

El trabajo doméstico y del cuidado: informalidad y
fronteras de laboralidad

Claudia Patricia Alvarado Bedoya

TESIS DOCTORAL UPF / 2017

DIRECTORA DE LA TESIS

Dra. Julia López López

DEPARTAMENTO DE DERECHO



*A mis padres y hermanos
y a mi querido compañero de camino, Jorge*

AGRADECIMIENTOS

ESTA INVESTIGACIÓN DOCTORAL NO HABRÍA sido posible sin la dirección de la profesora JULIA LÓPEZ LÓPEZ. Quiero agradecer especialmente a la profesora JULIA LÓPEZ LÓPEZ por su trabajo constante y acompañamiento académico durante estos años. Además, por orientarme y poner el foco en un tema tan apasionante y en el que quiero seguir trabajando. Asimismo, agradezco a SERGIO CANALDA y ALEXANDRE DE LE COURT por su amabilidad y por su apoyo durante mi experiencia docente y proceso doctoral. También quiero agradecer a MONTSE SOLÈ, mi compañera doctoral en el área de derecho del trabajo, por su complicidad en los temas de investigación. Finalmente, quiero agradecer la confianza, motivación y amistad de FRANZ EBERT, a quien conocí en el grupo de investigación y a las profesoras y profesores del área del derecho del trabajo y del Grup de Recerca en *Dret del Treball i de la Seguretat Social* (GREDT²ISS).

Esta investigación doctoral se realizó en el marco del programa del Doctorado en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Quiero agradecer la colaboración y el cariño de todas las profesoras, profesores y del personal administrativo con quienes compartí durante estos años en la UPF en el marco de mi vinculación como asistente a la investigación.

Encontrar un tema o interés que nos motive no es fortuito. En mi caso, mi experiencia como abogada de la Corte Constitucional de Colombia marcó de manera decisiva mi formación e inclinación hacia un tema concreto: las trabajadoras y trabajadores excluidos, los invisibles, los informales y la idea de que el Derecho tenía que contribuir a su visibilización y protección. Durante mi paso por la Corte, muchas personas confiaron en mí y en mi trabajo. Para JUAN ANDRÉS SOLANILLA, EDGAR BOJACÁ, YEFFERSON MAURICIO DUEÑAS y JORGE IVÁN PALACIO toda mi gratitud y cariño.

Muchas gracias a quienes han hecho de las bibliotecas lugares vivos y mi lugar de trabajo durante estos años, a las bibliotecarias y bibliotecarios de la UPF, del *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, del *Consell de Garantías Estatutàries* de Catalunya, del Colegio de Abogados de Catalunya, la Biblioteca Nacional de Catalunya y de las fantásticas e inspiradoras bibliotecas de barrio. Estos son lugares de refugio donde caben todas y todos. No es posible nombrar a todas las personas que conocí y que me ayudaron, pero quiero agradecer especialmente a MARÍA TERESA MASSAS de la biblioteca del *Consell de Garantías Estatutàries* de Catalunya.

Agradezco a los amigos y amigas que hicieron que en Barcelona me sintiera como en casa. A JOAN ROSELLÓ, MAR ESCARDÓ, ESTHER ANGELS, PABLO BARREDA y PERE RIPOLL. Gracias por su hospitalidad, por abrir las puertas de sus casas, compartir un espacio en sus mesas, acompañarme en tantos momentos importantes y, sobre todo, no permitir que me sintiera

sola. Mi eterna gratitud a las personas y familias que estando lejos de casa me enseñaron que lo humano es lo primero y lo más importante.

Barcelona también es un lugar de encuentro. Por eso quiero agradecer a todas las personas con las que coincidí en esta ciudad y que hoy son grandes amigos. A INDIRA LATORRE, FELIPE REY y JUAN HERRERA: gracias por compartir conmigo la experiencia doctoral en la UPF, por ser tan buenas personas, por las charlas, la convicción y por la seriedad en lo que hacen. Nuestros temas de investigación tienen un punto en común: las ganas de hacer cosas por Colombia. Es esperanzador y motivante haberlos conocido.

La confluencia de los dos elementos: bibliotecas y amigos, no es otra cosa que alquimia. Gracias a ARNULFO MATEOS, ANA MARTÍNEZ, JESÚS BECERRA, DOUGLAS ZAIDAN, OMAR VÁZQUEZ, JUAN CARLOS COVILLA, BOLÍVAR PORTUGAL y KASSANDRA SOTO. Ustedes se han convertido en mi familia, en mi soporte emocional día a día. A todos mis amigos latinoamericanos, mi gratitud infinita. A mi querido y buen amigo GUSTAVO ZAVALA: gracias por la transparencia, la paciencia y las palabras siempre correctas y atinadas, por ser tan bueno con todos nosotros. Hoy puedo decir, con absoluta seguridad, que todos ustedes son un tesoro que encontré en este proceso doctoral y eso ya hace que haya valido la pena, no encuentro una manera para agradecerles por tanto.

A mis amigos y amigas que me acompañaron en la distancia: PAOLA TORRES, mi amiga querida, por el cariño infinito que sentí en cada momento durante este tiempo; mi cable a tierra. Gracias también a todas mis amigas de la Universidad y a mis amigas y amigos de la Corte Constitucional de Colombia, especialmente, a ANDREA CUERVO y ELENA MARÍA ESCOBAR.

Esta tesis doctoral es producto y parte de un proyecto común que empezamos a construir con JORGE. En este proyecto muchas personas y familias son partícipes y soporte para que este barco llegara a buen puerto. A todas las personas y familias que nos apoyaron en este proyecto: NÉSTOR OSUNA, MAGDALENA CORREA y HUMBERTO SIERRA PORTO, muchas gracias. A la familia de JORGE, especialmente a GRACIELA ROA, LISNEY PÁEZ y ALBERTO ROA, gracias por su cariño y apoyo.

A JORGE, mi compañero de camino toda mi gratitud. Su amor, compañía, trabajo, sacrificio y apoyo incondicional fueron esenciales en este proyecto que él hizo común y posible. En sus palabras de aliento, en su mano siempre tendida y firme para caminar juntos encontré una fuerza inquebrantable, un apoyo emocional que no tenía límite. Tengo en él al amor de mi vida, al mejor amigo y compañero doctoral que se pueda tener. Su humanidad, cariño, generosidad y compromiso por lo que hace, sus ganas de construir dan muestra de su grandeza y de lo afortunada que soy. A él todo mi amor, admiración y agradecimiento.

Fueron muchos años en los que estuve fuera de casa. Esta ausencia implicó un sacrificio inmenso para mi familia que ha tenido que soportar la distancia en momentos en los cuales

Agradecimientos

nos habría gustado compartir juntos. Sin embargo, tuve en ellos la tranquilidad y la libertad para vivir y hacer todo lo que me propuse. No tuve un solo día de angustia generado por ellos, por el contrario, sí muchas alegrías. Siempre recibí sus voces de aliento para terminar este proceso y su amor en la distancia fue un viento tranquilo que movió el barco hasta donde está ahora. Mis padres y hermanos, OMAR, PATRICIA, ALEJANDRO y CAMILO: ustedes son mi raíz, mi motor y mi razón de ser y por eso les dedico el esfuerzo de estos años.

RESUMEN

ESTA TESIS DOCTORAL AFIRMA QUE EL TRABAJO DOMÉSTICO y del cuidado no remunerado es un trabajo informal. En este sentido, es necesario buscar mecanismos jurídicos, sociales y económicos para visibilizarlo. Visibilizar este trabajo es un asunto de derechos humanos, de igualdad de género y de justicia social en el que el derecho del trabajo tiene un aporte esencial. En este sentido, en esta investigación se sostiene que las fronteras de laboralidad son fronteras móviles e ideológicas y que existen mecanismos jurídicos que permiten y facilitan la visibilización de este trabajo.

Este proceso se puede hacer a través de instrumentos proferidos desde distintos niveles institucionales de regulación y con distinto valor jurídico y exigibilidad. Por consiguiente, en esta tesis doctoral se hace especial énfasis en reconocer las diferentes aristas y contenidos del derecho universal al cuidado como un mecanismo esencial para la agencia y efectiva libertad de las personas cuidadoras. Además, se resalta la importancia del nuevo marco regulatorio de la OIT como un mínimo ético que debe incluir el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado e informal y tener en cuenta sus implicaciones.

Finalmente, esta investigación advierte sobre la importancia de la protección y exigibilidad de los derechos humanos, laborales y sociales, como un mecanismo efectivo para avanzar hacia la visibilización, reconocimiento y protección efectiva de los cuidadores de personas en situación de dependencia. Especialmente, para los cuidadores informales de familiares, vecinos y amigos que con su trabajo no buscan una retribución económica.

ABSTRACT

THIS DOCTORAL THESIS POINTS OUT THAT UNPAID care and domestic work is informal work. Therefore, it is necessary to seek legal, social and economic mechanisms to make it visible. Making this type of work visible is a matter of human rights, gender equality and social justice, where labour law makes an essential contribution. In this sense, the argument of this research is that the boundaries of labour work are mobile and ideological boundaries and that there are legal mechanisms that allow and facilitate the visibility of this kind of work.

This process can be done through instruments issued from different levels of institutional regulation and with different legal value and enforceability. Therefore, this doctoral thesis gives special emphasis to the recognition of the different aspects and content of the universal right to care as an essential mechanism for the agency and effective freedom of caregivers. In addition, it stresses the importance of the new ILO regulatory framework as an ethical minimum that should include informal and unpaid domestic and care work and take into account its implications.

Finally, this research highlights the importance of the protection and enforceability of human rights, labour rights, and social rights, as an effective mechanism towards the visibility, recognition and effective protection of caregivers of persons in a condition of dependence. Particularly for informal caregivers of relatives, neighbors and friends, who with their work do not seek an economic retribution.

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| Agradecimientos | v |
| Resumen | ix |
| Índice | xi |
| Capítulo I. Capítulo introductorio: la informalidad como un fenómeno heterogéneo y su vinculación con el trabajo doméstico y del cuidado | 1 |
| 1. Algunos debates sobre informalidad y trabajo: apuntes sobre la evolución y construcción del concepto | 3 |
| 1.1. Contexto histórico y los primeros estudios sobre el fenómeno de la informalidad | 4 |
| 1.2. Las principales teorías clásicas sobre la informalidad | 8 |
| 1.3. El dilema del sector informal y la transición hacia la economía informal | 12 |
| 1.4. La pobreza e impacto de género: elementos predominantes de la informalidad | 18 |
| 1.5. Nuevas perspectivas sobre la informalidad en el marco de la globalización: la superación del criterio mercantil y el reconocimiento del trabajo doméstico y del cuidado familiar como un trabajo informal | 27 |
| 2. La vinculación de los modelos de atención a la dependencia y el impacto de género en el trabajo doméstico y del cuidado | 33 |
| 2.1. Los cinco eslabones de la división social del cuidado | 34 |
| 2.2. La reducción del papel del Estado como proveedor de cuidado en los Estados de bienestar y el impacto de género en la división social de los cuidados | 40 |
| 2.2.1. Las mujeres frente al cuidado | 41 |
| 2.2.2. El ‘efecto cascada’ o de la progresiva reducción de la protección de los derechos | 46 |
| 2.2.3. La individualización de los riesgos de la dependencia y las consecuencias de la mercantilización del trabajo doméstico y del cuidado | 50 |
| 2.2.4. La ‘estratificación de los cuidados’ | 54 |
| Capítulo II. Las fronteras de laboralidad en el trabajo doméstico y del cuidado: análisis desde una perspectiva de género | 61 |
| 1. Las fronteras del derecho del trabajo y la informalidad: el caso del trabajo doméstico y del cuidado | 62 |
| 1.1. La informalidad como categoría adecuada para ubicar el trabajo doméstico y del cuidado familiar en el mundo del trabajo | 63 |
| 1.2. La transversalidad de género en el análisis de las fronteras de laboralidad | 66 |
| 1.3. Los límites de protección del derecho laboral clásico y la urgencia de un derecho del trabajo más incluyente | 71 |
| 1.4. Transformaciones y cambios sociales en el mundo del trabajo y su incidencia en las fronteras de laboralidad en el trabajo doméstico y del cuidado | 74 |
| 2. Las fronteras del derecho del trabajo y la importancia de proteger a quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado en su vertiente remunerada y no remunerada | 78 |

| | | |
|--------|---|-----|
| 2.1. | La difuminación de las fronteras de laboralidad en el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado | 78 |
| 2.1.1. | Los elementos del trabajo del cuidado: el cuidado como un trabajo que tiene valor..... | 80 |
| 2.1.2. | Visibilización desde un enfoque económico: la economía del cuidado | 86 |
| 2.1.3. | Visibilización del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado como un asunto de justicia | 88 |
| 2.1.4. | La necesidad de deconstruir las fronteras de laboralidad en el caso del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado a través de su reconocimiento como parte de la economía informal. | 93 |
| 2.2. | La relación inescindible entre el trabajo doméstico y del cuidado remunerado y no remunerado | 99 |
| 2.2.1. | La invisibilidad del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado y el ‘efecto espejo’ | 100 |
| 2.2.2. | El reconocimiento del trabajo doméstico y del cuidado remunerado y el ‘efecto irradiador’ | 102 |

Capítulo III. El cambio de enfoque internacional frente a la informalidad y el lugar del trabajo doméstico y del cuidado. la necesidad de un análisis de contexto: la Unión Europea como ejemplo de visibilización y España y Colombia como casos de estudio 105

1. El marco regulatorio de la OIT para hacer frente a la informalidad y la protección del trabajo doméstico y del cuidado..... 107

| | | |
|------|--|-----|
| 1.1. | El núcleo del derecho del trabajo en el nuevo marco regulatorio de la OIT: los derechos laborales fundamentales | 109 |
| 1.2. | El trabajo decente como respuesta institucional a la informalidad: la protección de todo el trabajo humano | 111 |
| 1.3. | La garantía de unos derechos mínimos de protección social (<i>social protection floor</i>) para todas las personas | 115 |

2. La visibilización del trabajo doméstico y del cuidado en el marco de una relación de empleo: instrumentos internacionales.....121

| | | |
|------|---|-----|
| 2.1. | La protección convencional del trabajo doméstico: los derechos laborales como derechos humanos | 126 |
| 2.2. | Ámbito y alcance de la protección al trabajo doméstico en el Convenio 189 y en la Recomendación 201 de la OIT | 129 |

3. El trabajo doméstico y del cuidado en la Unión Europea: la transversalidad de género ante la tenue visibilización en las dos esferas de prestación 133

| | | |
|------|---|-----|
| 3.1. | Elementos generales de la política de la Unión Europea en relación con la ratificación del Convenio 189 de la OIT | 134 |
| 3.2. | El lugar del cuidador informal en el esquema social de la Unión Europea | 135 |

4. Ordenamientos jurídicos nacionales: la importancia del estudio de casos en España y Colombia..... 144

| | | |
|------|---|-----|
| 4.1. | Las cláusulas constitucionales de apertura al derecho internacional del trabajo en los ordenamientos jurídicos de España y Colombia..... | 145 |
| 4.2. | Los casos de España y Colombia: ejemplos de visibilización progresiva del trabajo doméstico y del cuidado en sus diferentes aristas de prestación | 148 |

Capítulo IV. El trabajo doméstico y del cuidado formal en España y Colombia: elementos del efecto cascada en la relación laboral..... 153

1. El trabajo doméstico y del cuidado en España: un ejemplo de alta segmentación y de formalización a través de normas especiales (el ámbito de protección del RD 1620/2011) 154

- 1.1. El perfil de los trabajadores y las trabajadoras del servicio del hogar familiar 155
- 1.2. El servicio del hogar familiar como una relación laboral de carácter especial: la regulación como mecanismo de formalización 158
- 1.3. El objeto y ámbito de aplicación del régimen de protección del trabajo del servicio del hogar familiar establecido en el Real Decreto 1620/2011..... 161

2. El régimen jurídico del trabajo del servicio doméstico en Colombia: un trabajo formal en un sistema normativo de excepciones y exclusiones y el impacto de la ratificación del convenio 189.....171

- 2.1. El perfil de quienes se dedican al trabajo del servicio doméstico en Colombia: la urgencia de análisis transversal e interseccional de género..... 172
- 2.2. Definición y objeto de regulación del trabajo del servicio doméstico en Colombia 174
- 2.3. Regulación del trabajo del servicio doméstico en Colombia en el régimen general del trabajo con excepciones y exclusiones..... 178
- 2.4. La ratificación del Convenio 189 de la OIT y su incidencia en el marco regulatorio del trabajo del servicio doméstico en Colombia..... 182
 - 2.4.1. Evolución normativa derivada de la ratificación del Convenio 189 182
 - 2.4.2. Evolución jurisprudencial en el ámbito de los derechos humanos derivada de la ratificación del Convenio 189 de la OIT 185

Capítulo V. Evolución normativa del trabajo doméstico y del cuidado informal en España y Colombia: zonas grises e invisibles como manifestación del efecto cascada191

1. La zona gris de regulación: entre la informalidad y la formalidad en el sistema de cuidadores no profesionales en España 192

- 1.1. El reconocimiento jurídico del cuidador no profesional: un ejemplo de transición hacia la formalidad basado en el derecho al cuidado..... 192
- 1.2. El cuidador no profesional: una modalidad específica, residual y subsidiaria 197
- 1.3. El cuidador no profesional como sujeto protegido por el derecho: Debates sobre la regulación, protección y visibilización 200
- 1.4. El objeto del cuidado no profesional, las acciones formativas y el contenido de las actividades básicas de la vida diaria 212
- 1.5. La transversalidad de género en la Ley de Dependencia en España..... 216
- 1.6. El impacto de género de la precariedad de las condiciones jurídicas del trabajo del cuidado no profesional en España: apuntes estadísticos 219

2. Procesos de transición e informalidad del trabajo doméstico y del cuidado: el progresivo reconocimiento del ámbito comunitario y familiar en el caso colombiano 224

- 2.1. La división social del cuidado frente a la garantía de los derechos laborales y sociales de quienes realizan el trabajo doméstico y del cuidado de manera informal en Colombia 226

| | | |
|--------|--|-----|
| 2.1.1. | El efecto cascada en los tres niveles de prestación de los cuidados y el impacto de género del cuidado familiar en Colombia | 229 |
| 2.1.2. | Vulnerabilidad, exclusión del mercado de trabajo y barreras para la reincorporación al mundo laboral | 231 |
| 2.1.3. | La vulnerabilidad de las personas cuidadoras informales: la pobreza y desigualdad con elementos definitorios..... | 235 |
| 2.2. | La figura de las madres comunitarias: abandono estatal y formalización progresiva | 236 |
| 2.2.1. | Las madres comunitarias: el abandono estatal de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado en la esfera comunal..... | 237 |
| 2.2.2. | Las madres comunitarias: transición progresiva de la informalidad hacia la formalidad. | 240 |
| 2.3. | El papel de la jurisprudencia constitucional en la visibilización de quienes trabajan en la informalidad: justicia transformadora | 243 |
| 2.4. | La jurisprudencia constitucional sobre el trabajo doméstico y del cuidado informal no remunerado realizado por familiares..... | 247 |
| 2.4.1. | Razones generales para analizar la jurisprudencia: contexto normativo limitado frente a actitud judicial moderadamente progresista | 248 |
| 2.4.2. | Razones específicas para analizar la jurisprudencia: las omisiones legislativas en materia de trabajo del cuidado y la alta demanda de justicia sobre atención a los dependientes..... | 251 |
| 2.4.3. | El contexto social y laboral en el que ocurren los casos: la deslaboralización | 253 |
| 2.4.4. | Intervención judicial creativa y moderada para proteger el derecho al cuidado y a los cuidadores | 256 |
| 2.4.5. | ¿El cuidado como contenido protegido por el derecho a la salud o como expresión de la solidaridad familiar? La invisibilidad de quien hace el trabajo del cuidado informal | 259 |
| 2.4.6. | Algunas objeciones en torno a la jurisprudencia sobre trabajo doméstico y del cuidado: solidaridad familiar, unidimensionalidad del cuidado, invisibilidad del cuidador y ausencia de un enfoque de género interseccional..... | 263 |
| 2.5. | El trabajo del cuidado en Colombia: últimas tendencias | 269 |
| 2.5.1. | Las estadísticas sobre el cuidado y el enfoque de la economía del cuidado | 269 |
| 2.5.2. | El trabajo doméstico y del cuidado no remunerado y el impacto de género en Colombia: algunos datos estadísticos..... | 274 |
| 2.5.3. | Apuntes finales sobre al cuidado en Colombia: la inequitativa división social del cuidado y el alto impacto de género en las mujeres más vulnerables de la sociedad | 279 |

Capítulo VI. Propuestas conclusivas: la visibilización y protección jurídica del trabajo doméstico y del cuidado informal 283

1. El trabajo doméstico y del cuidado informal como un asunto poliédrico y el derecho universal al cuidado 285

| | | |
|------|--|-----|
| 1.1. | El derecho humano a recibir cuidados | 290 |
| 1.2. | El derecho a decidir no cuidar y la garantía de trabajo decente y digno como manifestación de la agencia y de la autonomía..... | 294 |
| 1.3. | El derecho a cuidar con independencia del tipo de vinculación con el mercado de trabajo: otra garantía esencial para la agencia de las mujeres..... | 297 |
| 1.4. | El reconocimiento del trabajo doméstico y del cuidado informal como parte del derecho al cuidado: las fronteras móviles de laboralidad como un mandato para la igualdad..... | 302 |

2. La garantía de unos derechos mínimos indisponibles: una ruta hacia la transición del trabajo doméstico y del cuidado informal..... 305

| | | |
|-----------|---|------------|
| 2.1. | Los derechos laborales y sociales fundamentales en la protección de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado de manera informal | 306 |
| 2.2. | La consolidación de los derechos laborales y sociales fundamentales: una ética mínima universal para la protección de los excluidos..... | 308 |
| 3. | La protección de derechos laborales fundamentales y la exigibilidad política, legislativa y judicial de los derechos sociales: un marco normativo para la protección de los trabajadores informales | 311 |
| 3.1. | Los derechos laborales y sociales fundamentales y la protección reforzada de colectivos vulnerables: un marco jurídico de referencia para la protección de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado informal | 313 |
| 3.2. | La exigibilidad política de los derechos sociales y laborales fundamentales: el diálogo social como instrumento para la ampliación de las fronteras de laboralidad | 316 |
| 3.3. | La exigibilidad normativa o legislativa de los derechos laborales y sociales fundamentales y la garantía de un contenido mínimo indisponible: un punto de partida para avanzar hacia la protección de derechos en la informalidad..... | 321 |
| 3.4. | La exigibilidad judicial de los derechos laborales y sociales fundamentales y la progresiva visibilización de las personas que trabajan fuera de las fronteras de laboralidad..... | 323 |
| 3.4.1. | El problema de los mecanismos de protección de los derechos sociales: un obstáculo relativo para el avance en la protección de quienes trabajan en la informalidad | 323 |
| 3.4.2. | La exigibilidad de los derechos sociales y laborales fundamentales en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos: la protección del trabajo más allá de las relaciones de empleo | 326 |
| 3.4.3. | La respuesta europea e interamericana frente a la esclavitud moderna y el trabajo forzado: el enfoque jurisprudencial y la incidencia del análisis desde el trabajo doméstico y del cuidado...327 | |
| 3.4.4. | La protección de los derechos sociales y laborales fundamentales: el derecho a la igualdad, la prohibición de discriminación, la propiedad y la salud, algunos de los derechos que impulsan la protección jurisprudencial de todas las personas que trabajan..... | 330 |
| 3.4.5. | La protección de los derechos sociales laborales fundamentales: el uso dinámico de las fuentes del derecho internacional del trabajo como herramienta para impulsar y sustentar la protección de trabajadores informales | 332 |
| 4. | La transición de la informalidad a la formalidad en el trabajo doméstico y del cuidado y la reducción del déficit de protección..... | 335 |
| 4.1. | La contribución del derecho del trabajo a la garantía del derecho universal al cuidado | 336 |
| 4.2. | Instrumentos generales para la visibilización del trabajo doméstico y del cuidado informal en América Latina: el papel irradiador del Convenio 189 de la OIT | 339 |
| 4.3. | Los instrumentos específicos para la protección multinivel de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado informal en América latina | 342 |
| 4.4. | La protección multinivel de quienes realizan el trabajo doméstico y del cuidado informal: Colombia como un caso revelador de los diferentes niveles de interacción normativa | 348 |
| | Apuntes conclusivos, perspectivas y (más) retos | 353 |
| | Conclusive remarks, perspectives and (further) challenges..... | 357 |
| | Bibliografía Citada..... | 361 |
| | Jurisprudencia Citada..... | 385 |

Capítulo I

CAPÍTULO INTRODUCTORIO: LA INFORMALIDAD COMO UN FENÓMENO HETEROGÉNEO Y SU VINCULACIÓN CON EL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO

LA INFORMALIDAD SE HA UTILIZADO COMO UN concepto amplio que ha permitido agrupar a aquellos trabajos que se encuentran al margen de la protección social y excluidos de los derechos laborales porque no se ajustan a las normas del derecho laboral recogidas por los ordenamientos jurídicos nacionales. Los estudios más recientes han coincidido en que se trata de un fenómeno complejo y heterogéneo¹.

