety in Europe: Introducing a Critical Frame Analysis Approach», en Mieke Verloo (ed.), *Multiple meanings of gender equality. A critical frame Analysis of gender policies in Europe*, Budapest, Central European Press, 2007, pp. 21-49.
- WALBY, S.: *Theorizing patriarchy*, Oxford, Blackwell, 1990.

Fecha de recepción: 31/03/2011. Fecha de aceptación: 8/10/2011.