El concepto de trabajo informal está fuertemente vinculado con la inexistencia de una relación de empleo subordinada, dependiente y remunerada. El trabajo informal también implica la ausencia de una fórmula jurídica (e.g. un contrato) que permita exigir ante los tribunales los derechos laborales y sociales concretos del trabajador. La exclusión del reconocimiento de derechos, en estos casos, se fundamenta en la atipicidad de la actividad, en la supuesta carencia de valor social y económico de un determinado trabajo y en las limitadas fronteras de laboralidad.

En esta tesis se sostendrá que el trabajo doméstico y del cuidado, tanto en su esfera remunerada como no remunerada, es una de las actividades que presenta un mayor grado de informalidad. En efecto, como se verá a lo largo de toda esta investigación, el cuidado se ha caracterizado por ser un trabajo invisible, realizado prevalentemente por mujeres quienes, además, se encuentran en situaciones particulares de vulnerabilidad social y económica².

Esta coincidencia entre la situación jurídica de las dos modalidades del trabajo doméstico y del cuidado demuestra que se trata de una actividad que -en la mayor parte de los

¹ CHEN, MARTHA ALTER. “The Informal Economy: Definitions Theories and Policies”. *Women in Informal Employment Globalizing and Organizing*, Working Paper, n° 1, Agosto, 2012, p. 6 y BENJAMIN, PAUL. “Informal Work and Labour Rights in South Africa”. *Industrial Law Journal*, vol. 29, Julio, 2008, p. 1584.

² FOLBRE, NANCY. “The invisible heart: care and the global economy”. En: VISVANATHAN, NALINI; DUGGAN, LYNN; WIEGERSMA, NAN y NISONOFF, LAURIE (eds.). *The Women Gender and Development Reader*. Fernwood Publishing, 2ª ed., Canada, 2011, pp. 41-42; BENERIA, LOURDES. “Account for women’s work: the progress of two decades”. En: VISVANATHAN, NALINI; DUGGAN, LYNN; WIEGERSMA, NAN y NISONOFF, LAURIE (eds.). *The Women Gender and Development Reader*. op. cit., pp. 117-118 y TOMEI, MANUELA. “Decent Work for Domestic Workers: An Achievable Goals or Wishful Thinking”. En: LEE, SHANGHEON y MCCANN, DEIRDRE (eds.). *Regulating for Decent Work. New Directions in Labour Market Regulation*. Palgrave MacMillan e International Labour Office, 2011, p. 255.

ordenamientos jurídicos nacionales- está por fuera o en los límites de las fronteras del derecho del trabajo. Los cambios en el mundo del trabajo que han ocurrido globalmente exigen repensar urgentemente las fronteras del derecho del trabajo con el fin de garantizar un trabajo decente a quienes realizan el trabajo doméstico y del cuidado de manera no remunerada y a quienes realizan esta actividad de manera remunerada³. Como se mostrará en este trabajo, la urgencia de esta garantía se debe a las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran quienes realizan el cuidado y a la vinculación entre una y otra forma de prestación.

Entre estas condiciones de vulnerabilidad está el alto impacto de género de los trabajos domésticos y del cuidado, con independencia de que medie -o no- una remuneración y un vínculo de empleo y a la relación estrecha de estas actividades con la pobreza, la exclusión social y la discriminación. Por consiguiente, es relevante reconocer que el trabajo doméstico en sus dos esferas es un trabajo invisible y predominantemente informal e identificar las razones por las cuales las fronteras del derecho del trabajo limitan su protección social y jurídica. Además, es necesario analizar que, a partir de los cambios en el mundo del trabajo, se hace un llamado al reconocimiento y protección de quienes realizan el cuidado y se identifican diferentes mecanismos transitivos de la informalidad hacia la formalidad. En esta memoria doctoral, la formalidad es entendida como pleno reconocimiento y plena protección jurídica del trabajo realizado.

El renaciente interés teórico por la informalidad, por la identificación de su complejidad y sus implicaciones, así como el mayor ahínco y compromiso de la OIT en garantizar que un mayor número de personas estén cubiertas por los sistemas de protección social, la garantía de un trabajo decente y un piso de protección social (*minimal protection floor*) a través de mecanismos de transición de la informalidad hacia la formalidad, es una oportunidad vital para preguntarse ¿cuál es el lugar del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado realizado principalmente por familiares, amigos y vecinos de las personas en situación de dependencia? ¿cuáles serán las fórmulas jurídicas que permitirán procesos de transición más allá de las relaciones contractuales de empleo? y ¿cómo los avances en el reconocimiento internacional de la protección del trabajo doméstico y del cuidado remunerado pueden incidir en un mayor reconocimiento y protección de este trabajo en su esfera no remunerada?

Por consiguiente, en este capítulo, el interés se centrará en identificar las diferentes aristas del fenómeno de la informalidad y en analizar la relación entre la informalidad del trabajo doméstico y del cuidado y su vinculación con la división social de los cuidados. Por consiguiente, el primer capítulo de esta investigación tiene dos partes principales. En el

³ En relación con la necesidad de revisar las fronteras clásicas de laboralidad frente a la exclusión del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado de los sistemas normativos de protección jurídica se puede consultar: FUDGE, JUDY. "Feminist Reflection on the Scope of Labour Law: Domestic Work, Social Reproduction, and Jurisdiction". *Feminist Legal Studies*, vol. 22, n° 1, 2014, p. 11; CONAGHAN, JOANNE. "Work, Family and the Discipline of Labour Law". En: CONAGHAN, JOANNE y RITTICH KERRY (eds.). *Labour Law, work and family: critical and comparative perspectives*. Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 32-33; 41-45 y 66-71.

primero se presenta un marco teórico general sobre la informalidad a través de distintas corrientes teóricas que han estudiado el fenómeno. En el segundo se analizan las implicaciones de la división social del trabajo del cuidado y el impacto de género en el mundo del trabajo.

La división en estos dos apartados tiene dos objetivos concretos. El primero es identificar si el concepto de informalidad permite incluir al trabajo doméstico y del cuidado no remunerado y que no tiene una finalidad o motivación económica. El segundo objetivo de este capítulo es identificar la relación inescindible entre las políticas del cuidado de las personas en situación de dependencia con la formalidad e informalidad de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado en la esfera remunerada y no remunerada, así como las condiciones jurídicas, económicas y sociales en las que se realiza esta actividad. Esta relación establecerá a través de lo que se llamará en esta memoria doctoral *efecto cascada* o de progresiva reducción de la protección de derechos para quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado en función de la escala de prestación del trabajo y, por otra parte, un *efecto espejo* en el que se identifican relaciones inescindibles entre las dos modalidades de prestación.

Estos elementos serán un punto de partida para el análisis del siguiente capítulo en el cual se abordarán las fronteras de laboralidad frente al trabajo doméstico y del cuidado. A su turno, este capítulo será un punto de partida para el análisis de los capítulos tercero, cuarto y quinto sobre la regulación internacional del trabajo doméstico y del cuidado como objeto de prestación en España y en Colombia. Estos capítulos allanarán el camino para que, en la parte final de esta investigación, se presente una propuesta de protección multinivel del cuidado desde distintos niveles institucionales de regulación con el fin de que este sea reconocido como un verdadero trabajo y con el objetivo de que se protejan plenamente los derechos de los seres humanos que se dedican al cuidado de otros seres humanos.

1. ALGUNOS DEBATES SOBRE INFORMALIDAD Y TRABAJO: APUNTES SOBRE LA EVOLUCIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO

La construcción epistemológica del derecho del trabajo, especialmente en los planos nacionales, se ha realizado sobre el modelo de producción industrial *fordista* y *taylorista*. Se trata de un modelo de trabajo asalariado, dependiente, subordinado y a tiempo completo en el que se asemeja la idea de trabajo protegido a las relaciones de empleo y al contrato de trabajo. Este modelo incidió en la forma como se trazaron las fronteras del derecho del trabajo, tanto en los ámbitos nacionales como en el plano internacional. El modelo de empleo industrial se consolidó como un modelo ideal de trabajo y de ordenación. Esto implicó establecer un modelo de desarrollo universalista y mecanismos duales de clasificación.

En el marco de este modelo universal de trabajo prevalentemente protegido a través del empleo industrial surgió el fenómeno de la informalidad, diversas escuelas que explicaban su origen y que ofrecían algunas respuestas y valoraciones sobre el mismo. Sin embargo, tanto la complejidad del mundo del trabajo en el marco de la globalización como los cambios y transformaciones sociales, culturales y económicas han hecho que el fenómeno sea estudiado desde perspectivas y enfoques que entienden que la informalidad es un fenómeno heterogéneo y que no es posible ofrecer una explicación única sobre su origen, respuesta o solución.

Esta primera parte del capítulo tiene la pretensión de ser un marco teórico general sobre la informalidad y las diferentes maneras de entender el fenómeno. Esta sección operará como un vaso comunicante y como un espacio válido en el que se puede integrar el trabajo doméstico y del cuidado familiar que, a pesar de realizar un trabajo que tiene valor, está al margen de los mecanismos de protección social y jurídica, con lo cual, tiene un alto grado de vulnerabilidad social, económica y jurídica. Se trata de una condición que demanda respuestas que pueden y deben ser ofrecidas desde el derecho del trabajo. El concepto de informalidad ofrece un espacio de conceptualización y las respuestas que están surgiendo a través del enfoque del trabajo decente de la OIT pueden ser dos herramientas útiles que incluyan a las personas que están en una clara situación de desventaja en el marco del sistema económico.

1.1. CONTEXTO HISTÓRICO Y LOS PRIMEROS ESTUDIOS SOBRE EL FENÓMENO DE LA INFORMALIDAD

Los estudios pioneros sobre el fenómeno de la informalidad surgieron durante la primera mitad del siglo XX. Si bien el concepto de informalidad solo emergió hasta la década de los setenta, las primeras investigaciones se realizaron durante las décadas cincuenta y sesenta. El fenómeno se investigó en un contexto de cambios políticos, económicos y sociales de gran relevancia. El fin de la Segunda Guerra mundial marcó un primer momento de análisis. Este análisis partió de la observación de lo que ocurrió en países como Japón y en algunos Estados europeos que lograron superar rápidamente la situación en la que quedaron sumidos después de la guerra⁴.

Algunos economistas, como ARTHUR LEWIS, sostuvieron que para la época existía la expectativa de que otros países que tenían un desarrollo económico incipiente o que fueron colonias, comenzarían un proceso de transición económica similar a la de los Estados europeos de la segunda posguerra. La idea central consistía en que esos países siguieran el proceso de recuperación europeo y construyeran economías modernas y robustas mediante procesos locales de desarrollo industrial y la formación de un aparato productivo que superara las actividades agrícola y artesanal. Esta teoría de la transición se denominó como

⁴ BANGASSER, PAUL. "The ILO and the informal sector: an institutional history". *Employment Paper*, n° 9, OIT-Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2000, pp. 2-3.

el *punto de inflexión* e incorporó la fórmula o receta del “crecimiento económico más inversión de recursos”⁵.

Esta expectativa se consolidó en un momento en que ocurrieron grandes cambios sociales, culturales y tecnológicos que influyeron drásticamente en los nuevos estudios sobre desarrollo y sobre el futuro del mundo del trabajo. Por ejemplo, se produjeron cambios en el campo de la medicina que generaron un aumento de la expectativa de vida y de las tasas de natalidad. Además, los rápidos avances tecnológicos permitieron que se cuestionara la forma de organización social y económica que se conocía hasta ese momento. Como ha sido resaltado por una buena parte de la doctrina, todos estos procesos intelectuales y sociales se dieron en el marco de la Guerra Fría y en medio de un mundo separado por dos bloques económicos e ideológicos con pretensiones hegemónicas⁶.

El punto de partida de estos estudios sobre desarrollo era la comprensión del mundo desde una perspectiva universalista y dual. Esta manera de ver las cosas dividía a los Estados en dos categorías que separaban a los países del primer mundo y a los países del tercer mundo. La denominación contemporánea se refiere a estas dos clases de Estados como países desarrollados y países en desarrollo. En el momento en que surgió esa tipología, estos últimos se caracterizaban por tener economías premodernas o tradicionales y, como ya se dijo, se esperaba que hicieran una transición progresiva hacia la modernidad a través de fórmulas que combinaban el crecimiento económico y las denominadas ayudas al tercer mundo.

Sin embargo, como señala BANGASSER, este proceso afrontó dos obstáculos que llevaron a que se frustraran las expectativas de transición. Por una parte, había un evidente matiz ideológico y, por otra, las ayudas ofrecidas a los países en desarrollo eran principalmente técnicas. En consecuencia, las ayudas eran muy generales porque utilizaban una fórmula única de transición que desconocía diferentes aspectos contextuales como el tamaño de los países, la cultura y las condiciones materiales o de producción⁷. Estas dos deficiencias condujeron a que, en contra de lo que esperaban algunos economistas, el proceso de transición nunca ocurriera⁸.

El esquema de la dualidad económica entre países del primer mundo y países del tercer mundo se mantuvo hasta los años setenta. Sin embargo, ante las evidentes diferencias entre los sistemas productivos y de empleo, la OIT empezó a conformar grupos multidisciplinarios de expertos bajo la figura de las *misiones de empleo*. Estos equipos viajaron a diferentes países

⁵ BACHETTA, MARC; ERNEST, EKKEHARD y BUSTAMANTE, JUANA. *La globalización y el empleo informal en los países en desarrollo*. OIT-OMC, Ginebra, 2009, p. 45.

⁶ Sobre la incidencia de este contexto en la conceptualización de la informalidad se puede consultar: BANGASSER, PAUL. “The ILO and the informal sector”. op. cit., pp. 2-3.

⁷ BANGASSER, PAUL. “The ILO and the informal sector”. op. cit., pp. 2-3.

⁸ BACHETTA, MARC; ERNEST, EKKEHARD y BUSTAMANTE, JUANA. *La globalización y el empleo*. op. cit., p. 45.

de África con el objetivo de observar *in situ* lo que ocurría con el mercado del trabajo⁹. Las misiones de empleo hicieron un primer diagnóstico de las condiciones laborales y económicas de las personas que vivían en los países que se encontraban dentro de la categoría del tercer mundo.

Uno de los grupos de observación decidió utilizar permanentemente en sus informes el término *sector informal*. En este caso, la expresión fue utilizada por primera vez por el antropólogo y economista KEITH HART. A partir de sus observaciones en Accra (Ghana), este investigador señaló que había una amplia distancia entre lo observado en esa ciudad y el discurso occidental sobre el desarrollo económico. En concreto, afirmó que existía un abismo entre los esquemas de producción y trabajo en cada uno de los dos contextos. También señaló que el sector informal estaba conformado por empresas pequeñas que no tenían registro, pero que obtenían utilidades y ganancias. Además, indicó que el sector informal era más amplio de lo que se pensaba porque incluía tanto a las empresas rentables y eficientes como a las actividades marginales¹⁰.

De esta manera, las misiones dieron vida a un nuevo concepto que permitió trazar una línea de estudio específica en relación con el trabajo humano mediante la perspectiva del sector informal. Además, como se puede inferir, los primeros informes sobre la materia advirtieron que las formas de producción y de organización social en los países en desarrollo eran muy diferentes a las que existían en los países con un desarrollo industrial fuerte. En los primeros, las personas realizaban actividades productivas que no estaban registradas o reguladas, pero que les permitían obtener recursos económicos de manera autónoma y autogestionada¹¹.

A diferencia de los países desarrollados, en los países en desarrollo existían verdaderas brechas en ámbitos como las formas de organización social y productiva; paradójicamente, estas no eran negativas para las comunidades porque las misiones de empleo consideraron que estas actividades facilitaban que las personas pobres obtuvieran ingresos sin necesidad de depender de estructuras laborales formales y de relaciones de empleo clásicas¹². De esta manera, se acuñó la expresión *sector no estructurado* o *sector informal*, como una manera de denominar a aquellas formas de producción diferentes a las existentes en los países desarrollados donde había relaciones de empleo y empresas registradas. Por oposición, estas últimas correspondían al sector estructurado o sector formal.

⁹ BACHETTA, MARC; ERNEST, EKKEHARD y BUSTAMANTE, JUANA. *La globalización y el empleo*. op. cit., p. 45. También se puede consultar a: CHEN, MARTHA ALTER. “The Informal Economy”. op. cit., p. 2.

¹⁰ Sobre el nacimiento del concepto *sector informal* y las *misiones de empleo*: BANGASSER, PAUL. “The ILO and the informal sector”. op. cit., pp. 8-10.

¹¹ PORTES, ALEJANDRO y HALLER, WILLIAM. “La economía informal”. *Serie Políticas Sociales*, n° 100, ONU-CEPAL-División de Desarrollo Social, Santiago de Chile, noviembre, 2004, p. 9.

¹² EMMERIJ, LOUIS. “The Informal Sector Revisited”. *The Brown Journal of World Affairs*, vol. XI, n° 2, 2005, p. 94.

En ese contexto, la primera incursión de la OIT en el mundo de la informalidad fue muy crítica. Desde luego, la Organización también empezó a utilizar la expresión sector no estructurado o sector informal. En esa primera fase, la OIT consideró, en contra del diagnóstico de las misiones de empleo, que la informalidad era una consecuencia de la pobreza porque esta llevaba a que las personas realizaran actividades de subsistencia en condiciones de precariedad. Esas actividades no estaban reguladas por mecanismos legales, se encontraban al margen de los sistemas de protección por parte de las autoridades públicas y, por consiguiente, los trabajadores eran relegados a un escenario de invisibilidad social, económica y normativa¹³.

En consecuencia, con esa visión crítica, la OIT adoptó una política de erradicación progresiva de la informalidad. Para cumplir con ese objetivo, la Organización consideró que era necesario impulsar más el crecimiento económico y el desarrollo industrial de los países afectados por ese fenómeno y potenciar las políticas que estimulaban la creación y el fortalecimiento del empleo. Aun así, en esta primera etapa, tanto la OIT como los Estados coincidieron en que el sector informal no era un punto esencial dentro de su agenda.

En el trabajo de BANGASSER sobre la historia institucional de la OIT y sobre el sector informal, se sostiene que la importancia de las misiones de empleo contrastó con la baja repercusión del concepto de sector informal al interior de la Organización. Este concepto no fue adoptado de manera inmediata, ni tuvo un entusiasmo universal. En este sentido, el autor describe los años setenta como un tiempo de ‘incubación’ del concepto y los años ochenta como una fase de ‘dispersión’. Solo hasta los años noventa el concepto adquirió relevancia y empezó a hablarse al interior de la OIT del ‘dilema del sector informal’. Como se verá más adelante, el resurgimiento del concepto se hizo evidente con su inclusión en la agenda de la 78ª Conferencia Internacional del Trabajo en el año 1991 y posteriormente en la 15ª Conferencia Internacional de Estadísticos de 1993¹⁴.

Sin embargo, el hecho de que los Estados y la OIT descuidaran el fenómeno no impidió que, por fuera de la OIT, surgieran trabajos de investigación sobre el sector informal que se desarrollaron de manera paralela con la labor de las misiones de empleo. Esas corrientes teóricas buscaron caracterizar el sector informal, comprender globalmente el fenómeno, determinar sus causas y sus consecuencias. Con base en esos objetivos, se hicieron diversos diagnósticos y se propusieron distintos mecanismos para hacer que el sector informal transitara hacia la formalidad.

Como se mantendrá en la siguiente sección, cada una de las posturas teóricas sobre el sector informal incorpora una visión específica sobre las razones que justifican la transición de la informalidad a la formalidad. Mientras que algunas se basan en la necesidad de garantizar que los trabajadores tengan mejores condiciones de trabajo, otras enfatizan en el imperativo de

¹³ PORTES, ALEJANDRO y HALLER, WILLIAM. “La economía informal”. op. cit., p. 9.

¹⁴ BANGASSER, PAUL. “The ILO and the informal sector”. op. cit., pp. 8-20.

evitar la competencia desleal entre las empresas o la evasión de impuestos. La mayoría de estas propuestas han estado vinculadas a las formas de trabajado monetarizadas. A continuación, se esbozan las líneas generales de cada una de estas propuestas teóricas.

1.2. LAS PRINCIPALES TEORÍAS CLÁSICAS SOBRE LA INFORMALIDAD

Algunos autores consideran que es posible agrupar las teorías sobre la informalidad en tres grandes grupos: la teoría dualista, la teoría estructuralista y la teoría legalista¹⁵. Mientras que otros autores sostienen que una mejor clasificación identifica cuatro categorías diferentes: la perspectiva modernizadora, la perspectiva de la economía política, la perspectiva neoliberal y la perspectiva posmoderna¹⁶. Se describirán brevemente y de forma paralela las tres categorías clásicas bajo la denominación utilizada por el primer grupo de autores y se dejará el estudio de la teoría posmoderna para la sección correspondiente a las nuevas teorías sobre la informalidad.

En primer lugar, la teoría predominante sobre el sector informal es la teoría dualista o de la modernización. Esta teoría tiene como punto de partida la tesis de que existe un modelo del mercado de trabajo segmentado que se divide entre un sector formal y otro informal. De acuerdo con esta visión, la relación que existe entre estos dos segmentos es jerárquica porque el sector informal se encuentra en un segmento inferior respecto del sector formal.

Para esta teoría, el sector informal se desenvuelve en un segmento del mercado del trabajo que no está registrado en los sistemas nacionales de cuentas. Esta situación genera que las actividades laborales y productivas informales se desarrollen en contextos marginales tanto desde el punto de vista económico como desde la protección jurídica formal¹⁷. Para esta teoría, la informalidad tiene dos causas principales. Por una parte, la falta de oportunidades de empleo formal frente al acelerado aumento demográfico y, por otra, la existencia de estructuras productivas no cualificadas que surgen como respuesta a las estructuras de producción modernas¹⁸.

En coherencia con esos postulados y con ese diagnóstico, esta teoría mantiene que la respuesta frente a la informalidad consiste en afianzar los procesos de modernización económica e industrial mediante políticas macroeconómicas que estimulen el crecimiento y la inversión. Además, propone que se fomente la creación de puestos de trabajo, que se

¹⁵ BACHETTA, MARC; ERNEST, EKKEHARD y BUSTAMANTE, JUANA. *La globalización y el empleo*. op. cit., p. 45. La misma denominación en: CHEN, MARTHA ALTER. "The Informal Economy". op. cit., p. 2.

¹⁶ WILLIAMS, COLIN y LANSKY, MARK. "Empleo informal en economías desarrolladas y en desarrollo. Perspectivas y políticas aplicadas". *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 132, n° 3-4, 2013, p. 406.

¹⁷ BACHETTA, MARC; ERNEST, EKKEHARD y BUSTAMANTE, JUANA. *La globalización y el empleo*. op. cit., p. 46. La misma denominación en: CHEN, MARTHA ALTER. "The Informal Economy". op. cit., pp. 4, 5 y 11.

¹⁸ CHEN, MARTHA ALTER. "The Informal Economy". op. cit., p. 5.

financien proyectos productivos y que se incentive la creación de empresas y el acceso al crédito. De acuerdo con esta corriente, este proceso de estímulo empresarial y de formalización debe ir acompañado de la garantía de infraestructura básica y de servicios sociales para las familias de los trabajadores informales¹⁹.

Sin embargo, la corriente dualista también considera que la informalidad tiene, por lo menos, dos ventajas. Por una parte, señala que esta proporciona ingresos a las personas más pobres y, por otra, que les permite crear redes de seguridad económica en tiempos de crisis. Por esta razón, se ha criticado a esta escuela porque explica el fenómeno de la informalidad y su solución desde una perspectiva universalista y homogenizante. Dentro de esta visión, las personas que están en la informalidad constituyen una categoría laboral residual que tiende a desaparecer en la medida en que las sociedades consideradas como premodernas hacen su tránsito hacia la modernidad²⁰.

La segunda corriente teórica sobre la informalidad se denomina estructuralista. Esta postura sostiene que no es posible hablar de dos sectores económicos independientes, como si existiera un enfrentamiento entre lo formal y lo informal. Por el contrario, los estructuralistas afirman que existe una relación de interdependencia entre el sector formal y el sector informal²¹.

Para esta escuela, las relaciones de interdependencia entre los dos sectores proyectan una lectura distinta a la presentada por la escuela dualista. En efecto, mientras que para la escuela dualista el sector informal es un vestigio del sistema de producción industrial y de las economías en fase de transición y modernización, para la teoría estructuralista el sector informal es un elemento esencial del sistema capitalista actual²².

La visión estructuralista afirma que, en el marco del sistema económico actual, el sector formal se beneficia de la existencia de empresas y trabajadores informales y de los bajos costos de producción que estos ofrecen. Según esta tesis, la reducción del costo de producción facilita que unos pocos se lucren y obtengan mayores ganancias dentro de un mercado global competitivo y desregularizado. Los beneficios que el sector informal reporta al sector formal repercuten en todos los niveles de la industria, es decir, desde la cadena de suministro hasta la producción y la comercialización. Para ilustrar este fenómeno se utiliza como ejemplo la venta informal en la calle de productos de empresas multinacionales (e.g. Coca Cola o Nestlé).

¹⁹ OIT. “Panorama Laboral 2011. América Latina y el Caribe”. Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Perú, 2011, p. 66.

²⁰ WILLIAMS, COLIN y LANSKY, MARK. “Empleo informal en economías desarrolladas”. op. cit., p. 406.

²¹ BACHETTA, MARC; ERNEST, EKKEHARD y BUSTAMANTE, JUANA. *La globalización y el empleo*. op. cit., pp. 46 y 47 y CHEN, MARTHA ALTER. “The Informal Economy”. op. cit., pp. 5 y 11.

²² WILLIAMS, COLIN y LANSKY, MARK. “Empleo informal en economías desarrolladas”. op. cit., p. 408.

Sin embargo, el estructuralismo denuncia que la existencia de un sector informal y de bajos costos solo es posible gracias a situaciones de desigualdad social, económica y jurídica porque las empresas y las personas que están en el sector informal se encuentran al margen de la regulación normativa. Lo anterior se debe a tres razones principales. Por una parte, las empresas no cumplen con las normas existentes; en segundo lugar, en los ordenamientos jurídicos nacionales los trabajadores tienen bajos estándares de protección y garantía de sus derechos laborales y, finalmente, las personas realizan sus actividades en ámbitos con alta invisibilidad jurídica²³.

Esta situación es muy grave en términos de igualdad porque las personas que están en la informalidad carecen de mecanismos formales para participar en el mercado laboral. Por consiguiente, para esta teoría, quienes engrosan el número de trabajadores informales son víctimas de un sistema económico que los obliga a aceptar condiciones laborales abusivas²⁴.

Por lo anterior, el estructuralismo considera que el Estado debe tener un papel intervencionista en la regulación comercial y laboral con el objetivo de reducir el desequilibrio entre los dos sectores. Por otra parte, esta visión destaca que es importante buscar mecanismos de formalización, garantizar el acceso al crédito para fomentar la creación de pequeñas y medianas empresas y estimular la formación y cualificación profesional. En el marco de esa propuesta, desde esta visión se justifica que las relaciones laborales tengan ciertos grados de flexibilización (i.e. abaratamiento del despido) con la finalidad de que se incentive la formalización laboral.

La tercera corriente teórica sobre la informalidad se denomina legalista o neoliberal. En contra de lo que sostiene la teoría estructuralista, la visión legalista considera que trabajar en la informalidad es una opción elegida de manera voluntaria y libre por las personas. Según esta forma de analizar el fenómeno, las personas deciden trabajar al margen del cumplimiento de normas administrativas, laborales, de seguridad social y tributarias porque estas les resultan muy engorrosas y les disminuyen sus ingresos. Las personas prefieren obtener más dinero en el corto plazo que asegurar otros derechos a largo plazo mediante la cotización a un sistema de pensiones o el pago de la seguridad social.

La teoría legalista solo coincide con la estructuralista en que ambas consideran que la informalidad hace parte integral del funcionamiento del sistema capitalista porque permite reducir los costos de producción y participar de forma activa en la economía global²⁵.

²³ PORTES, ALEJANDRO. En torno a la informalidad. Ensayo sobre teoría y medición de la economía no regulada. Porrúa- FLACSO, 1ª ed., México, 1995, p. 151.

²⁴ WILLIAMS, COLIN y LANSKY, MARK. “Empleo informal en economías desarrolladas”. op. cit., p. 408.

²⁵ BACHETTA, MARC; ERNEST, EKKEHARD y BUSTAMANTE, JUANA. *La globalización y el empleo*. op. cit., pp. 47-50; CHEN, MARTHA ALTER. “The Informal Economy”. op. cit., pp. 5 y 14 y PORTES, ALEJANDRO y HALLER, WILLIAM. “La economía informal”. op. cit., p. 10.

Para el legalismo o neoliberalismo, “la informalización es una reacción popular a los impuestos elevados, a la corrupción estatal y a la injerencia pública sobre el mercado”²⁶. Según esta doctrina, la informalidad es vista por las personas como un espacio autónomo, flexible y libre para el intercambio comercial que, además, está lejos de los complicados trámites burocráticos que deben enfrentar las personas que trabajan en la formalidad. Por esa razón, se afirma, las personas que están en la informalidad prefieren tejer relaciones comerciales y laborales extrajurídicas entre ellos antes que enfrentarse a los complejos trámites legales que conlleva la formalización²⁷.

Sin embargo, esta corriente teórica considera que trabajar en el sector informal implica estar marginado del goce y disfrute de los derechos básicos. En especial, el legalismo se preocupa por la exclusión del derecho de propiedad porque este facilita el acceso al crédito y al emprendimiento. En este sentido, desde la postura legalista se considera que es necesario buscar mecanismos de transición mediante fórmulas de desregulación y de mínima intervención estatal. Además, se propone la simplificación de los procedimientos burocráticos y normativos. Los legalistas afirman que estas medidas facilitarán y estimularán el registro de las empresas informales y, por consiguiente, una transición hacia el sector formal con el fin de que exista un reconocimiento estatal de las actividades productivas. Cuando eso ocurra, se supone que la nueva posición garantizará el empoderamiento legal del que carecen quienes trabajan dentro del sector informal y, por consiguiente, les otorgará un mejor estatus de ciudadanía y de participación económica y política²⁸.

| | Teoría dualista o modernizadora | Teoría estructuralista o de la economía política | Teoría legalista o neoliberal |
|--|---|---|---|
| Relación entre sector formal e informal | Segmentación jerárquica del mercado de trabajo. | Interdependencia y beneficio mutuo. | Los dos sectores hacen parte integral del sistema económico. |
| Causas | Falta de empleo y de una estructura productiva moderna. | Es intrínseca al modelo capitalista. | Decisión libre de los individuos para evitar costos económicos y burocráticos de la formalidad. |
| Solución | Creación de empresas, modernización económica y estructuras sociales básicas. | Intervención estatal para la formalización progresiva. | No intervención del Estado y desregulación. |

²⁶ WILLIAMS, COLIN y LANSKY, MARK. “Empleo informal en economías desarrolladas”. op. cit., p. 407.

²⁷ WILLIAMS, COLIN y LANSKY, MARK. “Empleo informal en economías desarrolladas”. op. cit., p. 407.

²⁸ PNUD. “La Ley: la clave para el desarrollo sin exclusiones”. *Informe de la Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres*, vol. I, New York, 2008, pp. 9-18 y 34-35 y OIT. “Panorama Laboral 2011”. op. cit., p. 66.

| | | | |
|-----------------|--|---|---|
| | | | Eliminar obstáculos para la formalización. Fomentar acceso a la propiedad. |
| Ventajas | Reconoce las ventajas de la informalidad en tiempos de crisis y como fuente de ingresos para los pobres. | Reducción de costos del sector formal y aumento de la competitividad. | Reducción de costos del sector formal y aumento de la competitividad. |

Tabla 1. Elaboración propia.

Estas tres corrientes teóricas contribuyeron a enriquecer el debate sobre las implicaciones del sector informal en el mundo del trabajo. Este debate adquirió mayor relevancia en la década de los noventa bajo el contexto de globalización económica, el fin de la Guerra Fría, la flexibilización, la desregularización de las relaciones de trabajo y la precarización del empleo; entre muchos otros aspectos que cambiaron de manera drástica las problemáticas laborales del mundo.

1.3. EL DILEMA DEL SECTOR INFORMAL Y LA TRANSICIÓN HACIA LA ECONOMÍA INFORMAL

Como se afirmó previamente, según BANGASSER, las décadas de los setenta y ochenta que siguieron al surgimiento del término sector informal fueron un periodo de incubación y de dispersión del concepto porque la OIT y los Estados no lo incorporaron como un tema principal dentro de sus agendas²⁹.

Por el contrario, en los años noventa se presentó un resurgimiento fuerte de la expresión sector informal y, en concreto, de la informalidad en el mundo del trabajo. En el año 1991, durante la 78ª Conferencia Internacional del Trabajo, la OIT retomó la expresión sector no estructurado o sector informal para referirse al dilema del sector no estructurado. El centro de este dilema consistía en preguntarse por el papel de la OIT frente a la informalidad. Las dos opciones eran promover el sector informal como un sector generador de empleo y de ingresos, fomentar su reglamentación y protección social o, por el contrario, atacarlo mediante políticas exclusivas de formalización a través del trabajo estándar.

En esa reunión, la OIT concluyó que -independientemente del contexto- era un error promover el sector informal si este no se corregía simultáneamente con medidas fuertes que garantizaran la erradicación de las peores formas de trabajo y explotación que eran habituales

²⁹ BANGASSER, PAUL. "The ILO and the informal sector". op. cit., pp. 12-16.

en el sector no estructurado. Por consiguiente, la OIT señaló que era necesario buscar alternativas globales y diversificadas para resolver el problema³⁰.

El resurgimiento del uso de la expresión ‘sector informal’ por parte de la OIT fue el primer paso hacia el reconocimiento de la importancia del fenómeno. Un avance esencial fue entender que se trataba de un fenómeno complejo con profundas implicaciones en el mundo del trabajo y en la justicia social. En esta etapa también se vislumbró que se trataba de una realidad con matices globales.

Este fue el comienzo de un proceso en el cual la informalidad empezó progresivamente a ocupar un lugar central en la agenda de la OIT. Un segundo paso ocurrió en 1993 durante la Conferencia Internacional de Estadísticos. En esta reunión se estableció una definición oficial del sector informal³¹. Sin embargo, en esta primera fase estadística, la definición del sector informal fue limitada porque solo se reconoció como parte del mismo a las empresas informales, es decir, a las unidades de producción. Además, solo se consideraban como trabajadores informales a aquellas personas que prestaban sus servicios o desarrollaban actividades en estas empresas. Como lo señala la misma Resolución de la Conferencia:

“El sector informal puede describirse en términos generales como un conjunto de unidades dedicadas a la producción de bienes o la prestación de servicios con la finalidad primordial de crear empleos y generar ingresos para las personas que participan en esa actividad. Estas unidades funcionan típicamente en pequeña escala, con una organización rudimentaria, en la que hay muy poca o ninguna distinción entre el trabajo y el capital como factores de producción. Las relaciones de empleo en los casos en que existan se basan más bien en el empleo ocasional, el parentesco o las relaciones personales y sociales, y no en acuerdos contractuales que supongan garantías formales”³².

En suma, de esta definición se puede concluir que eran consideradas como empresas del sector informal las unidades económicas que tuvieran las siguientes características: i) no estar constituidas como sociedades por ser propiedad de individuos o de hogares y ii) no tener un elemento voluntario de evasión de obligaciones legales en el ámbito laboral, de seguridad social, administrativo, comercial o tributario.

Como se puede inferir, esta definición estadística solo incluyó en el sector informal a las empresas que estaban excluidas de los sistemas de producción formal y no a todas aquellas

³⁰ OIT. “El trabajo decente y la economía informal”. Conferencia Internacional del Trabajo (90ª reunión), Ginebra, 2002, p. 2.

³¹ BANGASSER, PAUL. “The ILO and the informal sector”. op. cit., pp. 8-20.

³² OIT. “Resolución sobre las estadísticas del empleo en el sector informal”. Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo (15ª reunión), 1993, p. 2.

que buscaban evadir el cumplimiento de normas y reglamentaciones. Es decir, estableció una “diferencia conceptual entre el sector informal y la economía oculta o sumergida”³³.

A pesar del avance que representó la inclusión del sector informal en las estadísticas de empleo, solo después de nueve años la OIT retomó la expresión para ampliar el alcance de la informalidad. En efecto, en la 90ª Conferencia Internacional del Trabajo de 2002 se abordó el tema de la economía informal y el trabajo decente. En esta Conferencia, la OIT consideró que la informalidad era un fenómeno con altos niveles de complejidad y heterogeneidad. Por esa razón, señaló que era necesario, por una parte, i) volver al análisis del dilema del sector no estructurado o sector informal que había ocupado su agenda en la década de los noventa y, por otra, ii) utilizar una expresión más comprensiva de todas las aristas del fenómeno.

En relación con el primer aspecto, la OIT advirtió que el dilema del sector no estructurado se encontraba plenamente vigente en el siglo XXI. Incluso consideró que el fenómeno de la informalidad había aumentado y se había hecho mucho más complejo. Del mismo modo, la OIT hizo un diagnóstico que le permitió inferir que la informalidad ya no era un fenómeno exclusivo de los países del sur global, sino que se había extendido a los países industrializados. La anterior conclusión implicó un cambio de concepción de la OIT porque se abandonó la premisa equivocada de que la informalidad era un fenómeno de carácter temporal o marginal³⁴.

En efecto, la OIT señaló que era imposible negar que la informalidad facilitaba que muchos trabajadores pobres tuvieran acceso a un ingreso mediante la realización de actividades de subsistencia. Sin embargo, recalcó que estos trabajos no cumplían con los estándares mínimos del trabajo decente. En la mayoría de los casos, sostuvo, estos no se desarrollan en condiciones dignas, no se garantizan los derechos fundamentales del trabajo y son realizados, principalmente, por colectivos vulnerables que están en condiciones económicas precarias. En consecuencia, la primera premisa sugiere que la informalidad es una fuente de ingresos para los más necesitados. Sin embargo, el trabajo informal también se encuentra por debajo de los estándares mínimos laborales y, por esta razón, es necesario encontrar una solución que opte por la formalización o por encontrar un estándar mínimo de protección.

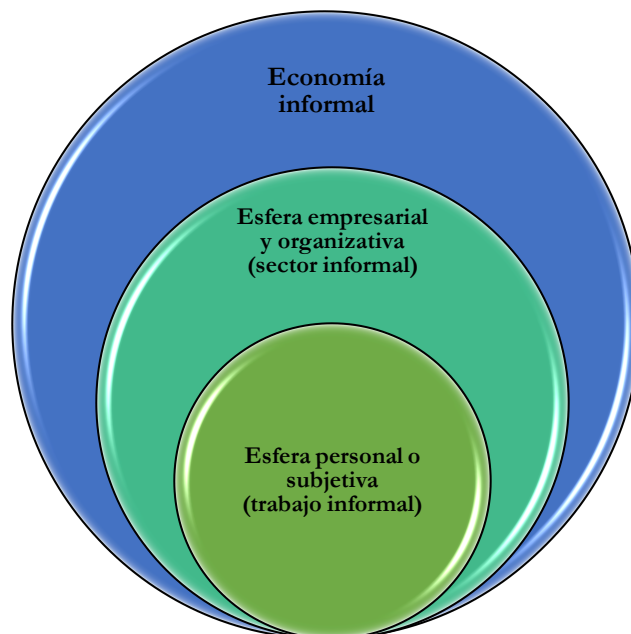
Sobre el segundo aspecto, la OIT declaró que el término economía informal era el más ajustado para describir el fenómeno. En su criterio, este permitía reconocer como parte de la informalidad a las unidades empresariales de producción -entendidas como las empresas informales- y al grupo cada vez más “numeroso y diverso de trabajadores y empresas tanto rurales como urbanas que operan en el ámbito informal”³⁵.

³³ WILLIAMS, COLIN y LANSKY, MARK. “Empleo informal en economías desarrolladas”. op. cit., pp. 398-399.

³⁴ OIT. “El trabajo decente y la economía informal”. op. cit., p. 2.

³⁵ OIT. “El trabajo decente y la economía informal”. op. cit., pp. 2-3.

Esa reconceptualización no implicó la desaparición de la categoría sector informal, sino que esta se integró a una expresión más amplia y comprensiva: la economía informal. En esta última se identifican dos esferas: la empresarial y organizativa (sector informal) y la personal o subjetiva (trabajo informal). En este sentido, el primer paso de la OIT fue señalar que el término que mejor recoge el fenómeno es el de economía informal porque este comprende tanto al sector informal como al trabajo informal (*Gráfica 1*).

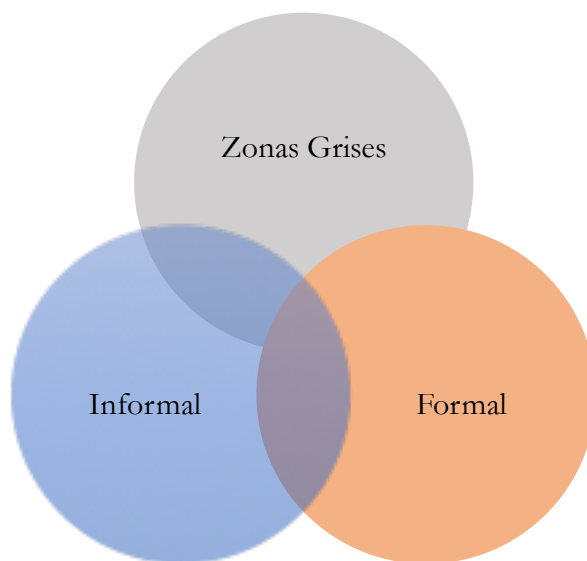


Gráfica 1. Elaboración propia.

A pesar de que en esta investigación se hará énfasis en la esfera subjetiva de la economía informal, esto es, en el trabajo informal, es importante anotar que la misma OIT reconoció que la amplitud de la denominación ‘economía informal’ no garantiza efectivamente que se incluyan todos los aspectos de la informalidad. Además, señaló que existen zonas grises que escapan a la caracterización hecha por la Organización.

En efecto, el argumento de la OIT durante la Conferencia de 2002 fue que el término economía informal podía tener falencias porque dejaba de lado o no otorgaba el valor suficiente a los vínculos, las zonas grises y la interdependencia que se teje entre las actividades formales y las informales. La Organización advirtió que, a pesar de emplear el término economía informal, aún no era posible superar las dificultades conceptuales que se derivan de un fenómeno tan complejo y tan diverso (*Gráfica 2*)³⁶.

³⁶ OIT. “El trabajo decente y la economía informal”. op. cit., pp. 25-61.



Gráfica 2. Elaboración propia.

En el año 2003 se realizó la 17ª Conferencia Internacional de Estadísticos. En esta reunión se actualizó la definición estadística de la informalidad que había sido construida por esa misma instancia en 1993. La nueva definición incorporó las conclusiones de la 90ª Conferencia Internacional del Trabajo. En concreto, incluyó dentro de la definición del sector informal a las personas asalariadas informales que trabajaban tanto en el sector informal como en el sector formal. En el último caso, las empresas formales contrataban trabajadores en condiciones de informalidad con la finalidad de eludir responsabilidades legales, de seguridad social, de riesgos y de costos de contratación³⁷.

La nueva definición estadística también incluyó dentro del sector informal a los hogares que producían bienes para su propio consumo. En definitiva, la Conferencia Internacional de Estadísticos de 2003 amplió el concepto de informalidad e incluyó a los trabajadores informales en el sector formal e informal y a los trabajadores en los hogares; estos últimos son conocidos también como trabajadores familiares³⁸. En este sentido, la OIT amplió progresivamente el conjunto de trabajos que pueden ser considerados como informales. Este ha sido el resultado de la discusión y la difusión de distintos documentos e investigaciones sobre las implicaciones de la informalidad para el mundo del trabajo.

Uno de los avances más recientes sobre la materia se produjo en el año 2015 cuando la 104ª Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT aprobó el primer instrumento jurídico que recogió una definición de la informalidad y diseñó una hoja de ruta para los Estados. Se trata de la Recomendación 204 ‘sobre la transición de la economía informal a la economía formal’. En muchos aspectos, esta Recomendación se limita a recoger los criterios que se empezaron a construir desde el año 2002. En la Recomendación se destaca que el elemento determinante

³⁷ WILLIAMS, COLIN y LANSKY, MARK. “Empleo informal en economías desarrolladas”. op. cit., pp. 399-400.

³⁸ WILLIAMS, COLIN y LANSKY, MARK. “Empleo informal en economías desarrolladas”. op. cit., pp. 399-400.

de la informalidad es la insuficiente o nula protección a la que se encuentran expuestas las personas y las empresas que realizan su actividad económica dentro de este segmento de la economía:

“A los efectos de la presente Recomendación, la expresión economía informal hace referencia a todas las actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y unidades económicas que -en la legislación o en la práctica- están insuficientemente cubiertas por sistemas formales o no lo están en absoluto y, no abarca las actividades ilícitas, en particular la prestación de servicios y la producción, venta, posesión o consumo de bienes prohibidos por la legislación, incluyendo la producción y el tráfico ilícitos de estupefacientes, la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, la trata de personas y el blanqueo de dinero, tal como se define en los tratados internacionales pertinentes”³⁹.

De acuerdo con este enfoque reciente de la OIT, las personas que realizan actividades económicas en la informalidad están al margen de una protección jurídica adecuada, sufren un déficit de protección de sus derechos humanos y se encuentran por debajo del estándar del trabajo decente. Este déficit se refleja en la ausencia de voz o de representación y en la restricción o limitación en el acceso y disfrute de los derechos sociales vinculados al empleo formal (e.g. salario, prestaciones sociales, salud, acceso al crédito, vacaciones, descanso y acceso a la justicia). En síntesis, estos trabajadores están expuestos a una protección social inadecuada e insuficiente que se encuentra al margen del diálogo social y del trabajo decente. En este sentido, tal y como lo señala la OIT:

“La ausencia de protección social es una característica definitoria de la economía informal; también es un aspecto crítico de la exclusión social. El crecimiento de la economía informal supone que millones de personas de todo el mundo no hayan tenido nunca acceso a mecanismos formales de protección social o estén perdiendo las formas de protección total que tenían gracias al puesto de trabajo que ocupaban, al Estado o una combinación de ambos. Sin embargo, quienes se encuentran en la economía informal son los más necesitados de protección social, no sólo por su inestabilidad laboral y su falta de seguridad de ingresos sino también, y fundamentalmente, porque están mucho más expuestos a correr graves riesgos para su seguridad y su salud. Para muchos trabajadores informales el lugar de trabajo es su propia vivienda, de modo que no sólo los trabajadores estarán expuestos a los riesgos laborales y para la salud sino también sus familias e incluso sus vecinos. Los trabajos en malas condiciones y las malas condiciones de vida suelen ir asociados”⁴⁰.

³⁹ OIT. “Recomendación 204: sobre la transición de la economía informal a la economía formal”. Conferencia Internacional del Trabajo (104ª reunión), Ginebra, 2015. La OIT mantuvo los elementos esenciales del concepto de economía informal y aclaró que -en ningún caso- podía considerarse como informal una actividad ilegal o delictiva.

⁴⁰ OIT. “El trabajo decente y la economía informal”. op. cit., p. 62.

La anterior descripción permite establecer tres diferencias esenciales entre el trabajo formal y el trabajo informal. En efecto, a diferencia de aquel, este último no está reconocido o es invisible, no cuenta con medios de protección o se desarrolla de manera insegura y no se considera como un trabajo decente.

Eso quiere decir que, para la OIT, el trabajo informal es heterogéneo y tiene un nivel de complejidad tal que un trabajador está en la informalidad cuando la relación de empleo o trabajo que no está sujeta a la legislación laboral. Además, también puede ser considerado como trabajador informal quien no disfruta de protección social o de ciertas prestaciones (e.g. el preaviso por despido, la compensación por despido, las vacaciones remuneradas y las licencias por enfermedad remuneradas). Finalmente, se incluyen aquellos trabajadores que son autónomos, pero no pagan impuestos en razón de la actividad laboral que desarrollan (e.g. trabajo en calle: vendedores de diversos productos y de servicios, recicladores, así como el trabajo doméstico)⁴¹.

La insuficiente o la nula protección de quienes están por fuera de la economía formal o en los márgenes entre la economía formal e informal, los pone en un plano de desventaja en relación con el disfrute de sus derechos humanos fundamentales. Esta situación afecta especialmente a los trabajadores que no están dentro de los márgenes de laboralidad clásicos con esquemas de subordinación, dependencia y remuneración; pero también involucra a quienes están en una zona gris. Todos ellos se ven privados de los derechos cuya garantía depende directamente de la existencia de una relación clásica de empleo.

1.4. LA POBREZA E IMPACTO DE GÉNERO: ELEMENTOS PREDOMINANTES DE LA INFORMALIDAD

El recuento de la evolución de la informalidad en la OIT desde finales del siglo pasado hasta los primeros años del siglo XXI demuestra un giro de la Organización a partir de los años noventa. El nuevo enfoque prueba que la informalidad no podía ser explicada desde una sola de las perspectivas teóricas descritas, sino que se trata de un fenómeno complejo que requiere una respuesta integrada y diversa.

Esta lectura más amplia de la informalidad coincide con la de algunos teóricos, como MARTHA CHEN, con las nuevas aportaciones de la OIT y con las estadísticas laborales que determinan que la informalidad está comprendida bajo una nueva definición que trasciende de la idea de sector económico y empresarial. En este sentido, para la autora:

“La economía informal está comprendida por todas las formas de ‘empleo informal’, esto es, empleo que está fuera de la protección social y laboral, incluso junto con las empresas

⁴¹ OIT. “El trabajo decente y la economía informal”. op. cit., p. 140.

informales y el empleo autónomo en pequeñas empresas no registradas y empleo asalariado sin protección social”⁴².

Autoras como CHEN consideran a la informalidad como un fenómeno con un grado de heterogeneidad creciente en la medida en que a esta se integran actividades atípicas o no estándar y formas de trabajo que no se adaptan al modelo clásico y estándar de empleo característico de los países industrializados. Formas de trabajo y de empleo segmentadas que no son exclusivas de los países en desarrollo. Además, de acuerdo con la autora, la heterogeneidad del fenómeno también indica que existen fuertes vínculos entre la economía informal y la economía formal que hacen necesario promover y encontrar una política y un entorno reglamentario adecuado⁴³.

En ese sentido, algunas de las tesis sostenidas por los modelos teóricos de la informalidad se han confirmado mientras que otras se han refutado. Por ejemplo, actualmente se considera que no es posible sostener que el mercado del trabajo es perfectamente dual. Eso quiere decir que el mercado formal y el informal no pueden entenderse como dos compartimentos absolutamente aislados. Por el contrario, la heterogeneidad del fenómeno demuestra que se trata de un mercado de trabajo multisegmentado, en el que existen constantes y permanentes intersecciones entre el mercado formal y el informal⁴⁴. Sobre este punto, las investigaciones de BACHETTA y otros destacan que la visión multisegmentada del mercado del trabajo que propone CHEN se construye a partir de los elementos diseñados por las tres escuelas teóricas descritas en la sección anterior:

“La idea básica es que la economía informal está integrada por diferentes segmentos poblados por diferentes tipos de agentes: un segmento de nivel inferior dominado por hogares dedicados a actividades de subsistencia con pocos vínculos con la economía formal, como sugieren los dualistas; un segmento de nivel superior con microempresarios que deciden evitar los impuestos y las reglamentaciones, como sugieren los legalistas; y un segmento intermedio con microempresas y trabajadores subordinados a empresas más grandes con arreglo a lo que sugieren los estructuralistas. Además, conforme, lo dicho en el análisis anterior, es posible que los propios segmentos estén a su vez segmentados en varias redes sociales con transacciones osmóticas limitadas entre ellos. Dependiendo de las regiones y los países, la importancia relativa de cada segmento puede variar, con lo que una u otra de las tres escuelas pasa a ser más relevante”⁴⁵.

⁴² CHEN, MARTHA. “Rethinking the Informal Economy: Linkages with the Formal Economy and the Formal Regulatory Environment”. *UN-DESA Working Paper*, n° 46, ONU, julio, 2007, p. 2.

⁴³ CHEN, MARTHA. “Rethinking the Informal Economy”. op. cit., pp. 6-11.

⁴⁴ CHEN, MARTHA. “Rethinking the Informal Economy”. op. cit., p. 2.

⁴⁵ BACHETTA, MARC; ERNEST, EKKEHARD y BUSTAMANTE, JUANA. *La globalización y el empleo*. op. cit., p. 50.

En todo caso, la caracterización de la informalidad no puede entenderse como un proceso acabado o perfecto. En algunos casos, las constantes intersecciones, conexiones y flujos entre la economía formal y la informal crean relaciones casi inescindibles. A estas se agregan elementos de tipo organizativo o esquemático de las necesidades empresariales y de trabajo. Todos estos factores hacen parte del fenómeno de la informalidad, aumentan su complejidad estructural y dificultan una única caracterización posible.

En virtud de los anteriores factores, de acuerdo con CHEN, se pueden encontrar casos de trabajo asalariado formal e informal, de trabajo informal en empresas formales o de trabajo asalariado híbrido. En este último concurren condiciones formales e informales, como, por ejemplo, la cotización al sistema de seguridad social sobre la base de un salario inferior al efectivamente recibido, la realización de un trabajo autónomo de subsistencia o de un trabajo autónomo que busca la evasión de las cargas administrativas, fiscales y de seguridad social. También se pueden entender incluidos trabajadores familiares no remunerados, empresas familiares, empleados en empresas informales, trabajadores ocasionales o por días, trabajadores domésticos, trabajadores no registrados o no declarados y algunos trabajadores temporales o a tiempo parcial y, en algunos casos trabajadores agrícolas⁴⁶.

La informalidad es un fenómeno tan heterogéneo que ANNE TREBILCOCK advierte que este puede generar dificultades para la formulación de políticas del mercado, para el derecho del trabajo, para los abogados laboristas y para los legisladores. La dificultad deviene de que la informalidad rompe con la idea tradicional de la protección del trabajo que está ligada directamente al empleo formal⁴⁷. En este sentido, la informalidad se considera como aquella actividad que no se ajusta a los parámetros normativos establecidos para el trabajo formal de un determinado país⁴⁸.

En esa misma dirección, se advierte que la caracterización actual de la informalidad incorpora una paradoja porque esta categoría incluye nuevas formas de trabajo y de empleo que se encuentran en lugares contrapuestos entre sí en términos de vulnerabilidad e ingreso, pero que tienen un factor común porque están excluidos de los sistemas de protección social⁴⁹. Esta paradoja causa que algunos trabajadores informales se encuentren en lugares sociales privilegiados y posean capital social y económico, mientras que, en el otro extremo, exista un

⁴⁶ CHEN, MARTHA. "Rethinking the Informal Economy". op. cit., pp. 2-3.

⁴⁷ TREBILCOCK, ANNE. "Using Development Approaches to Address the Challenge of the Informal Economy for Labour Law". En: DAVIDOV, GUY y LANGILLE, BRIAN (eds.). *Boundaries and Frontiers of Labour Law*. Hart Publishing, Oxford, 2006, p. 65.

⁴⁸ ROUTH, SUPRIYA. "Informal Workers' Agregation and Law". *Theoretical Inquires in Law*, vol. 17, n° 1, 2016, p. 286.

⁴⁹ FUDGE, JUDY y OWENS, ROSEMARY. "Precarious work, women, and the new economy. The challenge to legal norms". En: FUDGE, JUDY y OWENS, ROSEMARY (eds.). *Precarious work, women, and the new economy. The challenge to legal norms*. Hart Publishg, Oxford, 2006, p. 8.

grupo más numeroso de personas que realizan trabajo en condiciones precarias, con mala remuneración y con un mayor grado de vulnerabilidad⁵⁰.

La multiplicidad de situaciones que pueden presentarse en la informalidad ha permitido sostener la tesis de que se trata de un concepto de exclusión. Esto quiere decir que la informalidad comprende diversas formas de trabajo que no se ajustan a los cánones formales de trabajo. Como lo señalan GUY DAVIDOV y BRIAN LANGILLE, la informalidad opera como un fenómeno en el que existe una exclusión total o parcial de los trabajadores del alcance de protección de las normas laborales⁵¹.

Para estos autores, esta situación es evidente en las relaciones triangulares de empleo y en las formas atípicas de empleo alrededor de todo el mundo. A diferencia del ‘trabajo estándar’, en aquellas formas de trabajo se pueden encontrar trabajadores que son titulares de algunos derechos básicos (i.e salario mínimo) pero que, al mismo tiempo, no disfrutaban de otras garantías como los derechos colectivos o de protección⁵². Eso implica que, al interior de la informalidad, también existen diversas situaciones frente al goce y disfrute efectivo de los derechos sociales y de las condiciones económicas y jurídicas de los trabajadores.

En virtud del alto grado de heterogeneidad, MARTHA CHEN, JOANN VANEK y FRANCIE LUND plantean que es necesario hacer una división más específica del empleo informal mediante la creación de dos subcategorías. En concreto, proponen una división entre los trabajadores informales que trabajan por cuenta propia y los trabajadores que tienen la condición de empleados asalariados pero que están en la informalidad⁵³.

Sobre este primer grupo, KAMALA SANKARAN advierte que se trata de quienes se encuentran expuestos a un mayor grado de vulnerabilidad dentro de la informalidad. En efecto, en el trabajo autónomo informal no existe una vinculación y no hay subordinación directa para una empresa formal⁵⁴. En el segundo grupo se encuentran las personas que trabajan como empleadas de empresas formales o informales, pero carecen de un contrato formal o de alguno de los beneficios de la protección social. Como lo identificó también la OIT, en esta categoría existen algunos trabajos que son más proclives que otros a estar en la informalidad. Esto puede suceder en virtud de la modalidad, del tipo de trabajo o de las características no estándar del trabajo. Sin embargo, una de las actividades que puede realizarse tanto en el

⁵⁰ FUDGE, JUDY. “Blurring Legal Boundaries: Regulating for Decent Work”. En: FUDGE, JUDY; MCCRYSTAL, SHAE y SANKARAN, KAMALA (eds.). *Challenging the Legal Boundaries of Work Regulation*. Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 12-13.

⁵¹ DAVIDOV, GUY y LANGILLE, BRIAN. “Introduction: Goals and Means in Regulation of Work”. En: DAVIDOV, GUY y LANGILLE, BRIAN (eds.). *Boundaries and Frontiers*. op. cit., p. 2.

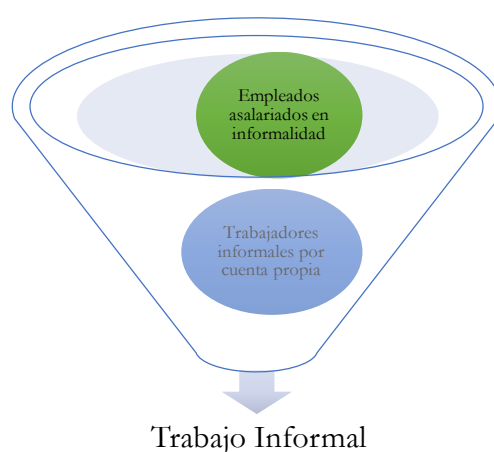
⁵² DAVIDOV, GUY y LANGILLE, BRIAN. “Introduction: Goals and Means”. op. cit., p. 2.

⁵³ CHEN, MARTHA; VANEK, JOANN y LUND, FRANCIE et al. *Women, Work and Poverty. Progress of the world's women*. United Nations Development Fund for Women (UNIFEM), Nueva York, 2005, p. 38.

⁵⁴ SANKARAN, KAMALA. “Informal Employment and the Challenges for Labour Law”. En: DAVIDOV, GUY y LANGILLE, BRIAN (eds.). *The Idea of Labour Law*. Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 225.

marco del trabajo autónomo informal como en el trabajo dependiente en empresas formales o empresas informales es el del trabajo doméstico para hogares cuando se trata de una empresa familiar. El trabajo doméstico es, como lo señala CHEN, una actividad paradigmática o prototípica dentro de la informalidad. Además, no se enmarca en ninguna de las escuelas clásicas de la informalidad⁵⁵.

Dentro de la segunda categoría también se ubican los trabajadores empleados en empresas informales, los trabajadores ocasionales o por días, los trabajadores temporales o a tiempo parcial, los trabajadores domésticos remunerados, los trabajadores no registrados o no declarados y los trabajadores industriales externos o -también llamados- trabajadores a domicilio⁵⁶. De acuerdo con CHEN, en este segundo grupo, la condición de trabajadores informales dependerá –principalmente- del alcance de la regulación laboral y del grado de aplicación y de eficacia de las normas de protección social y laboral (*Gráfica 3*)⁵⁷.



Gráfica 3. Elaboración propia.

Como lo había señalado la OIT desde la 90ª Conferencia de 2002, el elemento esencial que permite caracterizar a la economía informal es la poca o nula protección jurídica que los ordenamientos jurídicos nacionales garantizan a estas actividades y a quienes las realizan⁵⁸. Se trata de una situación de insuficiente protección normativa que se presenta por dos razones principales. Por una parte, las actividades que realizan los trabajadores no están reconocidas ni incluidas en la legislación nacional formal. En segundo lugar, cuando las

⁵⁵ CHEN, MARTHA; VANEK, JOANN y LUND, FRANCIE. *Women, Work and Poverty*. op. cit., p. 38 y CHEN, MARTHA. "Recognizing Domestic Workers, Regulating Domestic Work: Conceptual, Measurement, and Regulatory Challenges". *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 23, n° 1, 2011, pp. 170-176.

⁵⁶ CHEN, MARTHA; VANEK, JOANN y LUND, FRANCIE. *Women, Work and Poverty*. op. cit., p. 38.

⁵⁷ CHEN, MARTHA; VANEK, JOANN y LUND, FRANCIE. *Women, Work and Poverty*. op. cit., p. 38.

⁵⁸ OIT. "El trabajo decente y la economía informal". op. cit., p. 3.

actividades están reguladas, el contenido normativo es insuficiente o, en la práctica, la protección para los trabajadores es ineficaz⁵⁹.

Eso quiere decir que los trabajadores en la informalidad se enfrentan a situaciones de ausencia de regulación y de reconocimiento (invisibilidad) o de protección y reconocimiento insuficiente. En consecuencia, su situación jurídica les genera una afectación grave en materia de derechos laborales y de derechos humanos fundamentales. Este diagnóstico se torna más preocupante si se tiene en cuenta que las personas que están en riesgo de exclusión social son quienes se encuentran frecuentemente dentro de este segmento de la economía.

En relación con este último aspecto, la OIT advirtió que la informalidad no solo era un fenómeno complejo por la multiplicidad de situaciones laborales en las que se pueden encontrar los trabajadores, sino por el alto riesgo que asumen quienes están al margen de la protección laboral dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales.

En concreto, estas situaciones de riesgo están condicionadas por un vector objetivo y uno subjetivo. El primero se refiere a las actividades que desarrollan y, el segundo, a los perfiles de las personas que trabajan en la informalidad. Según el vector objetivo, los grados de vulnerabilidad varían en función del tipo de actividades, del ingreso económico que estas producen, de la valoración social de esa actividad y de la protección jurídica que se reconoce a la misma por el ordenamiento jurídico. El segundo aspecto está determinado por aspectos como el empoderamiento, el desarrollo de capacidades y la libre determinación de las personas que trabajan en la informalidad. Asimismo, la situación de vulnerabilidad podría estar condicionada a si se trata de una informalidad de escape o de exclusión⁶⁰.

En este sentido, la OIT advirtió que a la desprotección jurídica en los ordenamientos nacionales se agregan otros aspectos sustantivos característicos de la informalidad. Dentro de estos elementos adicionales se encuentra, en primer lugar, la conexión entre la pobreza y la informalidad. Desde luego, no se puede afirmar que todas las personas que trabajan en la informalidad son pobres, pero se ha demostrado que existe una fuerte tendencia a desplazar a las personas pobres hacia los espacios económicos informales⁶¹.

Estos espacios de informalidad son ocupados tanto por hombres como por mujeres. Sin embargo, estas últimas son quienes encuentran en la informalidad un lugar de participación en el mercado del trabajo. La participación de las mujeres está relegada a las actividades con

⁵⁹ OIT. “El trabajo decente y la economía informal”. op. cit., pp. 25-61 y WILLIAMS, COLIN y LANSKY, MARK. “Empleo informal en economías desarrolladas”. op. cit., p. 401.

⁶⁰ La idea de informalidad de escape e informalidad de exclusión en: WILLIAMS, COLIN y LANSKY MARK. “Empleo informal en economías desarrolladas”. op. cit., pp. 408-409.

⁶¹ CHEN, MARTHA. “Rethinking the Informal Economy”. op. cit., p. 4.

peor remuneración y con baja valoración social. Esta situación refleja la doble exclusión social en la que se encuentran las mujeres pobres⁶².

Es frecuente que, además de las mujeres, otras personas que se encuentran en un alto riesgo de exclusión social deban incorporarse al mercado laboral informal. Entre otros grupos, este es el caso de las personas extranjeras con estatus migratorios precarios quienes se desempeñan como trabajadores temporeros o indocumentados. También los miembros de las minorías étnicas, las personas en situación de discapacidad y los integrantes de la comunidad LGTBIQ. Los individuos que pertenecen a estos grupos encuentran en la informalidad un espacio de participación laboral prevalente. En muchas personas concurren más de dos elementos con lo cual se genera una potencial discriminación múltiple en el que es esencial tener en cuenta el concepto de interseccionalidad y transversalidad en el análisis. Este concepto se convierte en esencial en el estudio y caracterización de la informalidad, así como en el análisis que se hará en esta investigación sobre el trabajo doméstico y del cuidado y sus distintos niveles de prestación⁶³.

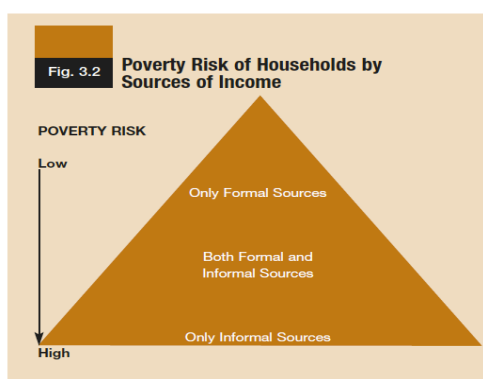
Los vectores objetivos y subjetivos -a los que se hizo referencia previamente- confluyen y generan distintos grados de vulnerabilidad. Una persona muy vulnerable puede realizar una actividad que no se encuentra excesivamente desprotegida o viceversa. Los peores grados de riesgo surgen cuando una persona muy vulnerable realiza una actividad que se encuentra altamente desprotegida. Esa forma de relacionar la actividad con las condiciones de quien la realiza genera múltiples combinaciones en el marco de la segmentación que han sido ilustradas por MARTHA CHEN mediante la figura de una pirámide.

La pirámide (*Gráfica 4*) muestra un aspecto determinante a la hora de identificar los niveles o grados de desprotección a través de un esquema segmentado. En el diagrama se utilizan dos vectores: el riesgo de pobreza de los hogares y las fuentes de ingreso. Esta idea piramidal demuestra que el riesgo de pobreza de los hogares aumenta en la medida en que los ingresos del hogar dependen de recursos informales. En este sentido, existe un mayor riesgo de pobreza para aquellos hogares que dependen exclusivamente de recursos informales, mientras que existe un menor riesgo de pobreza para quienes obtienen sus ingresos exclusivamente de recursos formales. En el nivel intermedio de riesgo se encuentran quienes derivan sus ingresos tanto de la economía formal como de la economía informal, tal y como se visualiza a continuación (*Gráfica 4*)⁶⁴.

⁶² OIT. “El trabajo decente y la economía informal”. op. cit., p. 63.

⁶³ El concepto de interseccionalidad tiene origen en los estudios sobre género, raza y etnia y poscolonialismo. Por consiguiente, el concepto enfatiza en “los efectos entrelazados de clase, raza, género, y sexualidad, resaltando las formas en que las categorías de identidad y estructuras de desigualdad se constituyen mutuamente y desafían la separación en categorías de análisis discretas”. THORNTON DILL, BONNIE y KOHLMAN, MARLA. “Intersectionality A Transformative Paradigm in Feminist Theory and Social Justice”. En: HESSE-BIBER, SHARLENE NAGY (ed.). *The Handbook of Feminist Research: Theory and Praxis*. SAGE publications, California, 2ª ed., 2012, p. 154.

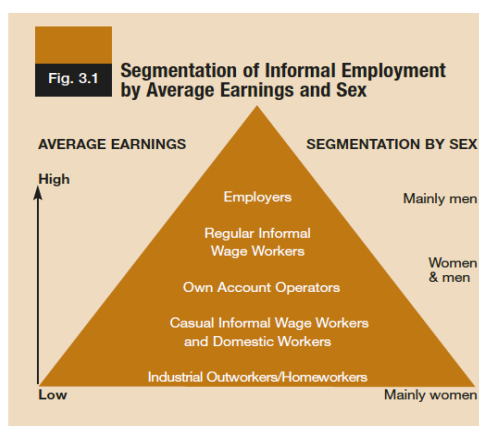
⁶⁴ CHEN, MARTHA; VANEK, JOANN y LUND, FRANCIE. *Women, Work and Poverty*. op. cit., p. 54.



Gráfica 4. Riesgo de pobreza de los hogares en función de la fuente de obtención de recursos

En esta misma investigación, las autoras señalan otro aspecto determinante que permite identificar distintos niveles de vulnerabilidad dentro de la informalidad. Esta vez enfrentan dos vectores: la segmentación del empleo informal por ingresos medios y el género. Este segundo vector permite comprobar el elemento subjetivo que causa mayor vulnerabilidad dentro la informalidad⁶⁵.

La intersección de estos dos segmentos permite concluir que los trabajos con mayores ingresos dentro de la informalidad son desempeñados mayoritariamente por hombres, mientras que los trabajos con menores ingresos medios son desarrollados principalmente por mujeres⁶⁶. Como se puede observar, en los dos últimos segmentos de la pirámide se encuentra el trabajo doméstico y el trabajo a domicilio (Gráfica 5)⁶⁷.



Gráfica 5. Segmentación del empleo informal por sexo.

⁶⁵ CHEN, MARTHA. “Rethinking the Informal Economy”. op. cit., pp. 3-6.

⁶⁶ De acuerdo con datos estadísticos de la OIT, en el año 2010, solo el 10% de los trabajadores domésticos estaban cubiertos por leyes laborales generales en igualdad de condiciones con los demás trabajadores asalariados. Vid. OIT. “Protección social del trabajo doméstico, tendencias y estadísticas”. *Documentos de política de protección social*, n°16, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016, p. 12.

⁶⁷ CHEN, MARTHA; VANEK, JOANN y LUND, FRANCIE. *Women, Work and Poverty*. op. cit., p. 54.

Estas dos gráficas permiten inferir que la pirámide se hace más ancha en la medida en que se dan distintos niveles de intersección entre la informalidad, el género y la pobreza. En la base de la pirámide se encuentran las actividades con mayor vulnerabilidad y déficit de protección jurídica y económica. Por consiguiente, se acredita la relación entre la informalidad, es decir, entre la ausencia o invisibilidad normativa y la pobreza. Además, se refleja la mayor discriminación para las mujeres en el mundo del trabajo por cuanto realizan actividades informales con menor valoración social y económica⁶⁸.

Estos dos aspectos son determinantes para el análisis sobre la igualdad de género y de oportunidades. En efecto, la dimensión de género es vertebral en el estudio de la informalidad porque las mujeres tienen una alta participación en este segmento de la economía. Sin embargo, ellas se dedican a los trabajos peor remunerados y en condiciones de mayor invisibilidad jurídica y social⁶⁹. Eso significa que las mujeres tienen menor cobertura por parte de la legislación laboral nacional⁷⁰.

De acuerdo con lo anterior, es importante señalar que el trabajo para el consumo propio y el trabajo doméstico son dos ejemplos de actividades laborales predominantemente informales con un impacto de género transversal de alta intensidad. Estos dos trabajos son desarrollados por las mujeres dentro de la economía informal y se caracterizan porque constituyen una extensión de los roles tradicionales de género. Así lo han mostrado algunas de las investigaciones de la OIT en África, en las que se afirma:

“Las mujeres de la economía informal que trabajan fuera del sector agrícola estaban bastante concentradas en actividades que son una extensión de sus quehaceres domésticos, tales como la venta de cerveza casera, puestos de comida y otras formas de venta de alimentos cocinados, así como en la fabricación de esteras y productos de fibra, productos de barro, productos de alimentos procesados y productos textiles. Los hombres, por otro lado, diversifican más sus actividades informales en el comercio, la fabricación, la construcción, los servicios a personas y a la comunidad, el transporte, la minería y la cantería. Las actividades de los hombres normalmente requieren inversiones en capital. Los principales clientes de los trabajadores informales de ambos sexos eran individuos (94 por ciento), seguidos de pequeñas empresas”⁷¹.

La alta presencia de las mujeres en la informalidad y en las actividades con menos ingresos y con menor reconocimiento social causan una situación de discriminación que se profundiza si a los anteriores elementos se agregan las responsabilidades del cuidado. Como se señalará a lo largo de toda esta investigación, el cuidado ha sido considerado tradicionalmente como

⁶⁸ CHEN, MARTHA. “Rethinking the Informal Economy”. op. cit., pp. 3-4.

⁶⁹ OIT. “El trabajo decente y la economía informal”. op. cit., p. 15.

⁷⁰ TREBILCOCK, ANNE. “Using Development Approaches”. op. cit., pp. 66-67.

⁷¹ OIT. “El trabajo decente y la economía informal”. op. cit., p. 19.

una responsabilidad (obligación) de las mujeres. Como también se sostendrá en este trabajo, la alta participación de las mujeres en los trabajos del cuidado incide de manera negativa en la forma como las mujeres se relacionan con el mercado del trabajo. Por esa razón, la OIT ha advertido que:

“(…) las mujeres son las encargadas del cuidado de las personas en la sociedad, y los recientes cambios sociales y demográficos (reflejados, por ejemplo, en la migración, el divorcio, las mujeres cabezas de familia y las pautas de envejecimiento y mortandad) suponen para las mujeres cada vez más cargas y menos medios para cuidar de ellas mismas y de sus familias”⁷².

En este sentido, el vector del cuidado de los demás ha sido determinante en la forma como las mujeres se han relacionado con el mercado del trabajo formal e informal. El denominador común es que, en ambos, las mujeres han pasado a realizar principalmente actividades que pueden denominarse de *extensión* de los roles socialmente asignados. Como se verá a lo largo de todo este trabajo, esta situación ha causado dos efectos negativos en materia de igualdad. Por una parte, ha incidido negativamente en la valoración social y económica que se ha atribuido a estos trabajos dentro del mercado del trabajo y dentro de un derecho del trabajo que ha sido construido a partir de un modelo industrial. Por otra parte, según se mostrará más adelante, las mujeres siguen asumiendo mayoritariamente las responsabilidades del trabajo del cuidado de los más débiles de la sociedad. Esta es una de las razones para considerar que el trabajo doméstico y del cuidado en el entorno familiar además de un elemento de análisis en la economía informal es, en sí mismo, un trabajo informal.

1.5. NUEVAS PERSPECTIVAS SOBRE LA INFORMALIDAD EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN: LA SUPERACIÓN DEL CRITERIO MERCANTIL Y EL RECONOCIMIENTO DEL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO FAMILIAR COMO UN TRABAJO INFORMAL

El reconocimiento de que la informalidad es un fenómeno complejo y heterogéneo fue un primer salto en la comprensión reciente de la informalidad. En su análisis piramidal y segmentado sobre las distintas interacciones y relaciones que se enmarcan dentro de la informalidad descrito en la sección anterior, MARTHA CHEN identificó aspectos relevantes para la construcción de una nueva idea sobre este fenómeno. Entre estos aspectos se destacan cuatro: i) la existencia de diferentes estándares o niveles de invisibilidad y consecuentemente de vulnerabilidad social, económica y jurídica; ii) la identificación de que las actividades informales con mayor vulnerabilidad e invisibilidad son desarrolladas principalmente por mujeres; iii) que el trabajo doméstico y del cuidado, el trabajo a domicilio y el trabajo familiar son las actividades peor valoradas social y económicamente dentro de la informalidad y, finalmente, iv) que existen distintos vínculos entre la economía informal y la economía formal y el desarrollo regulatorio formal.

⁷² OIT. “El trabajo decente y la economía informal”. op. cit., p. 63.

En cuanto a la respuesta a la informalidad, la propuesta de MARTHA CHEN se sostiene en dos aspectos relevantes. El primero, que en cada uno de los segmentos de la economía informal el proceso de formalización significa diferentes cosas y, por otra parte, que es poco probable que muchos trabajadores como empresas informales logren formalizarse. En este sentido, advierte que el “desafío político consiste en reducir los costos de trabajar informalmente y aumentar los beneficios de trabajar formalmente”⁷³.

En la misma dirección, autoras como KAMALA SANKARAN advierten que es necesario reconceptualizar el derecho del trabajo para integrar dentro de su marco de protección algunas actividades consideradas como informales y que no han transitado o que no transitarán hacia la formalidad bajo los cánones empresariales y monetarios de empleo. Por consiguiente, es necesario incorporar dentro del marco de protección del derecho del trabajo algunos trabajos y actividades productivas que es probable que nunca transiten al modelo de formalización basado en estructuras empresariales, industriales o mercantiles clásicas. Además, es importante ofrecer alternativas desde el derecho del trabajo a las actividades que no han sido reconocidas como objeto de protección social y que deben ser tenidas en cuenta al momento de proponer alternativas de protección que correspondan con las realidades laborales de los países del sur⁷⁴.

Uno de los argumentos en los que se fundamenta esta afirmación es que las corrientes clásicas de la informalidad señalaron que muchas de estas formas de trabajo consideradas como no convencionales desaparecerían progresivamente o que se transformarían en empleos asalariados dentro de un modelo de trabajo estándar. Un ejemplo de estos trabajos que eran considerados tradicionales y que debían transitar hacia modelos laborales modernos e industriales eran:

“los trabajadores por cuenta propia, trabajadores agrícolas, los trabajadores a domicilio, trabajadores familiares, trabajadores domésticos, trabajadores del cuidado no remunerados dentro de la familia y la comunidad, los que han representado tradicionalmente, la mayor parte de la fuerza de trabajo en el mundo en desarrollo”⁷⁵.

No obstante, esa transición nunca ocurrió a pesar de que pasaron los años, ocurrieron distintos cambios económicos y aumentó el crecimiento económico de algunos países y regiones. En este sentido, SANKARAN considera que es necesario hacer frente a este tema

⁷³ CHEN, MARTHA. “Rethinking the Informal Economy”. op. cit., p. 11.

⁷⁴ KAMALA SANKARAN sostiene que los cambios actuales en la economía mundial contribuyen a un debate sobre el alcance del derecho del trabajo y particularmente constituyen una oportunidad para que el derecho laboral repense y se posicione sobre las relaciones de empleo y sobre el trabajo a nivel mundial. *Vid.* SANKARAN, KAMALA. “Informal Employment”. op. cit., p. 224.

⁷⁵ TEKLÈ, TZEHAINESH (ed.). *Labour Law and worker protection in developing countries*. Hart Publishing, Ginebra, 2010, p. 13.

como un asunto que corresponde al derecho del trabajo porque permitiría buscar alternativas serias frente a la informalidad y construir un derecho del trabajo que garantice mayor efectividad y cobertura⁷⁶.

Un segundo elemento a tener en cuenta es que las dinámicas del trabajo familiar, así como el trabajo forzoso, deberían ser objeto de análisis a la luz de esta construcción de marcos normativos incluyentes del derecho del trabajo. Para ello, SANKARAN sugiere que es necesario e imprescindible analizar las relaciones de poder más allá de las relaciones subordinadas de empleo, empresariales y mercantiles⁷⁷.

La importancia de un análisis más incluyente y amplio implica reconocer que se pueden presentar situaciones en las que se solapa el trabajo familiar con el trabajo forzoso de mujeres y de los niños y niñas del hogar. Este tipo de situaciones se puede presentar gracias a que el velo impenetrable de las relaciones familiares por parte del derecho del trabajo facilita que se someta a las mujeres y a los niños a situaciones de abuso y de clara dominación en la distribución de ingresos, la toma de decisiones y la asignación de determinados trabajos y tareas. De hecho, como lo señala SANKARAN, en algunos países como la India, el trabajo no remunerado relacionado con las actividades domésticas (e.g. limpieza, preparación de alimentos y el cuidado de niños, adultos mayores y personas enfermas) incorpora actividades que aún no han sido consideradas como económicamente productivas⁷⁸.

Una postura más incluyente del derecho del trabajo en este tipo de relaciones permitiría conocer e identificar que existen verdaderas situaciones de dominación y explotación laboral que, hasta ahora, han sido dejadas de lado por la construcción epistemológica del derecho del trabajo⁷⁹.

De allí la necesidad de que los trabajadores familiares y otros trabajadores por cuenta propia sean tenidos en cuenta en los márgenes de la laboralidad y en los sistemas de protección social. Como señala SANKARAN: “los trabajadores por cuenta propia y trabajadores familiares no remunerados, que no tienen acceso a ningún tipo de cobertura de la seguridad social contributiva, también deben ser incluidos dentro de la categoría de los que están en el empleo informal”⁸⁰.

Asimismo, SANKARAN destaca la necesidad de crear marcos normativos que garanticen un trabajo decente para todas las personas. Destaca que existe una alta vinculación entre la pobreza y la ausencia de mecanismos de protección laboral y de seguridad social porque las

⁷⁶ SANKARAN, KAMALA. “Informal Employment”. op. cit., pp. 224, 232.

⁷⁷ SANKARAN, KAMALA. “Informal Employment”. op. cit., p. 225.

⁷⁸ SANKARAN, KAMALA. “Labour Law in South Asia. The need for an inclusive approach”. En: TEKLÉ, TZEHAINESH (ed.). *Labour Law and worker protection*. op. cit., p. 253.

⁷⁹ SANKARAN, KAMALA. “Informal Employment”. op. cit., p. 230.

⁸⁰ SANKARAN, KAMALA. “Informal Employment”. op. cit., pp. 226.

normas laborales se han centrado particularmente en regular las relaciones de empleo estándar en la economía formal. En consecuencia, muchas de las personas que se encuentran dentro de la economía informal son trabajadores pobres que tienen unos ingresos bajos, se enfrentan a situaciones de trabajo altamente precarias y poco seguras⁸¹.

Un tercer elemento a tener en cuenta es el claro sesgo de género en los criterios de exclusión de las actividades laborales. Paradójicamente, como se señaló por la OIT y por teóricas como MARTHA CHEN y KAMALA SANKARAN, las mujeres son quienes participan mayoritariamente en las actividades invisibles y más vulnerables. Esta situación se traduce en que un número considerable de mujeres, especialmente en los países del sur global, quedan por fuera del radio de protección normativa del derecho del trabajo.

El trabajo familiar y el trabajo doméstico y de los cuidados realizado en el entorno doméstico son trabajos típicamente excluidos de los sistemas de protección. En este sentido, se ha señalado que un derecho del trabajo que tenga una perspectiva de género más comprensiva con la realidad de las mujeres en el mundo, debería implicar su reconocimiento como trabajo y reconocer que dentro del entorno familiar las mujeres también pueden enfrentar relaciones de dominación producto de la cultura patriarcal, el abuso y la explotación. Esta situación ameritaría una mayor intervención del derecho del trabajo porque se presenta una eventual intersección entre el trabajo familiar y el trabajo forzoso. Estas situaciones son dejadas de lado y desconocidas por el derecho del trabajo⁸².

Según BARBARA HARRIS-WHITE es importante enfatizar en los elementos culturales que refuerzan la dominación patriarcal. La autora utiliza el ejemplo del sistema de la dote del sur de la India para destacar que, dentro de la organización de las empresas familiares, las mujeres y los niños realizan actividades completamente invisibles en el reconocimiento social, económico y jurídico, mientras que algunos de los trabajos asignados a los hombres son muy visibles y bien retribuidos⁸³.

Un ejemplo similar es descrito por MARTHA CHEN. Se trata de las mujeres en África quienes, ante la situación de contagio y propagación del VIH, han asumido dentro de sus comunidades la mayor parte del cuidado de los enfermos y de las personas dependientes. El desarrollo de este trabajo es frecuentemente asignado por los líderes -en su mayoría, hombres- de las comunidades étnicas o tribales. En este sentido, la autora señala que es

⁸¹ SANKARAN, KAMALA. "Labour Law in South Asia". op. cit., p. 233.

⁸² SANKARAN, KAMALA. "Informal Employment". op. cit., pp. 225-226.

⁸³ HARRIS-WHITE, BARBARA. "Inequality at Work in the Informal Economy: key issues and illustration". *International Labour Review*, vol. 142, n° 4, 2003, p. 462.

necesario visibilizar los costos ocultos del trabajo del cuidado en situaciones como el contagio masivo de personas con VIH⁸⁴.

Por otra parte, las corrientes teóricas posmodernas sobre la informalidad, cuyo foco de análisis son los países del norte global, destacan que el reconocimiento de la informalidad como un fenómeno heterogéneo implica entender que no existe una única explicación posible que justifique la informalidad. No existe solo una informalidad de escape y una informalidad producto de la exclusión. En ese sentido, COLIN WILLIAMS afirma que es necesaria una reconceptualización fundamental de la naturaleza del trabajo informal que incluya la informalidad motivada por la solidaridad⁸⁵. Por consiguiente, esta corriente destaca que es necesario replantearse la idea clásica de que las personas actúan motivadas exclusivamente por razones económicas ligadas al lucro, la obtención de mayores ganancias y el ahorro.

Del mismo modo, desde estos enfoques se señala que hacen parte de la economía informal o no declarada las actividades laborales sin ánimo de lucro que buscan el beneficio de otras personas (economía cooperativa) y los trabajos o transacciones económicas que se hacen generalmente a través de redes de solidaridad entre amigos, vecinos y familiares sin fines de lucro. Esta postura destaca que estas transacciones ameritan ser estudiadas en detalle como actividades informales orientadas hacia la solidaridad y que trascienden de la informalidad de escape y de la informalidad de exclusión⁸⁶.

Además, señalan que en Europa las actividades comprendidas dentro del trabajo no declarado o informal que están orientadas hacia la solidaridad hacen parte de la economía sumergida que más porcentaje de personas vincula. Dentro de las actividades que más se desarrollan en este segmento de la economía existe una alta participación de las mujeres. De hecho, estudios empíricos y estadísticos concluyen que las mujeres participan con mayor frecuencia que los hombres en el trabajo informal solidario. Las mujeres participan principalmente en los trabajos de servicios, entre estos, los trabajos domésticos y del cuidado⁸⁷.

Este último análisis sobre la informalidad resulta novedoso frente a las demás escuelas que se han expuesto previamente. Lo relevante de esta corriente es que se entiende como trabajo informal a una actividad que supera los límites de lo monetario y de la obtención de

⁸⁴ CHEN, MARTHA; VANEK, JOANN y LUND, FRANCIE. *Women, Work and Poverty*. op. cit., p. 23. Sobre el trabajo invisible de las mujeres en el plano comunitario y doméstico y de las mujeres en el cuidado: TEKLÈ, TZEHAINESH. *Labour Law and worker protection*. op. cit., p.16.

⁸⁵ WILLIAMS, COLIN. "Reconceptualizing Women's and Men's Undeclared Work: some results from European Union survey". *Gender Work and Organization*, vol. 18, n° 4, 2011, p. 416.

⁸⁶ PFAU-EFFINGER, BIRGIT. "Varieties of Undeclared Work in European Societies". *British Journal of Industrial Relations*, vol. 47, n° 1, 2009, p. 84.

⁸⁷ WILLIAMS, COLIN. "Reconceptualizing Women's and Men's". op. cit., pp. 417 y 419.

beneficios económicos directos para su realización y que su motivación se sostiene principalmente de obtener la ayuda de otros dentro de redes sociales y de cooperación⁸⁸.

WILLIAMS y LASKY sostienen que las corrientes posmodernas sobre la informalidad implican la superación de una lectura de la realidad y de las motivaciones humanas universales basadas exclusivamente en lo mercantil, comercial y lo monetario que son valores propios de las relaciones de intercambio y consumo. Por consiguiente, objetan que se asuma que las relaciones siempre están mediadas por un interés o por la búsqueda de beneficios económicos. En este orden, sus estudios destacan que:

“Además del trabajo informal que tiene lugar en el contexto de relaciones comerciales motivados por beneficios, estos nuevos estudios demuestran la existencia en los países desarrollados de trabajo informal por cuenta propia realizado por parientes, vecinos, amigos y conocidos por razones que tienen más que ver con fines redistributivos, familiares, solidarios que con una ganancia financiera. En estos casos el empleo informal es también una elección voluntaria, que no se puede calificar, no obstante, como decisión económica racional, como mantiene el modelo neoliberal, sino como iniciativa solidaria”⁸⁹.

Esta corriente señala que la idea de informalidad se ha centrado de manera exclusiva en el elemento empresarial y laboral en el que está de por medio un interés económico y mercantil directo. Por consiguiente, desde un análisis crítico, plantea que la definición de los rangos de la economía informal se ha concentrado en el trabajo informal por el que se recibe una retribución monetaria, en el que existen relaciones empresariales y predominantemente subordinadas.

Sin embargo, otros trabajos que se desarrollan dentro del denominado trabajo de autoconsumo o el trabajo de ayuda a la comunidad han sido excluidos de la definición misma de informalidad por la ausencia de un pago económico directo y de una motivación económica empresarial. Además, se parte de la presunción de que estos trabajos son realizados exclusivamente por familiares, amigos y vecinos y que por esta razón son trabajos no pagados y al margen de la consideración de verdaderos trabajos desarrollados dentro de la economía informal⁹⁰. La exclusión de ciertas formas de trabajo, (e.g. el trabajo doméstico y del cuidado familiar, el trabajo voluntario y el trabajo comunitario) de la categoría de informales, también ha implicado que estas formas de trabajo no hayan sido de suficiente interés para el derecho del trabajo.

⁸⁸ PFAU-EFFINGER, BIRGIT. “Varieties of Undeclared Work”. op. cit., pp. 85, 91.

⁸⁹ WILLIAMS, COLIN y LANSKY, MARK. “Empleo informal en economías desarrolladas”. op. cit., p. 406.

⁹⁰ WHITE, RICHARD. “Re-visiting the barriers to participation in mutual aid”. *International Journal of Sociology and Social Policy*, vol. 31, n° 7-8, 2011, p. 394.

Sobre esta forma de trabajo, existe una cierta coincidencia con la postura de KAMALA SANKARAN en la que advierte que, en concreto, en el desarrollo del trabajo doméstico y del cuidado de familiares, la persona que lo realiza puede no buscar una remuneración económica directa y lo hace de manera voluntaria y comprometida. Sin embargo, la autora destaca que lo anterior no es óbice para afirmar que no se trata de un trabajo informal y requiere de unos niveles o estándares de reconocimiento en materia jurídica con la consecuente protección de derechos y consecuente visibilización.

En conclusión, existe una coincidencia entre las dos posturas teóricas antes descritas. El primer punto en común es la necesidad de dar un paso adelante en la visibilización de trabajos que no son recogidos por las categorías del derecho del trabajo por tratarse de trabajos o actividades no subordinadas o por las que no se recibe un salario. El segundo, es el elemento de género como un aspecto transversal de las actividades invisibles dentro de las más invisibles. Esto tiene que ver con el hecho de que son las mujeres quienes se encuentran en las capas de desprotección social más amplia y quienes realizan trabajos por fuera de lo monetario. En este sentido, estas nuevas corrientes de la informalidad ponen el foco en la necesidad de incluir el trabajo que se realiza sin que exista una motivación monetaria en las categorías de trabajo informal. Como se señaló previamente, se parte de la idea del reconocimiento de la actividad como productiva y de que es necesario establecer elementos de protección social y normativa.

2. LA VINCULACIÓN DE LOS MODELOS DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA Y EL IMPACTO DE GÉNERO EN EL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO

La crisis de los Estados como proveedores de servicios en los Estados de bienestar, la consolidación del modelo neoliberal y los cambios en el mundo del trabajo han abierto nuevos interrogantes sobre de la distribución de las responsabilidades del cuidado. Eso ha servido para que progresivamente se individualicen esas responsabilidades. No obstante, el sistema económico no ha abordado este tema con la profundidad que amerita y se ha nutrido de manera parasitaria del trabajo mal remunerado, no reconocido e invisible de las mujeres. En suma, del trabajo informal de las mujeres.

De hecho, algunas teóricas como ROSEMARY OWENS y KERRY RITTICH señalan que el incremento del número de mujeres que se han incorporado en el trabajo remunerado es uno de los cambios más significativos en el mercado de trabajo⁹¹. No obstante, como advierte OWENS, este cambio no ha incidido de manera simultánea en la distribución de las responsabilidades reproductivas. Este desbalance entre el mercado del trabajo y el hogar ha generado una colisión entre las responsabilidades productivas y reproductivas en la que hay

⁹¹ RITTICH, KERRY. "Feminization and Contingency: Regulating the Stakes of Work for Women". En: CONAGHAN, JOANNE; FISCHL, RICHARD y KLARE, KARL (eds.). *Labour Law in an Era of Globalization. Transformative Practices and Possibilities*. Oxford University Press, New York, 2002, p. 117

costos emocionales, económicos y sociales⁹². La alternativa frente a esta descompensación con la conjunción de elementos como el dismantelamiento de los Estados de bienestar y la consolidación del modelo neoliberal ha derivado en una mayor individualización de los cuidados. Esta mayor individualización de los cuidados ha generado, entre otras consecuencias, un alto impacto de género y una mayor estratificación de los cuidados. Estas consecuencias son evidentes cuando se hace un análisis detallado de la división social de los cuidados que evalúa la forma como se distribuyen las responsabilidades entre el Estado, las empresas, el mercado, la comunidad y las familias.

Por consiguiente, en esta sección se abordarán dos enfoques. Por una parte, el impacto en la división social de los cuidados de las transformaciones en el mundo del trabajo (2.1.). En segundo lugar, se identificará la forma como las cargas del cuidado recaen de manera desproporcionada sobre las mujeres más vulnerables de la sociedad y las diferentes relaciones de género que se tejen alrededor de la distribución del cuidado en el contexto económico actual (2.2.).

2.1. LOS CINCO ES LABONES DE LA DIVISIÓN SOCIAL DEL CUIDADO

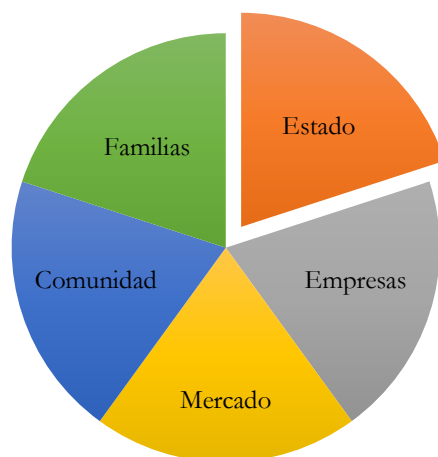
La división social del cuidado se puede diseccionar a partir de dos elementos generales: los aportes económicos para el cuidado, el lugar en el que se proporciona el cuidado y los distintos niveles de prestación relacionados con el estatus laboral, el grado de profesionalización o de familiarización de la prestación⁹³. Además, también es posible determinarlo por la protección social y laboral que se garantiza de quienes trabajan en el cuidado de las personas en situación de dependencia en cada uno de los segmentos de prestación. Según estos factores, la división social del cuidado tiene cinco eslabones: el Estado, las empresas, el mercado, la comunidad y las familias (*Gráfica 6*)⁹⁴. Estos eslabones

⁹² OWENS, ROSEMARY. "Reproducing Law's Workers: Regulatory Tensions in the Pursuit of Population, Participation and Productivity". En: ARUP, CHRISTOPHER y HOWE, JOHN et al (eds.). *Labour Law and Labour Market Regulation. Essays on the Construction, Constitution and Regulation of Labour Markets and Work Relationships*. The Federation Press, Sidney, 2006, pp. 410-411.

⁹³ Teóricas como JANE JENSON advierten que no todo el trabajo del cuidado debe ser definido como un trabajo no remunerado. Una forma de comprobarlo es identificar la división social del cuidado y de contestar las preguntas: ¿quién cuida? ¿quién paga el cuidado? y ¿dónde se proporciona la atención? Identificar estos aspectos permite determinar los distintos niveles de responsabilidad institucional frente al cuidado y, por consiguiente, los costos que cada uno asume. Un compromiso institucional que vincula con diferente intensidad y de acuerdo al contexto a los Estados, a los empleadores y a las familias. JENSON, JANE. "Who Cares? Gender and Welfare Regimes". *Social Politics: International Studies in Gender, State and Society*, vol. 4, n° 2, enero, 1997, pp. 182-187.

⁹⁴ Algunas autoras como SHANHRA RAZAVI presentan un modelo de división social del cuidado a través de lo que denomina como "*care diamond*" (cuidado diamante). Este es un modelo de división de la atención que incluye cuatro esferas de prestación: las familias, el Estado, el mercado y las organizaciones sin ánimo de lucro. En estas últimas, la autora incluye a la comunidad y a las organizaciones religiosas. En la división propuesta por RAZAVI se acepta que existen puntos de intersección. No obstante, en esta investigación doctoral, si bien se comparte la idea de que existen formas de intersección entre las esferas de prestación, se considera que existen cinco eslabones en la división social de los cuidados en el que las empresas asumen una parte importante en las responsabilidades del cuidado. Esta responsabilidad debe ser asumida a través de mecanismos de conciliación de la vida familiar, personal y laboral, prestación de servicios para el cuidado en el entorno empresarial. La

tienen elementos particulares, pero también existen elementos de intersección que se pueden generar a través de responsabilidades compartidas o mediante acuerdos institucionales y contribuciones en red a la prestación del cuidado. Además, las condiciones en las que se realiza la prestación están fuertemente interconectadas. Estos elementos se ilustrarán a lo largo de esta investigación.



Gráfica 6. Elaboración propia.

El primer eslabón es el Estado. Este puede participar en la división social de los cuidados a través de las redes de servicios, de aportes económicos y monetarios directos o mediante transferencias. En el primer caso, tradicionalmente la prestación de servicios se ha enfocado o ha tenido como eje la garantía de los derechos a la salud y a la educación. Algunos Estados han garantizado sistemas institucionalizados para el cuidado de diferentes colectivos (e.g. adultos mayores) por medio de redes de servicio que prestan el cuidado directamente en el domicilio de las personas en situación de dependencia (e.g. servicio de cuidador domiciliario, ayuda doméstica y del cuidado en el domicilio). La creación de la red, la calidad de los servicios y la cobertura han dependido, principalmente, de la solidez de los Estados de bienestar.

El Estado también puede participar mediante transferencias económicas para garantizar el cuidado. Los receptores de la transferencia pueden ser las familias o las personas del entorno familiar que se encargan del cuidado. Esta también puede ser destinada para que las familias que tienen personas en situación de dependencia dispongan de recursos para contratar a una tercera persona. Es decir, el Estado provee de recursos a las familias para que estas obtengan los servicios del cuidado a través del mercado. Los aportes económicos por transferencia pueden consistir en el pago o contribución por hijo a cargo, por periodo de embarazo,

contribución de las empresas también se puede generar a través de políticas para el cuidado de trabajadores y personas de la comunidad en la que impactan mediante políticas de responsabilidad social corporativa y a través del pago de impuestos destinados a la atención de personas en situación de dependencia. RAZAVI, SHAHRA. "The Political and Social Economy of Care in a Development Context. Conceptual Issues, Research Questions and Policy Options". *Gender and Development Programme*, paper n° 3, junio 2007, pp. 20-23.

licencias de maternidad o paternidad y el subsidio por personas en situación de dependencia dentro del entorno familiar.

Existen diversos sistemas para la financiación de estos servicios o aportes económicos. En efecto, estos se pueden financiar con los aportes adicionales al sistema de seguridad social, con los impuestos o por medio de los seguros especiales para enfrentar las situaciones de dependencia. Cuando se usa un sistema de transferencias existen distintos grados de cobertura. En unos Estados hay cobertura universal mientras que en otros solo se ofrecen estas ayudas para la atención de la población más vulnerable. Como ya se señaló, la extensión de los beneficiarios depende del tipo de Estado de bienestar del que se trate y de la comprensión cultural del cuidado de las personas en situación de dependencia.

Como ha sido demostrado por algunos informes técnicos, las políticas para el cuidado cambian en función de cada Estado. Los Estados de bienestar consolidados se caracterizan por establecer distintas medidas que facilitan el cuidado a través de mecanismos de conciliación, corresponsabilidad empresarial e intervención pública. Por ejemplo, en Alemania y en Austria, la intervención pública se basa en “permisos parentales retribuidos y en transferencias a las familias”⁹⁵. Por el contrario, durante los últimos años en Francia:

“debido a la elevada proporción de mujeres que trabajan y a la constatación de las desigualdades de género tanto en el hogar como en el mundo laboral, se han puesto en marcha numerosas políticas encaminadas en mayor medida a la conciliación efectiva que a la elección entre empleo y trabajo doméstico. Esto se concreta en un modelo que utiliza –con niveles elevados de gasto público– los servicios públicos de cuidado, los permisos parentales y las transferencias monetarias a las familias para el cuidado de hijos e hijas”⁹⁶.

El segundo eslabón de la división social del cuidado está conformado por las empresas. En efecto, estas también tienen una responsabilidad frente al cuidado de las personas en situación de dependencia. Sin embargo, la mayor parte de esta responsabilidad se concreta en licencias remuneradas para el cuidado y en aportes a los sistemas de seguridad social que están destinados al pago de las licencias de maternidad o de paternidad. Algunas empresas también invierten recursos en la construcción de guarderías dentro o cerca del lugar de trabajo para facilitar el cuidado de los niños y las niñas durante la primera infancia.

Las empresas también pueden diseñar mecanismos para facilitar el cuidado de las personas en situación de dependencia y pueden adoptar medidas relacionadas directamente con los tiempos para el cuidado. En este ámbito son paradigmáticas las medidas de conciliación horaria que implican un ejercicio del poder de dirección del empresario con el fin hacer

⁹⁵ OIT-PNUD. “Trabajo decente y cuidado compartido: hacia una propuesta de parentalidad”. Organización Internacional del Trabajo y Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Chile, 2013, pp. 79-80.

⁹⁶ OIT-PNUD. “Trabajo decente y cuidado compartido”. op. cit., pp. 79-80.

viabiles los mecanismos para el cuidado. La conciliación y otras medidas de trabajo flexibles se puede realizar mediante la reducción de la jornada o por medio de las denominadas ‘bolsas de horas’. Además, las empresas a través de buenas prácticas empresariales pueden garantizar la corresponsabilidad en el cuidado entre las trabajadoras y trabajadores y contribuir a la igualdad material de oportunidades entre hombres y mujeres al interior de las empresas. Lo anterior también puede impulsar un cambio progresivo de los roles de género vinculados con el cuidado⁹⁷.

Paradójicamente, esas medidas de responsabilidad empresarial en el cuidado dependen del grado de consolidación de los Estados de bienestar y de la existencia de altos niveles de formalización y de empleo. Eso quiere decir que la conciliación para el cuidado no se ha implementado en los países con Estados de bienestar incipientes o inexistentes. Este es el caso de los países del sur global que tienen altos grados de informalidad. En esos contextos, la responsabilidad se centra en la prestación del servicio de salud y de educación con coberturas y calidad deficientes y la responsabilidad de las empresas en este ámbito es marginal o inexistente. Como demuestran algunos informes sobre América Latina:

“Efectivamente las medidas de conciliación vigentes en la normativa laboral tienen una cobertura muy acotada debido al alto porcentaje de empleo informal en los países de la región, que perjudica principalmente a las mujeres. Según datos de la OIT, el empleo informal total afectaba en 2010 al 53.8% de los trabajadores de la región: al 50.9% de los hombres y al 57.6% de las mujeres. Esto implica que solo cuatro de cada diez mujeres que trabajan de manera remunerada están cubiertas por la normativa laboral referida a las medidas de protección de la maternidad y apoyo a los trabajadores/as con responsabilidades familiares. Más allá de la escasa cobertura, las regulaciones laborales para las y los trabajadores de la región representan la política conciliatoria más relevante”⁹⁸.

Además del grado de consolidación del Estado de bienestar, estas medidas también pueden estar condicionadas a la situación laboral concreta del beneficiario. En efecto, no es lo mismo si se trata de un trabajador independiente, autónomo o por cuenta propia. También es importante determinar si la legislación laboral excluye a algunas personas de estas medidas en razón de su categoría profesional. Este puede ser el caso de los trabajadores familiares, los trabajadores agrícolas, los trabajadores temporeros o intermitentes e, incluso, los trabajadores domésticos⁹⁹. En síntesis, generalmente solo aquellas personas que tienen una

⁹⁷ En relación con el papel de las empresas y las corporaciones en la implementación de medidas que faciliten el cuidado de personas y las responsabilidades familiares, se puede consultar: LÓPEZ, JULIA; CHACARTEGUI, CONSUELO y CANTÓN, CESAR. “Social Rights in Changing Labor Markets: Caring for Caregivers in the European Union”. En: STONE, KATHERINE y ARTHURS, HARRY (eds.). *Rethinking Workplace Regulation. Beyond the Standard Contract of Employment*. Russell Sage Foundation, New York, 2013, pp. 342-344.

⁹⁸ OIT-PNUD. “Trabajo decente y cuidado compartido”. op. cit., pp. 32-33 y 42.

⁹⁹ OIT. “Protección de los trabajadores en el mundo del trabajo en transformación. Discusión recurrente sobre el objetivo estratégico de la protección social (Protección de los trabajadores)”. Conferencia Internacional del Trabajo (104ª reunión), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2015, p. 30.

vinculación laboral formal y estándar, pueden ser beneficiarias de la participación empresarial en el cuidado de las personas dependientes y solo los ciudadanos de los países con Estados de bienestar consolidados acceden a la participación pública en el cuidado.

Como se verá a continuación, esa conclusión es preocupante porque el desmantelamiento de los Estados de bienestar, los procesos de precarización del empleo, las altas tasas de desempleo y el aumento del trabajo informal en los países del sur global significan que la mayor responsabilidad del cuidado debe ser asumido por los demás eslabones de la división social de los cuidados: el mercado, la comunidad y la familia. Se trata de la privatización de los cuidados de manera que, el tipo de cuidado que se garantiza a las personas en situación de dependencia obedecerá principalmente al poder adquisitivo de las familias o de los mismos dependientes¹⁰⁰.

En la medida en que se debilitan los Estados de bienestar cambian tres factores, a saber, hay una mayor privatización de los servicios públicos, una mayor individualización de los riesgos y una mayor mercantilización del cuidado de las personas en situación de dependencia. En ese contexto aparece el tercer eslabón de la división social del cuidado porque el mercado empieza a ocupar un fragmento importante del cuidado mediante la oferta de servicios pagados, principalmente por las familias. Servicios que en los países con Estados de bienestar consolidados antes eran asumidos por el Estado. En efecto, el mercado ofrece servicios institucionales, empresariales o personales por medio de cuidadores, enfermeros y enfermeras técnicas o profesionales y trabajadoras y trabajadores del servicio doméstico y del cuidado. Los servicios se prestan en función de los requerimientos del mercado y varían en cuanto al precio, la calidad y la cobertura.

Además de lo anterior, a nivel global hay un fuerte debilitamiento del trabajo estándar y del empleo de calidad que ha llevado al declive de los sistemas de protección social que fueron contruidos desde el esquema de salario familiar al que se hizo referencia al principio de este capítulo. Esa crisis del empleo y de la seguridad social se traduce en el ocaso de la política económica guiada por la idea de que el cuidado debe ser abordado desde una perspectiva social.

En la individualización del cuidado, el mercado ha encontrado un espectro de amplia participación porque suple una parte de los servicios del cuidado que se demandan. Como se indicó previamente, bajo el modelo privado, el grado de cobertura y el tipo, la calidad y la duración del cuidado dependerán del poder adquisitivo de los familiares o de las personas en

¹⁰⁰ La información estadística de la OIT confirma esta tesis. Según la OIT, América Latina y Asia concentran el 68% del trabajo doméstico. Las causas de esa concentración son: la existencia de un mercado de trabajo predominantemente informal, la ausencia o ineficiencia de las políticas de conciliación y los inexistentes o frágiles Estados de bienestar. A esto se suma el hecho de que el servicio doméstico está mal remunerado y es relativamente fácil de contratar. *Vid.* OIT. “Protección social del trabajo doméstico, tendencias y estadísticas”. *Documentos de política de protección social*, n°16, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016, pp. 5-6.

situación de dependencia. Esto explica el aumento importante de la demanda de trabajo doméstico durante los últimos años¹⁰¹.

En el cuarto eslabón de la división social está la comunidad. Esta asume el cuidado de las personas en situación de dependencia a través de iniciativas solidarias, filantrópicas o caritativas. En países como España y Colombia, el aporte de la comunidad al cuidado ha estado a cargo de organizaciones religiosas, de la comunidad barrial o de las redes de amistad. Sin embargo, actualmente existen organizaciones consolidadas a través de ONG's que también se encargan de asumir distintas modalidades del cuidado de las personas en situación de dependencia.

En este cuarto eslabón se encuentran, por lo menos, dos perfiles laborales. Por una parte, las personas que reciben una remuneración por el trabajo que realizan porque tienen relaciones de empleo directo con las organizaciones. Por otra, las personas que realizan esta actividad en virtud de acuerdos informales entre vecinos y conocidos sin recibir ninguna contraprestación económica directa o de acuerdos mixtos con participación estatal de la comunidad y de las personas que demandan la atención. Como se verá en el capítulo quinto, este último es el caso de las madres comunitarias en Colombia.

Finalmente, el último eslabón de la división social de los cuidados es la familia. Esta asume los costos económicos del cuidado a través de dos mecanismos: la transferencia de los cuidados al mercado o la asunción directa del cuidado. En el primer caso, los familiares de la persona dependiente asumen el pago del cuidado para que lo realice un tercero. En el segundo caso, una persona de la familia asume el trabajo cuidado de manera no remunerada y, generalmente, esa función recae sobre las mujeres o sobre la persona que menos oportunidades o ingresos reciba del mercado del trabajo.

En este último evento, la persona que cuida no recibe una remuneración económica directa dentro del mercado de trabajo porque su actividad se realiza al interior de la familia. Eso significa que durante el tiempo del cuidado generalmente no tiene una vinculación con el mercado del trabajo y, en consecuencia, el tiempo que destina al cuidado no es considerado como parte de una actividad laboral, no cuenta como experiencia profesional y las competencias adquiridas por el hecho de haber cuidado no son reconocidas.

Todo lo anterior sucede a pesar de que la actividad del cuidado realizada por un familiar también genera recursos económicos, tiene un costo y es productiva. En efecto, el trabajo y las actividades que realizan los cuidadores familiares también puede ser remunerado a través de una tercera persona en el segmento de prestación correspondiente al mercado. Por esa razón, el costo asumido por las familias -principalmente por las mujeres- debe ser entendido desde un marco global y se deben analizar sus implicaciones en la participación de las mujeres en el mercado de trabajo. Como han indicado algunos estudios:

¹⁰¹ OIT. "Protección social del trabajo doméstico, tendencias y estadísticas". op. cit., p. 1.

“La desigual inserción al trabajo remunerado de las mujeres y su correlato en la carga de trabajo no remunerado están en la base de una gran parte de las desigualdades de género en el sistema capitalista. Las críticas feministas plantean que la organización de este trabajo responde a un sistema de género que opera junto al sistema económico; por ello, las mujeres que lo realizan forman parte de la cadena de valor y del proceso productivo al generar fuerza de trabajo; el valor que se genera, al ser no remunerado, entra en el proceso de acumulación y es trasladado al capital. En este sentido, la pobreza de las mujeres trasfiere recursos al sistema y se convierte en amortiguadora de las crisis sistémicas”¹⁰².

Precisamente por esta razón, MARTHA CHEN sostiene que las mujeres han asumido los costos de la reestructuración de los Estados de bienestar¹⁰³. Las mujeres se han visto afectadas por la globalización de las condiciones de vida precarias que se reflejan en las responsabilidades respecto del cuidado. Por eso, con razón, JUDY FUDGE advierte que las “políticas neoliberales han sometido a las mujeres en todo el mundo a presiones similares”¹⁰⁴.

2.2. LA REDUCCIÓN DEL PAPEL DEL ESTADO COMO PROVEEDOR DE CUIDADO EN LOS ESTADOS DE BIENESTAR Y EL IMPACTO DE GÉNERO EN LA DIVISIÓN SOCIAL DE LOS CUIDADOS

La nueva distribución de las tareas y los roles dentro del sistema de producción en un contexto en el que los Estados de bienestar que proveen servicios de atención para el cuidado de personas en situación de dependencia se desmantelan, en el que existe una menor socialización de los riesgos del cuidado y una mayor participación de las mujeres en el mercado del trabajo es lo que ESPING-ANDERSEN denomina la ‘revolución incompleta’ de las mujeres. De acuerdo con el autor, la revolución incompleta significa que los cambios sociales y tecnológicos no han modificado los roles de las mujeres en la sociedad, sino que se han traducido en un mayor desequilibrio de cargas para las mujeres. En el ámbito concreto del cuidado, la atención de los otros continúa siendo una actividad naturalizada¹⁰⁵.

Los cambios en el mundo del trabajo han marcado nuevos desafíos sociales y económicos con un alto impacto en materia de derechos humanos. En concreto, el ocaso del modelo del contrato de género prometía un impacto positivo para las mujeres porque se esperaba un mayor empoderamiento, un mayor grado de autonomía económica en las relaciones de pareja

¹⁰² VÁSCONEZ, ALISON. “Mujeres, hombres y las economías latinoamericanas: un análisis de dimensiones y políticas”. En: ESQUIVEL, VALERIA (ed.). *La economía feminista desde América Latina. Una hoja de ruta sobre los debates actuales en la región*. ONU-Mujeres, Santo Domingo, 2012, p. 59.

¹⁰³ CHEN, MARTHA; VANEK, JOANN y LUND, FRANCIE. *Women, Work and Poverty*. op. cit., pp. 26-27.

¹⁰⁴ FUDGE, JUDY. “Blurring Legal Boundaries”. op. cit., p. 15.

¹⁰⁵ ESPING-ANDERSEN, GÖSTA. *The Incomplete Revolution. Adapting to women's new roles*. Polity Press, Cambridge, 2009, p. 3.

y familiares, una mayor participación femenina en la esfera pública o deliberativa y la asunción de nuevos roles en la sociedad.

No obstante, esas promesas no se han cumplido. Una de las razones de esta promesa incumplida es producto de la reducción del papel del Estado como proveedor de servicios de cuidado y atención de personas. Los Estados de bienestar consolidados que creaban medidas orientadas al apoyo de las familias a través de la socialización del riesgo de las situaciones de dependencia y de la atención y cuidado de los niños y niñas y personas mayores era un mecanismo de protección de los más débiles y se consideraba como una medida necesaria para la igualdad de género¹⁰⁶. Como se ha indicado, la crisis de este modelo de Estado de bienestar ha causado un proceso de mayor privatización e individualización de las obligaciones y responsabilidades del cuidado. Este, a su vez, ha obligado a que sean las familias quienes, a través de ‘procesos de negociación internos’, distribuyan y organicen la asignación de roles. En este punto, las brechas generadas por los imaginarios de género conducen a que las obligaciones del cuidado recaigan habitualmente sobre alguna de las mujeres del hogar. Al final, son ellas quienes hacen frente al cuidado de los hijos, los padres y los abuelos. Incluso, cuando la familia tiene la capacidad económica para pagar por el cuidado, generalmente es una mujer quien contrata a otra mujer para ‘transferir el trabajo’ que ellas mismas no pueden o no quieren asumir. Esta naturalización del trabajo del cuidado es un claro vestigio de la construcción cultural propia de la división sexual del trabajo.

Por consiguiente, el desmantelamiento del papel de proveedor de los Estados de bienestar permite hacer por lo menos cuatro afirmaciones sobre las consecuencias esenciales en la división social de los cuidados: (i) la perpetuación de un modelo del cuidado en el que las mujeres están presentes en las diferentes escalas de prestación y en el que se les asigna la obligación del cuidado; (ii) un ‘efecto cascada’ el que las garantías jurídicas y de protección social son escalonadas y segmentadas para quienes hacen el trabajo del cuidado; (iii) una mayor individualización y externalización de los cuidados (iv) una alta ‘estratificación de los cuidados’.

2.2.1. Las mujeres frente al cuidado

El primer diagnóstico es el alto impacto de género en el desarrollo de las actividades del cuidado. Existe una especie de círculo vicioso entre las condiciones del mercado laboral para las mujeres y el imaginario del cuidado vinculado a la idea de la mujer como sujeto cuidador por excelencia. En efecto, la desigualdad estructural dentro del mercado de trabajo desplaza a las mujeres hacia los peores segmentos de ese mercado. Además, las impulsa hacia los

¹⁰⁶ Sobre la relación entre los mecanismos de provisión social de los Estados y el impacto en las condiciones materiales y de participación en la vida pública de las mujeres se puede consultar entre otros a: SHOLA ORLOFF, ANN. “Gender and the Social Rights of Citizenship: The Comparative Analysis of Gender Relations and Welfare States”. *American Sociological Review*, vol. 58, n° 3, junio 1993, pp. 303-304 y 312-314 y NAVARRO, VICENÇ. *El subdesarrollo social de España. Causas y Consecuencias*. Anagrama, Barcelona, 2006, pp. 73-85.

lugares del mercado de trabajo con menor remuneración y a reducciones de jornada que afectan de manera directa su derecho a la igualdad y no discriminación en el trabajo lo que implica una clara discriminación indirecta para las mujeres. El círculo se completa con las precarias condiciones laborales en que se desarrolla el trabajo del cuidado. Como se ha indicado en algunos estudios:

“El trabajo en el área del cuidado se caracteriza por concentrar un alto número de mujeres trabajadoras, precisamente porque la estructura del mercado laboral opera a través de dinámicas de segregación que congregan a un porcentaje de mujeres en trabajos específicos, de bajos salarios y baja movilidad”¹⁰⁷.

Los cuatro factores del impacto de género del trabajo del cuidado son: i) la existencia de alta segmentación ocupacional, ii) las mujeres siguen optando por licencias y reducción de jornada para el cuidado, iii) las mujeres siguen concentradas en trabajos a tiempo parcial generalmente precarios¹⁰⁸ y iv) en el ámbito familiar y comunitario las mujeres son quienes se encargan de los cuidados de las personas de su entorno familiar y barrial. En esta sección de la investigación se describirán de manera general estos cuatro factores.

La asignación tradicional de las mujeres a los trabajos del cuidado implica que las mujeres se encargan de la provisión de los cuidados en todos los niveles. Es decir, desde el nivel profesional y técnico de servicios del cuidado hasta la prestación familiar en el entorno doméstico pasando por el nivel del trabajo doméstico y del cuidado remunerado. Este fenómeno demuestra la naturalización social de ciertas actividades y una alta segregación ocupacional¹⁰⁹.

En ese mismo sentido, el fenómeno también se refleja en la alta presencia de mujeres en algunas carreras profesionales. Se trata de un conjunto de trabajos y actividades concretas en el sector de los servicios y de la atención dentro del cual se mantiene constante un mayor índice de participación de las mujeres en relación con los hombres. En este ámbito, MARIT RØSEN ha estudiado la forma como la familia influye en los procesos de emprendimiento en Noruega y ha destacado que una de las razones para justificar la menor actividad empresarial de las mujeres tiene que ver con las diferencias educativas y la segregación de género que persiste dentro del sistema educativo y en el mercado de trabajo. Dentro de sus resultados

¹⁰⁷ VALENZUELA, MARÍA ELENA y MORA, CLAUDIA (eds.). *Trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente*. Oficina Internacional del Trabajo, Santiago, 2009, p. 15.

¹⁰⁸ Sobre los tiempos de trabajo, la OIT destaca que el trabajo a tiempo parcial es más habitual en los asalariados de los países desarrollados industrialmente. Sin embargo, no es extraño que los trabajadores independientes de los países en desarrollo deban combinar su trabajo independiente con trabajos del cuidado. La OIT también señala que, en casi todos los países, el porcentaje de mujeres que realiza trabajos en jornadas reducidas es significativamente superior al de los hombres. *Vid.* OIT. “Protección de los trabajadores en el mundo del trabajo en transformación”. *op. cit.*, p. 16.

¹⁰⁹ TEKLÈ, TZEHAINESH. *Labour Law and worker protection*. *op. cit.*, p. 37.

señala que, dentro del sistema universitario de Noruega, “las mujeres representan el ochenta por ciento de las estudiantes relacionadas con la salud, el bienestar social y los deportes”¹¹⁰.

Por otra parte, el impacto de género también se presenta en el hecho de que los cambios sociales, culturales y económicos del mundo del trabajo han incidido en la mayor participación de las mujeres en el mercado del trabajo. Como lo señala KARL KLARE, la vinculación de las mujeres a nuevos roles dentro de la sociedad y el cambio en la forma de relacionarse con el trabajo, las ha impulsado a ‘renegociar’ las relaciones entre el trabajo remunerado y el no remunerado¹¹¹. Sin embargo, las condiciones de negociación no han sido igualitarias porque persiste un sistema de vinculación de las mujeres a la vida laboral desde lo periférico y enfocada a los trabajos no estándar (e.g. los trabajos flexibles, mal remunerados, altamente feminizados y dentro de la economía informal). Esta situación se presenta, especialmente, cuando las mujeres deben asumir la responsabilidad del cuidado y no cuentan con los recursos económicos suficientes para pagar por el cuidado o cuando quieren dedicar una parte de su tiempo al cuidado de sus familiares en situación de dependencia. Por consiguiente, como lo señala KERRY RITTICH, las obligaciones del trabajo del cuidado no remunerado inciden de manera directa en por lo menos tres aspectos en las relaciones de trabajo: (i) horas de trabajo remuneradas; (ii) movilidad de los trabajadores dentro de la estructura empresarial y (iii) el tipo de trabajo y las responsabilidades laborales que pueden asumir¹¹².

En el mismo plano general, los estereotipos de género han llevado a que las mujeres sean quienes, dentro de las familias, se encarguen de los cuidados. Eso significa que también son mayoritariamente las mujeres quienes buscan un espacio en el mercado del trabajo mediante formas de trabajo no estándar, quienes frecuentemente deben aceptar condiciones de trabajo abusivas o desventajosas y quienes se enfrentan a la marginación del mercado del trabajo¹¹³. A todo lo anterior se debe agregar la profunda discriminación que enfrentan las mujeres que cuidan dentro de la familia y simultáneamente buscan un trabajo. En efecto, muchos empleadores consideran que el cuidado de las personas en situación de dependencia es un riesgo y prefieren evitarlo. Con ese objetivo, dejan de contratar mujeres en sus empresas¹¹⁴.

Esa barrera discriminatoria para el ingreso al mundo del trabajo de las mujeres que cuidan se complementa con las barreras para la permanencia de las mujeres que cuidan dentro del

¹¹⁰ RØSEN, MARIT. “La influencia de la familia y de los hijos en el trabajo independiente femenino en Noruega”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 133, n° 2, 2014, p. 384.

¹¹¹ KLARE, KARL. “The horizons of Transformative Labour and Employment Law”. En: CONAGHAN, JOANNE; FISCHL, RICHARD y KLARE, KARL (eds.). *Labour Law in an Era of Globalization*. op. cit., pp. 4-5.

¹¹² RITTICH, KERRY. “Feminization and Contingency”. op. cit., pp.122-123.

¹¹³ FREDMAN, SANDRA. “Precarious Norms for Precarious Workers”. En: FUDGE, JUDY y OWENS, ROSEMARY (eds.). *Precarious work, women, and the new economy*. op. cit., p. 178.

¹¹⁴ Sobre el impacto que tienen las responsabilidades del cuidado sobre la forma como las mujeres se relacionan con el mercado del trabajo: OIT. “Non-Standard Employment around the world. Understanding challenges, shaping prospects”. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016, pp. 119-134.

mundo del trabajo. Las políticas de conciliación de la vida familiar, personal y laboral han servido para integrar el trabajo del cuidado familiar y el trabajo monetarizado en la esfera de la economía formal. Sin embargo, estos mecanismos que existen en el ámbito público y en el empresarial presentan algunos problemas.

El primer problema es que, a pesar de los cambios en el mundo del trabajo, los esquemas empresariales permanecen inmodificables. En efecto, tanto las políticas de trabajo como las políticas de conciliación siguen diseñadas sobre la base del tiempo completo y tienen como punto de partida para la igualdad de trato un estándar masculino. Eso quiere decir que esas políticas se insertan en esquemas de jornadas laborales de ocho horas de trabajo. En este contexto, la conciliación siempre tiene un costo de oportunidad porque implica la reducción de la jornada y, por ende, la reducción del salario y del ingreso¹¹⁵.

El segundo problema de estas medidas es que están vinculadas directamente a las relaciones empresariales y de empleo de manera que solo son aplicables en contextos sociales y económicos excepcionales¹¹⁶. Como se ha indicado, los cambios del mercado del trabajo actual no han fortalecido las relaciones de trabajo empresariales, sino que estas se han debilitado y se ha perdido el esquema formal y estándar de empleo. Esta situación es común tanto a los países con un desarrollo industrial consolidado como los países del sur global. La diferencia entre unos y otros es que, en estos últimos, la desaparición de esas relaciones se ha producido con una mayor intensidad. En cualquier caso, el contexto laboral de aplicación de las medidas de conciliación se ha reducido notablemente.

En América Latina, por ejemplo, las medidas de conciliación desde el empleo formal con el fin de facilitar el cuidado son en la mayoría de los países inexistentes o insuficientes e igual ocurre con las personas que trabajan en el marco de la informalidad laboral. Por esa razón, como señala LAURA PAUTASSI “(...) se cuida como se puede, se es cuidado también como y cuando se puede”¹¹⁷. Las consecuencias de la inexistencia de fuertes políticas y medidas de conciliación para el cuidado en Latinoamérica y los altos índices de informalidad en el sur global ocasionan que el trabajo del cuidado siga a cargo de las mujeres que asumen altas cargas de trabajo. Sobre este aspecto MARTHA CHEN resalta que “(...) la escasa provisión de los servicios estatales en muchos países en desarrollo significa que las mujeres soportan una

¹¹⁵ Según LEAH VOSKO, los tiempos de trabajo desconocen los tiempos necesarios para el cuidado. La autora critica la postura institucional de la OIT que implica la construcción de medidas de igualdad de trato en el empleo cuyo punto de partida es la norma masculina de trabajo. Esto es, medidas que desconocen las necesidades de tiempo para el cuidado y que conducen al aumento del trabajo precario concentrado en las mujeres. *Vid.* VOSKO, LEAH. “Gender, Precarious Work, and the International Labour Code: The Ghost in the ILO closet”. En: FUDGE, JUDY y OWENS, ROSEMARY (eds.). *Precarious work, women, and the new economy*. op. cit., pp. 53-54.

¹¹⁶ FREDMAN, SANDRA. “Precarious Norms for Precarious Workers”. op. cit., p. 186.

¹¹⁷ PAUTASSI, LAURA. “El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos”. *Serie: mujer y desarrollo*, n° 87, CEPAL, Santiago de Chile, 2007, p. 6.

pesada carga de trabajo no remunerado, a menudo impiden su capacidad para ganarse la vida”¹¹⁸.

Por consiguiente, las políticas de conciliación insuficientes o inexistentes confinan a las mujeres a cargas desproporcionadas de trabajo dentro y fuera del hogar. Esto sucede porque el mercado de trabajo formal no contempla opciones para hacer compatibles las dos actividades o porque predomina un mercado del trabajo dentro de la economía informal. En medio de ese contexto, las mujeres empiezan a ocupar lugares marginales del mercado del trabajo dentro de la economía informal y se ven obligadas a aceptar trabajos precarios y atípicos en los cuales se enfrentan a pésimas condiciones laborales. Este es el costo que deben asumir para conciliar parcialmente el cuidado de las personas dependientes de su entorno familiar.

Otro mecanismo de conciliación lo provee el mercado mediante la contratación del trabajo doméstico y del cuidado. En efecto, las mujeres u otros miembros de la familia pueden encontrar en el mercado a un trabajador o trabajadora para transferirle la responsabilidad sobre el cuidado de las personas en situación de dependencia de su entorno familiar. Como en América Latina predomina tanto una economía informal como la ausencia de políticas de conciliación adecuadas, el trabajo doméstico se convierte en una opción prevalente de conciliación. Sin embargo, el trabajo doméstico tiene un reconocimiento jurídico y económico deficiente como actividad laboral. Esta situación excluye a un número importante de trabajadoras del servicio doméstico de la titularidad de derechos sociales, laborales y humanos básicos (e.g. seguridad social)¹¹⁹.

En este sentido, el aumento del cuidado que se puede garantizar a través del mercado por medio de instituciones o de servicios concretos no ha significado una reducción relevante del trabajo del cuidado que se presta en el contexto de los hogares por parte de las mujeres, los familiares y las trabajadoras del servicio doméstico¹²⁰.

El alto grado de participación femenina en los trabajos del cuidado, las cargas de trabajo físicas y emocionales, el nivel de invisibilidad de las actividades y, en general, las implicaciones del cuidado tienen consecuencias graves para las mujeres. Ante el exceso de trabajo, estos efectos tienen repercusiones en materia de salud pública¹²¹. Además, las condiciones estructurales de desigualdad dentro del mercado de trabajo están generando problemas para la salud mental de las mujeres. En efecto, actualmente en el mundo existe un alto índice de

¹¹⁸ CHEN, MARTHA; VANEK, JOANN y LUND, FRANCIE. *Women, Work and Poverty*. op. cit., p. 25.

¹¹⁹ “Las mayores brechas en materia de cobertura de la seguridad social del trabajo doméstico se concentra en los países en desarrollo, donde solo una reducida cantidad de casos incluyen dicho sector en la cobertura legal. Aunado a ello, las regiones en desarrollo concentran la mayor parte del trabajo doméstico a nivel mundial: Asia y América Latina concentran el 68 por ciento del trabajo doméstico del mundo”. En: OIT. “Protección social del trabajo doméstico, tendencias y estadísticas”. op. cit., p. XI.

¹²⁰ FUDGE, JUDY. “Blurring Legal Boundaries”. op. cit., pp. 15-16.

¹²¹ KLARE, KARL. “The horizons of Transformative Labour”. op. cit., p. 18.

enfermedades mentales asociadas con el estrés, la ansiedad y la sobrecarga de trabajo. En el caso concreto de España, las mujeres son las mayores consumidoras de fármacos hipnosedantes, a tal punto que duplican la tasa de consumo de estos medicamentos por parte de los hombres¹²².

2.2.2. El ‘efecto cascada’ o de la progresiva reducción de la protección de los derechos

El segundo aspecto implícito en la división social del cuidado y de la reducción del papel del Estado como proveedor de servicios y prestaciones para el cuidado es el ‘efecto cascada’ o de la progresiva reducción de la protección de los derechos. Este efecto se manifiesta en cuatro ámbitos centrales: i) el reconocimiento del trabajo es decir si se trata de un trabajo formal o informal; ii) el tipo de vínculo contractual; iii) las condiciones en las que se presta el trabajo, iv) el lugar que ocupa en la división social de los cuidados.

Además es posible identificar los distintos estándares de protección en razón de: i) las garantías de protección social, ii) el derecho de asociación y el diálogo social, iii) la veeduría de las condiciones y situaciones de riesgo de quienes realizan el trabajo y iv) las demandas y delimitación de las tareas y las actividades en el marco del trabajo bajo la siguiente premisa: a menor profesionalización mayores demandas y menos derechos y garantías de protección y, v) limitación en los mecanismos de exigibilidad de derechos y acceso a la justicia.

En efecto, el esquema de la división social de los cuidados permite identificar que, a medida que se desciende dentro de la pirámide, se difumina el reconocimiento jurídico, social y económico del trabajo doméstico y del cuidado (*Gráfica 7*). De manera que, cuando se llega a la base, la difuminación llega al punto de la invisibilidad para el último segmento de prestación. Esta situación se refleja en las condiciones laborales de quienes realizan el trabajo del cuidado en los eslabones más bajos de la pirámide.

En otras palabras, existe un mayor nivel de protección social y laboral para quienes realizan el trabajo del cuidado vinculados al sistema de protección estatal a través de las redes de servicios institucionalizados (parte alta de la pirámide). Para este primer grupo de trabajadores están claros los elementos de la laboralidad: subordinación, dependencia y remuneración. En este caso, el Estado -o los particulares con los que el Estado contrata- son los directamente obligados a garantizar los derechos laborales y de protección social de quienes realizan los trabajos del cuidado dentro de su red de servicios e instituciones.

¹²² Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. “Encuesta sobre alcohol y drogas en España”. Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, marzo, 2015. Disponible en línea: <http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprevencion/notasprensa/Documents/Encuesta%20sobre%20alcohol%20y%20drogas%202013-14.pdf> (10.11.2016)

Por el contrario, existe un mayor nivel de desprotección social para las trabajadoras del servicio doméstico que realizan las actividades del cuidado dentro del segmento del mercado porque de manera predominante son contratadas directamente por los familiares de las personas en situación de dependencia. La causa de esa menor protección es que estos trabajos no tienen esa condición reconocida en algunos ordenamientos jurídicos nacionales. No son considerados como trabajos en estricto sentido y, como mucho, se reconoce que pueden dar origen a relaciones laborales especiales. La regla general es que se les garantizan menos derechos que a otros trabajos dependientes.

Al igual que otras formas de trabajo del cuidado prestadas dentro del segmento del mercado, es habitual que las trabajadoras se vean abocadas a situaciones laborales no estándar y altamente precarias. Como se verá más adelante, especialmente desde la esfera del derecho internacional se han dado pasos hacia la protección de estas trabajadoras mediante el reconocimiento progresivo de algunos elementos de laboralidad¹²³.

Finalmente, el eslabón familiar es, sin duda, el que mayor desprotección social, laboral y económica presenta. La actividad del cuidado que se realiza dentro del hogar familiar no está mediada por una relación de empleo. Por esa razón, de acuerdo con las fronteras del derecho del trabajo, ese trabajo generalmente está excluido de los sistemas de protección social. Solo algunos ordenamientos jurídicos establecen regímenes especiales del ámbito laboral, administrativo o de seguridad social para los familiares que realizan estos trabajos dentro del entorno familiar (eg. el cuidador familiar en España).



Gráfica 7. Elaboración propia.

A pesar de que la situación jurídica frente al derecho del trabajo y los mecanismos de seguridad social varían en función de cada contexto nacional, es posible equiparar cada segmento de prestación a condiciones laborales concretas. En primer lugar, las trabajadoras

¹²³ OIT. “Non-Standard Employment”. op. cit., pp. 15-17.

y trabajadores vinculados a los servicios institucionalizados garantizados por el Estado tienen un contrato de trabajo estándar con un mayor acceso a la justicia, poder de organización y legitimidad para el reclamo de sus derechos laborales. En segundo lugar, los trabajadores que están en el mercado dentro de un contexto multisegmentado pueden tener un marco jurídico de protección estándar, no estándar o informal. Por el contrario, en tercer lugar, la regla general para el segmento familiar es que se encuentra dentro de una zona gris de regulación o en la informalidad.

Según se verá en los siguientes capítulos, en América Latina, por ejemplo, los sesgos culturales y las políticas familiaristas ocasionan un mayor impacto de género en los trabajos del cuidado. El trabajo del cuidado asumido al interior del hogar, predominantemente por mujeres en una situación de alta invisibilidad, social, jurídica y económica genera un impacto de género de gran intensidad. Este impacto es más fuerte en las mujeres con altos índices de pobreza o riesgo de exclusión social, laboral y económica. Como señala BATTYÁNY:

“El marco normativo vigente del cuidado es todavía profundamente sexista: son mayoritariamente las mujeres quienes en última instancia tienen la responsabilidad de atender a sus familiares. A pesar de las dificultades, los cambios y la insuficiencia de recursos, de una manera o de otra, casi sin que se sepa cómo, las personas con necesidad de cuidado son atendidas. La respuesta está en las mujeres quienes han asumido y siguen asumiendo tal responsabilidad, y quizá esa seguridad retrasa la asunción colectiva del cuidado como un problema de todos”¹²⁴.

Otro elemento característico del efecto cascada es que, entre más se desciende en el grado de prestación de la pirámide, mayor intensidad ostenta el elemento de todismo. Esto significa que la persona encargada del cuidado de una persona en situación de dependencia también asume la responsabilidad de realizar múltiples tareas que no están definidas o que no hacen parte esencial del cuidado. En concreto, la indefinición de las tareas en el trabajo doméstico permite que, por ejemplo, las mujeres que son contratadas para cuidar a los niños y a los ancianos tengan que encargarse de otras tareas del hogar (i.e. lavar ropa o planchar); incluso se les exige cuidar a otros miembros de la familia no dependientes¹²⁵.

Del mismo modo, en la base de la pirámide se potencia el grado de familiarismo. Eso quiere decir que se demandan una serie de virtudes morales relacionadas con una forma específica de hacer el trabajo del cuidado. En concreto, no solo se exige la realización de una actividad de cuidado, sino que esta se haga con cariño, amor, buen trato y benevolencia. Como señalan algunas autoras:

¹²⁴ BATTYÁNY DIGHERO, KARINA. “Las políticas y el cuidado en América Latina. Una mirada a las experiencias regionales”. *Serie Asuntos de Género*, n° 124, CEPAL, Santiago de Chile, 2015, p. 16.

¹²⁵ PÉREZ OROZCO, AMAIA y LÓPEZ GIL, SILVIA. *Desigualdades a flor de piel: cadenas globales de cuidados. Concreciones en el empleo de hogar y políticas públicas*. ONU Mujeres, Madrid, 2011, pp. 106-107.

“(…) cuidar es hacerlo todo, estar todo el tiempo, no se requiere ningún conocimiento específico (sería imposible saberlo todo), sino más bien una predisposición emocional a dar cariño, a involucrarse afectivamente. En el otro caso, el cuidado se concreta en tareas o facetas diversas, unas de las cuales son más fácilmente delegables y exigen conocimientos concretos, otras (las de mayor componente emocional) son retenidas por el entorno afectivo de la persona cuidadora”¹²⁶.

Por consiguiente, el efecto cascada se hace evidente entre más se desciende dentro de la pirámide. Cuando se trata de los eslabones más bajos, se presume que existe menor formación profesional y eso legitima una demanda de servicios ‘todista’. Esta implica exigirle a la persona que hace el trabajo del cuidado que desarrolle más tareas de las que se le podrían exigir, por ejemplo, a una persona con formación técnica o profesional en enfermería. En efecto, cuando se contrata a una enfermera o enfermero, la familia generalmente se abstiene de pedirle que, en el marco de sus actividades del cuidado, también prepare los alimentos para otras personas diferentes al dependiente, cuide a las mascotas o mantenga los espacios físicos del hogar. Por el contrario, estas últimas actividades hacen parte de la rutina diaria de las personas que hacen el trabajo doméstico y del cuidado de manera remunerada. Esta situación puede variar también en función de si se realiza este trabajo bajo la modalidad de trabajo interno, trabajo externo o temporal.

Además, es posible identificar que quienes hacen trabajo doméstico y del cuidado a través de un contrato estatal y/o función pública son trabajadores formales. Generalmente, estas personas tienen una mayor protección jurídica en su condición de trabajadoras del cuidado en comparación con quienes se dedican al trabajo doméstico y del cuidado el marco de un contrato de trabajo del servicio del hogar o servicio doméstico. En este último caso, a pesar de que también se trata de trabajadoras formales, cuando la prestación está regulada y protegida por las normas laborales del ordenamiento jurídico nacional, las condiciones de trabajo pueden ser más precarias que las condiciones laborales de quienes trabajan en el sector público. El efecto cascada continúa con quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado a través de un contrato de trabajo de servicio doméstico y finalmente, al final de la pirámide se encontrará el trabajo doméstico y del cuidado familiar cuando la prestación del trabajo ocurre por fuera de las fronteras de la laboralidad. En este caso, no existen fórmulas contractuales de prestación, ni mecanismos adecuados de protección social; por lo cual, se está ante un trabajo informal.

En conclusión, una división social inícua de los cuidados debido a una repartición inequitativa de las cargas implica unas condiciones desfavorables para los segmentos inferiores de prestación. Desde luego, la peor situación se produce para quienes se encuentran dentro del segmento del mercado (i.e. las trabajadoras del servicio doméstico) y para quienes ocupan el fragmento comunitario y familiar. En todos estos, se enfatiza nuevamente, son mayoritariamente las mujeres quienes desarrollan esta actividad en zonas

¹²⁶ PÉREZ OROZCO, AMAIA y LÓPEZ GIL, SILVIA. *Desigualdades a flor de piel*. op. cit., pp. 106-107.

grises y en los márgenes de laboralidad e informalidad. Esta situación resulta preocupante en un contexto de transformaciones en el mundo del trabajo y desmantelamiento de los Estados de bienestar porque estos elementos tienen una relación directa con las condiciones de igualdad estructural de las mujeres y de los más débiles dentro de la sociedad que son las personas en situación de dependencia.

2.2.3. La individualización de los riesgos de la dependencia y las consecuencias de la mercantilización del trabajo doméstico y del cuidado

Un tercer diagnóstico del desmantelamiento del papel del Estado como proveedor de atención y servicios de cuidado en los Estados de bienestar y que tiene un impacto en la división social de los cuidados es la mayor individualización de los riesgos de la dependencia y con ello una privatización de la responsabilidad de los cuidados. Esto implica que cada vez la prestación de los cuidados está en función de la oferta y la demanda, como si se tratara de una mercancía más que se compra y se vende en el mercado. En este sentido, de manera general se ha sostenido que la disminución sustancial del Estado de bienestar ha implicado por una parte que o bien las mujeres y las familias deben asumir las cargas económicas de la externalización del cuidado o que deban realizar el trabajo del cuidado de manera familiar. Ahora bien, en concreto, eso significa que los miembros de la familia que se dedican al cuidado deben realizar dobles y triples jornadas, buscar trabajos precarios o formas de trabajo informales que les permitan obtener los recursos económicos para su propio mantenimiento y para el sostenimiento económico de sus familiares en situación de dependencia. Las maromas que deben hacer las familias para hacer frente al cuidado pueden ser infinitas.

Dentro de este panorama, en algunos casos los miembros de la familia recurren al mercado para buscar los servicios del cuidado, ellos deben destinar una parte de sus ingresos para el pago de una tercera persona que se encargue del cuidado que no pueden o no quieren asumir. Cuando la familia contrata a un tercero para que realice las labores del cuidado se generan dos consecuencias. Por una parte, paradójicamente, aumenta la carga desproporcionada de trabajo para las mujeres porque ese tercero, por regla general, también es una mujer. Por otra parte, se crea una mayor estratificación de los cuidados porque solo las personas con ingresos económicos suficientes pueden contratar a un tercero para la realización de estos trabajos. En definitiva, las mujeres continúan siendo quienes se encargan de la provisión de los cuidados con diferentes estándares o niveles de protección y, por ende, de vulnerabilidad. Como describe FUDGE:

“Muchas mujeres en los países desarrollados y en desarrollo continúan pagando para el desarrollo del trabajo doméstico que no pueden hacer ellas mismas. Parte de este trabajo se

lleva a cabo de manera informal fuera del alcance de la regulación, mientras que en algunos casos se reconoce oficialmente y se regula”¹²⁷.

El proceso de mercantilización de los servicios del cuidado y del trabajo emocional y de las actividades que antes eran suministradas -casi de manera exclusiva- por los hogares, las familias o los sistemas públicos de atención, ha sido criticado por algunas autoras que sostienen que este proceso ha implicado un cambio en la manera de entender la actividad del trabajo doméstico y del cuidado en sí misma¹²⁸.

PETER MOSS señala las implicaciones de la mercantilización de los cuidados a través de los conceptos de “irresponsabilidad privilegiada” o del “circulo vicioso de la atención” de JOAN TRONTO. A través de estos conceptos, se explica la forma como las personas con mayores recursos económicos pueden comprar en el mercado mejores servicios del cuidado. Esto genera una relación de clase en la que las personas de estatus superior pagan a las de estatus inferior por sus servicios del cuidado. Asimismo, otro de los efectos de la mercantilización del trabajo doméstico y del cuidado está vinculado con una cosificación mayor del objeto de prestación porque cuidar de otro es un asunto que se restringe a tener o no recursos económicos que permitan garantizar más y mejores cuidados que puedan ser comprados en el mercado. Por consiguiente, una de las críticas asociadas a una mayor individualización de los riesgos de la dependencia y una mayor mercantilización de los cuidados implica también una fractura social de las condiciones adecuadas de vida en términos de igualdad para las familias y para las personas en situación de dependencia. En este sentido señala PETER MOSS:

“De la misma manera que el cuidado o tener un buen cuidado, es importante en muchos sentidos y contribuye a una vida mejor y a sociedades más fuertes, no conseguir un buen cuidado, en particular la ausencia o debilidad de una ética ampliamente compartida contribuye a muchos males sociales, económicos y ambientales. Obviamente, desempeña un papel importante en la creación y perpetuación de desigualdades y exclusiones. Como observa JOAN TRONTO, ‘la atención pagada y no pagada se atribuye abrumadoramente a las mujeres y a las personas de clase y estatus inferiores’, ya sea al cuidado de niños, adultos u hogares y esta desigualdad está fuertemente vinculada con la reproducción de género y con las desigualdades de clase que se evidencian en otros ámbitos, como el empleo, la política, y los recursos materiales. La otra parte de esta situación se evidencia lo que en palabras de TRONTO se considera como una ‘irresponsabilidad privilegiada’ donde algunos individuos [pueden] excusarse de las responsabilidades básicas del cuidado, ejercidos desproporcionadamente por los hombres y por las personas de mayor estatus/clase mediante la delegación de sus responsabilidades a otros –principalmente mujeres y personas de clase

¹²⁷ FUDGE, JUDY. “Blurring Legal Boundaries”. op. cit., p. 2.

¹²⁸ “La comercialización de empleo se refiere a la ruptura de los límites entre las actividades comerciales y el empleo, por una parte, y la erosión de la separación entre el trabajo y el cuidado (...). Sin embargo, en la comercialización también está involucrado el cambio del trabajo de cuidado no remunerado de la mujer en el hogar por el trabajo de cuidado remunerado, realizado principalmente por las mujeres, ya sea en el hogar o en otras instituciones”. FUDGE, JUDY. “Blurring Legal Boundaries”. op. cit., p. 10.

social más baja. (TRONTO 2004) No solo esto libera a los irresponsables para seguir y aumentar sus propios intereses, creando un ‘círculo vicioso de atención’ en que a ‘más recursos’ más ‘atención a los demás’ menos responsabilidades del cuidado personal, ‘más recursos’ también crea una sociedad en la que los poderosos y los privilegiados tienen poca comprensión e interés en el cuidado, tratándolo como una simple mercancía que puede ser pagada y que requiere poca o ninguna reflexión adicional¹²⁹.

Desde una perspectiva de análisis global, la mercantilización del trabajo del cuidado por medio del trabajo doméstico y del cuidado ha implicado el traslado de la responsabilidad de las familias a las trabajadoras migrantes. La provisión de los cuidados a través del mercado se convierte en un mecanismo para el abaratamiento, tanto de las obligaciones institucionales estatales frente al cuidado como de la prestación de servicios públicos que garanticen el cuidado de los más vulnerables¹³⁰.

La realización del trabajo doméstico y del cuidado a través del mercado se convierte en un mecanismo que permite y facilita la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral de algunas mujeres. Sin embargo, las mujeres que pueden pagar a un tercero para que este realice los cuidados tienen una posición económica y social mejor que la posición de la persona que hace el trabajo doméstico y del cuidado a cambio de un salario. Esta premisa lleva a las siguientes preguntas: ¿Quién asume el cuidado de la persona que trabaja de manera remunerada en el cuidado de otros? y ¿quién cuida a las personas en situación de dependencia a cargo de quien trabaja en el cuidado de terceros por fuera de su entorno familiar?

La realidad demuestra que hay varias respuestas posibles para estas preguntas. Una opción es que las mujeres asumen una doble carga de trabajo porque trabajan en el cuidado de las personas en situación de dependencia por fuera de su entorno familiar y también cuidan a sus propios dependientes. Esta es la regla general. La segunda opción es que las mujeres trasladan la responsabilidad del cuidado a otras mujeres de su propia familia o a una mujer externa a través del trabajo doméstico remunerado. La tercera opción es que las mismas personas en situación de dependencia asuman su propio cuidado. En el cuarto escenario se encuentran los casos de las personas en situación de dependencia que se cuidan entre sí, por ejemplo, cuando los niños mayores cuidan a los más pequeños o cuando los adultos mayores cuidan a los niños. Las intersecciones de cuidado entre las personas en situación de dependencia son múltiples.

Este tipo de intersecciones se presentan cuando las familias carecen de los recursos económicos suficientes para contratar el servicio doméstico para el cuidado de sus propios familiares en situación de dependencia. Sobre este punto la OIT señala:

¹²⁹ MOSS, PETER. “The Social Protection Floor: What Place for Care?”. *Global Social Policy*, vol. 14, n° 3, 2014, pp. 425-426.

¹³⁰ FUDGE, JUDY. “Blurring Legal Boundaries”. op. cit., pp. 15-16.

“(…) las mujeres que se desempeñan en el servicio doméstico posibilitan la conciliación del trabajo y familia de otras mujeres en mejor situación socioeconómica, mientras que ellas afrontan serias dificultades para su propia conciliación de su propia vida familiar. Al igual que otros trabajadores en condiciones de precariedad laboral, trasladan esas responsabilidades a otras mujeres, abuelas e hijas, o el auto cuidado de niños, jóvenes, personas adultas mayores y personas con discapacidad. Incluso una alta proporción integra familias transnacionales y todos sufren duramente la ausencia de políticas conciliatorias”¹³¹.

Los elementos señalados previamente suscitan una necesaria reflexión sobre la situación actual de las mujeres frente a los cambios en el mundo del trabajo. Según JOANNE CONAGHAN, en todos los niveles de prestación y realización del trabajo del cuidado:

“La situación de las mujeres no ha cambiado. Desde el siglo XVIII la situación de las mujeres ha sido la misma. Se prometía más tiempo para el ocio. La tecnología y el crecimiento prometía mejores condiciones para las mujeres. Esto no ha ocurrido. En la nueva economía el tiempo para el sueño y para el descanso: La "nueva economía" sigue siendo una en el que el tiempo de sueño es una mercancía que sólo los más ricos-hombres y mujeres-pueden permitirse comprar”¹³².

En conclusión, la mercantilización del cuidado se convierte en una opción limitada por dos razones principales: (i) la mercantilización del cuidado está condicionada al poder adquisitivo de las familias y (ii) no es posible ni deseable que todo el cuidado de las personas en situación de dependencia esté sujeto al mercado porque las familias deben tener no solo la obligación del cuidado sino también el derecho a hacerlo cuando así lo decidan, sin que esta decisión afecte de manera grave derechos como el mínimo vital y la seguridad social. Los argumentos que justifican las anteriores razones se sostienen en que el cuidado tiene algunos elementos que lo vinculan con el cariño, el afecto y el compromiso emocional y, por otra parte, porque el trabajo del cuidado tiene implicaciones en materia de igualdad de gran intensidad que pueden resultar contradictorias.

Esta contradicción se da porque, si bien el trabajo doméstico y del cuidado remunerado se presenta a menudo como perfectamente compatible e incluso facilitador de igualdad, toda vez que facilita que más mujeres puedan vincularse al mercado del trabajo fuera del hogar familiar, incluso quienes realizan este trabajo de manera remunerada obtienen recursos económicos. Las personas que trabajan en el servicio doméstico y del cuidado, generalmente son mujeres que pertenecen a los grupos sociales más desvalidos, con menores oportunidades económicas y de formación profesional y hacen parte de grupos históricamente discriminados. De esta manera, el cuidado remunerado, como lo conocemos

¹³¹ OIT-PNUD. “Trabajo decente y cuidado compartido”. op. cit., p. 19.

¹³² CONAGHAN, JOANNE. “Time to Dream? Flexibility, families, and the Regulation of Working Time”. En: FUDGE, JUDY y OWENS, ROSEMARY (eds.). *Precarious work, women, and the new economy*. op. cit., p. 101.

hoy y en contextos en los que los riesgos de las situaciones de dependencia no son compartidos por toda la sociedad, puede convertirse en un nicho de desigualdad estructural.

2.2.4. La ‘estratificación de los cuidados’

Finalmente, el desmantelamiento del papel del Estado de bienestar en la provisión de servicios y prestaciones para el cuidado se visibiliza en la individualización y mercantilización del cuidado de las personas en situación de dependencia. Esta situación implica que se garantizan distintos tipos cualitativos de cuidado en función de los ingresos económicos que cada familia genera o de los recursos económicos de los que dispone la misma persona en situación de dependencia. Esto demuestra los altos índices de desigualdad estructural derivados del cuidado. Desde una perspectiva bidimensional, es decir, desde el enfoque de la persona que recibe el cuidado como desde la persona que lo presta, es posible identificar la existencia de personas o grupos sociales que acceden a cuidados de calidad y dignos mientras que otras no reciben ningún cuidado o reciben cuidados precarios¹³³.

La estratificación de los cuidados y el impacto de género no son dos consecuencias absolutamente aisladas. Más allá del *gender mainstreaming* se requiere un análisis completo y crítico como el que se realiza desde la economía del cuidado. Para esta perspectiva:

“El trabajo no remunerado no está distribuido parejamente entre las clases y los grupos sociales. Las familias acomodadas pueden contratar a terceras personas (sobre todo mujeres) para que les hagan las faenas del hogar y también adquirir bienes y servicios que los hogares pobres tienen que producir por sí mismos, sin ayuda externa. Cuando las mujeres de ingresos modestos se incorporan a una ocupación remunerada aumenta su volumen de trabajo o empeora la calidad de los bienes producidos en el hogar o el cuidado de la prole (...). También varía considerablemente el número de horas que las mujeres dedican al trabajo doméstico con arreglo a su nivel de renta. Según un estudio empírico efectuado en Barcelona, el valor absoluto del trabajo doméstico era mayor en los hogares de rentas medias, seguido por el de los de rentas bajas y los de rentas altas. Ahora bien, el trabajo doméstico de los hogares de rentas bajas constituía un porcentaje mayor de la renta del hogar (que comprendía la renta social o el valor percibido de los servicios públicos)”¹³⁴.

Con base en ese diagnóstico, desde la economía del cuidado se ha planteado la necesidad de un análisis de género más allá del género. En este enfoque, la economía del cuidado comparte un presupuesto metodológico con la tercera ola del feminismo. Esta última acepta que no solo existen diferencias entre hombres y mujeres, sino que existen discriminaciones y diferencias entre las mujeres que están determinadas por factores raciales, de ingresos

¹³³ PÉREZ OROZCO, AMAIA y LÓPEZ GIL, SILVIA. *Desigualdades a flor de piel*. op. cit., p. 36.

¹³⁴ BENERÍA, LOURDES. “El debate inconcluso sobre el trabajo no remunerado”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118, nº 3, 1999, p. 343.

económicos o de origen nacional¹³⁵. Algunos ejemplos que materializan las diferencias entre las mujeres son las cadenas globales del cuidado, los perfiles de las mujeres que desarrollan el trabajo doméstico bajo dependencia o de quienes asumen el cuidado por carencia de los recursos económicos suficientes para retribuir a otra persona para que lo haga.

La estratificación del cuidado delata las implicaciones del cuidado para las mujeres y para las familias. Además, este concepto permite identificar desde un enfoque de género interseccional que no todas las mujeres y no todas las familias enfrentan de la misma manera las consecuencias del sistema actual del cuidado. Existen condiciones de clase, raza y origen nacional que moderan o refuerzan el impacto del cuidado y que generan situaciones de discriminación. Además, devela una arista de la falacia de que el trabajo que realizan las personas depende de manera exclusiva de sus talentos y preferencias dentro del mercado del trabajo y que compiten en igualdad de condiciones¹³⁶.

Como señala MARTHA CHEN, por ejemplo, el trabajo del cuidado limita el acceso, la participación y la permanencia dentro del mercado de trabajo. Existen patrones globales de estratificación entre las mujeres y los hombres y entre las mujeres ricas y las pobres¹³⁷, de acuerdo con los cuales, las mujeres con menores recursos son quienes realizan tanto el trabajo del cuidado de manera remunerada como el cuidado no remunerado. Este último es una suerte de penalización económica a corto, mediano y largo plazo porque margina a quien lo realiza del acceso y continuidad de un ingreso económico mínimo y de los derechos de la seguridad social que están vinculados a las relaciones de empleo o de trabajo. En este sentido, el trabajo del cuidado de familiares y personas del entorno cercano, con altos niveles de invisibilidad, implica que las mujeres están más expuestas a situaciones de pobreza continuada y generalizada¹³⁸.

Por ejemplo, si una persona (mujer) destinó una media de cinco a diez años de su vida al cuidado de su hijo, de su madre (adulta mayor en situación de dependencia) o de cualquier familiar o persona cercana en situación de dependencia; una vez finalizado el periodo del cuidado, su reincorporación al mercado del trabajo será muy compleja. Por una parte, este tiempo es invisible y no es valorado socialmente como un trabajo en estricto sentido. Es decir, se considera que, durante el tiempo destinado al cuidado, la persona no trabajó. Por

¹³⁵ “Economistas feministas como DIANE ELSON, NANCY FOLBRE, LOURDES BENERÍA criticaron conceptos hegemónicos de economía, producción y trabajo consagrados por distintas escuelas económicas (...) que ocultaban y devaluaban las actividades de producción de bienes y servicios adelantadas mayoritariamente por las mujeres fuera del mercado y de la economía monetaria. Estas corrientes desarrollaron el concepto de “economía del cuidado que permite identificar esa economía paralela sobre la cual se apoya la economía formal para asegurar las condiciones de reproducción de la mano de obra y de las nuevas generaciones”. ARANGO, LUZ GABRIELA. “El cuidado como ética y como trabajo”. En: ARANGO, LUZ GABRIELA y MOLINIER, PASCALE (comps.). *El trabajo y la ética del cuidado*. Editorial La Carreta-Universidad Nacional de Colombia-Escuela de Estudios de Género, Bogotá, 2011, pp. 17-18.

¹³⁶ RITTICH, KERRY. “Feminization and Contingency”. op. cit., p. 120.

¹³⁷ CHEN, MARTHA; VANEK, JOANN y LUND, FRANCIE. *Women, Work and Poverty*. op. cit., p. 23.

¹³⁸ RITTICH, KERRY. “Feminization and Contingency”. op. cit., p.135.

consiguiente, según la dinámica del mercado laboral, las competencias adquiridas en el desarrollo de este trabajo son irrelevantes para el currículum de quien dedicó una parte de su vida al cuidado.

La prestación del trabajo doméstico y del cuidado remunerado también ilustra las diferencias de clase y de igualdad de oportunidades. Como se señaló en la primera sección de este capítulo, este es uno de los trabajos que se encuentra en la base de mayor precariedad y vulnerabilidad dentro de la economía informal (*Gráfica 5*). Por regla general, se trata de un trabajo realizado por personas con un nivel inferior de formación académica y profesional en relación con el nivel de las personas que les contratan para la prestación de los servicios. Por otra parte, los trabajadores reciben una de las más bajas tasas de remuneración dentro de la escala salarial. Este factor dificulta que, a su vez, las personas que realizan este trabajo puedan contratar a otra persona para que haga el trabajo del cuidado de sus familiares dependientes.

A nivel global, las mujeres migrantes son quienes se encargan de la prestación de los cuidados. Es decir, las mujeres que migran del campo hacia la ciudad y las mujeres que migran del sur global hacia el norte global son quienes abastecen de cuidado y atención a las personas que viven en las capitales, en los centros urbanos y en los países con un desarrollo industrial sólido.

En efecto, la denominada crisis de los cuidados de los países del norte ha aumentado la demanda de servicios del cuidado. Las mujeres migrantes del sur global han suplido estas necesidades del cuidado bajo esquemas de ‘cadenas globales del cuidado’ (*global care chain*)¹³⁹. La consecuencia de estas cadenas es que las mujeres provenientes del sur global que cuidan en el norte global también asumen la condición de proveedoras de recursos para sus familiares que permanecen en sus países de origen. Paradójicamente, muchos de los recursos que se envían por medio de remesas internacionales deben ser destinados para el cuidado de familiares que permanecen en los países de origen.

Cuando los recursos remesados no son suficientes para el cuidado y solo alcanzan para la subsistencia, el cuidado de los familiares (hijos y padres) se asigna a otros familiares quienes realizan este trabajo de manera invisible y sin remuneración. Sin embargo, el peor de los casos ocurre cuando las mujeres migrantes que se desplazan al norte global para cuidar se ven obligadas a abandonar totalmente en sus países de origen a sus familiares dependientes. El abandono de los más débiles en los países más pobres es el costo final del cuidado remunerado de los países del norte global. Como lo señala SILVIA FEDERICI, “para las mujeres inmigrantes, asumir un trabajo doméstico supone una elección dolorosa, ya que es

¹³⁹ “El término *global care chain* fue utilizado, por primera vez, por ARLIE RUSSELL HOCHSCHILD para referirse a la serie de vínculos personales entre gente de todo el mundo basado en el trabajo remunerado y no remunerado del cuidado”. FUDGE, JUDY. “Global Care Chains: Transnational Migrant Care Workers”. *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 28, n° 1, 2012, p. 64.

un trabajo pagado pobremente y que requiere que cuiden de familias de otros mientras que ellas tienen que dejar de lado a las suyas propias”¹⁴⁰.

En definitiva, este proceso de prestación de servicios domésticos y del cuidado que combina desarrollo de trabajo doméstico y del cuidado remunerado en los países del norte y trabajo doméstico y del cuidado no remunerado en el sur hace parte de las denominadas cadenas globales del cuidado. Estas cadenas hacen más visible las implicaciones de la prestación del cuidado y permiten identificar las marcadas jerarquías de género.

Según la información estadística de la OIT, una de las paradojas de las cadenas globales del cuidado es la siguiente. A pesar de que las mujeres del sur global que realizan el trabajo doméstico y del cuidado en los países del norte están sometidas a contratos de trabajo no estándar y generalmente precarios, su situación personal puede ser mejor que en sus países de origen y reciben una remuneración mayor a la que recibirían si se dedicaran a lo mismo en sus propios países¹⁴¹.

Por esa paradoja, algunos estudios señalan la importancia de que los análisis sobre la prestación del trabajo del cuidado también valoren el lugar que ocupan dentro del orden social las personas que desarrollan este trabajo. Esta evaluación se puede realizar a través de diversas perspectivas feministas que desde un enfoque transversal y de interseccionalidad tienen en cuenta elementos como: las diferencias de trato en función de la clase social, la preparación académica, la pertenencia a grupos étnicos o raciales históricamente discriminados y la situación migratoria de las mujeres que realizan los trabajos del cuidado¹⁴².

El análisis de estos factores es muy relevante cuando se trata de quienes cuidan en el segmento del mercado que tiene que ver con el trabajo doméstico y del cuidado remunerado. En efecto, en este fragmento de prestación del mercado se encuentran las mujeres que realizan las actividades y trabajos considerados socialmente como ‘menos nobles’. Incluyen

¹⁴⁰ FEDERICI, SILVIA. *Revolución en punto cero. Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas*. Editorial Traficantes de Sueños, Madrid, 2013, p. 121.

¹⁴¹ “El trabajo doméstico es una fuente significativa de empleo; representa el 4 por ciento de la fuerza de trabajo a nivel mundial. Como categoría ocupacional, el sector posee una importancia relativa menor en los países industrializados, donde el trabajo doméstico como porcentaje de empleo total no llega a representar el 1.5 por ciento, en comparación con los países en desarrollo y emergentes, donde la importancia es mucho mayor. Por ejemplo, en América Latina y el Caribe el 60 por ciento de la fuerza de trabajo se ubica en la categoría de trabajo doméstico (...)”. OIT. “Protección social del trabajo doméstico, tendencias y estadísticas”. op. cit., p. 4.

¹⁴² ADELLE BLACKETT presenta uno de los estudios críticos más interesantes sobre los diferentes elementos de discriminación que confluyen en el trabajo doméstico y del cuidado desde la perspectiva del derecho del trabajo. La autora destaca elementos como la vinculación del trabajo doméstico y del cuidado con raíces coloniales y de esclavitud. En la cual, quien realiza este trabajo es vinculado con un estatus concreto: el de esclavo, servidor, extranjero, racializado, ilegal. Además, también se vincula con ideologías persistentes y discursos como el de considerar que el trabajador doméstico es un sujeto subalterno que puede ser comprado o como un miembro más de la familia y no como un trabajador. Entre diversos trabajos de la autora se puede consultar: BLACKETT, ADELLE. “Emancipation in the Idea of Labour Law”. En: DAVIDOV, GUY y LANGILLE, BRIAN (eds). *The Idea of Labour Law*. Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 429-431.

los denominados ‘trabajos sucios’ o *dirty work*¹⁴³ que son relativos a las condiciones materiales de vida, en su mayoría relacionados con el cuidado del cuerpo de un tercero; por ejemplo, la higiene de las personas en situación de dependencia, así como algunas actividades curativas o estéticas y las tareas de aseo, limpieza y alimentación¹⁴⁴.

Asimismo, es relevante hacer un análisis de las condiciones que enfrentan las personas que se encargan del trabajo doméstico y de cuidado de sus familiares en situación de dependencia. Es necesario determinar si este trabajo se desarrolla de manera libre y las implicaciones en materia de igualdad de género y de protección de derechos sociales y laborales para quien se encarga de este trabajo en la esfera no remunerada.

En suma, en el marco de los cambios sociales, económicos y culturales del mundo del trabajo es relevante que el trabajo doméstico y del cuidado se aborde como un asunto esencial en la definición de las fronteras de laboralidad a nivel global. En este sentido, como señala KARL KLARE, en el marco de los cambios sociales, culturales y económicos de los sistemas de producción y en el contexto de la globalización neoliberal es necesario que el derecho del trabajo sea objeto de una revolución conceptual. Esta revolución implica que el derecho del trabajo vaya más allá del empleo asalariado y se convierta en una disciplina con un espectro más amplio para que abarque todas las reglas y políticas relacionadas con las formulaciones legales vinculadas con el trabajo¹⁴⁵.

El autor advierte que el lugar o espacio de trabajo no debe ser el objeto exclusivo de estudio del derecho del trabajo. Este también debe ocuparse de todas las facetas que participan en la realización del trabajo: la vida personal, social, económica y la reproducción social. Además, debe ofrecer la posibilidad de superar las limitaciones y facilitar la autorrealización humana. Asimismo, los cambios culturales deben apuntar hacia una transformación real que identifique los fundamentos patriarcales que permiten la perpetuación de los roles de género y la dominación sexual y racial que están poderosamente arraigados dentro de la sociedad. Además, debe facilitar una transformación de las condiciones sobre las que están contruidos los conceptos y permitir que las personas alcancen una autodeterminación real¹⁴⁶.

¹⁴³ El concepto *dirty work* surgió en los años 50's y fue utilizado por el sociólogo estadounidense EVERETT HUGHES. “La categoría ‘trabajo sucio’ designa las tareas que se perciben como físicamente desagradables, que lo degradante, lo humillante o que confrontan las dimensiones tabúes de la experiencia humana, lo impuro, lo infecto, la desviación. Entran aquí los oficios de quienes recogen o tratan los desechos y las basuras, las ocupaciones de limpieza, las que implican una relación con el cuerpo, con sus excreciones, o con cadáveres, y también las que suponen un cierto grado de ‘maltrato’ o de violencia institucionalizada”. MOLINIER, PASCALE. “Antes que todo, el cuidado es un trabajo”. En: ARANGO, LUZ GABRIELA y MOLINIER, PASCALE (comps.). *El trabajo y la ética del cuidado*. op cit., p. 52.

¹⁴⁴ ARANGO, LUZ GABRIELA. “El trabajo del cuidado: ¿servidumbre, profesión o ingeniería emocional?”. En: ARANGO GAVIRIA, LUZ GABRIELA y MOLINIER, PASCALE (comps.). *El trabajo y la ética del cuidado*. op. cit., p. 93.

¹⁴⁵ KLARE, KARL. “The horizons of Transformative Labour”. op. cit., pp. 6.

¹⁴⁶ KLARE, KARL. “The horizons of Transformative Labour”. op. cit., pp. 6 y 20.

En consecuencia, en la siguiente sección se esbozarán algunos elementos que justifican la necesidad de que el derecho del trabajo amplíe sus fronteras clásicas e involucre la protección del trabajo doméstico y del cuidado con más contundencia en su esfera remunerada y en la no remunerada. Del mismo modo, se hará referencia al ‘efecto espejo’ que se genera entre estas dos formas del trabajo del cuidado, así como del ‘efecto irradiador’.

Capítulo II

LAS FRONTERAS DE LABORALIDAD EN EL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO: ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

EN ESTE CAPÍTULO EL INTERÉS SE CENTRARÁ EN identificar y analizar por qué las fronteras del derecho del trabajo han excluido al trabajo doméstico y del cuidado de una protección jurídica y social efectiva tanto en su esfera remunerada como no remunerada. Además, en identificar la incidencia de las fronteras de laboralidad y los cambios en el mundo del trabajo en la alta vulnerabilidad y el impacto de género de quienes realizan el trabajo doméstico y del cuidado. Para analizar todos estos aspectos, el segundo capítulo de esta investigación tiene dos partes principales.

En la primera parte de este capítulo se describen algunos de los cambios en el mundo del trabajo a través de las fronteras clásicas de la laboralidad en el marco de la era industrial. En la segunda parte, se esbozan algunos elementos que justifican la necesidad de que el derecho del trabajo proteja con más contundencia las esferas remunerada y no remunerada del trabajo doméstico y del cuidado que se realiza dentro del entorno familiar.

Estas dos partes tienen dos objetivos concretos. El primer objetivo es destacar que los cambios sociales, económicos, culturales y de empleo han incidido en el viraje sobre las necesidades y las demandas relacionadas con el cuidado. En este sentido, el capítulo se centrará en analizar la influencia de estos cambios en la relación de las mujeres con el mercado de trabajo, en las garantías para la igualdad de las mujeres y en las necesidades del cuidado. Se sostendrá que estos cambios también deben tener una incidencia en las fronteras clásicas del derecho del trabajo.

Finalmente, el segundo objetivo de este capítulo será enfatizar que existen razones suficientes para impulsar mecanismos de transición y de reconocimiento del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado a través de la visibilización del valor de este trabajo y de su aporte social y económico más allá de la esfera privada de la familia. Visibilización que debe ser considerada como un componente de justicia.

1. LAS FRONTERAS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y LA INFORMALIDAD: EL CASO DEL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO

Como se señaló en la sección anterior, las nuevas corrientes sobre la informalidad que surgen, tanto del sur como del norte global, coinciden en la necesidad de observar bajo otra lupa los trabajos que no se ajustan a los cánones de laboralidad clásicos¹. Los cánones de laboralidad clásicos son aquellos parámetros de ordenación laboral que fueron fijados después de la Segunda Guerra mundial y que se mantuvieron vigentes hasta los años setenta. Estos cánones se han enfocado principalmente en las relaciones de empleo, el contrato de trabajo y en una motivación mercantil de la actividad laboral. Entre los trabajos históricamente excluidos de las fronteras de laboralidad ha estado el trabajo doméstico y del cuidado realizado por los familiares, amigos y vecinos de las personas en situación de dependencia (en adelante trabajo doméstico y del cuidado no remunerado).

Para hacer un balance sobre la conveniencia de estas propuestas es necesario tener dos focos de análisis. Por una parte, una visión retrospectiva que tenga en cuenta dónde se trazaron las fronteras de laboralidad en el marco del sistema de producción industrial, cuál fue el lugar y cuáles fueron las implicaciones de estas fronteras para las mujeres. El segundo foco de análisis debe ser actual y progresivo. Este debe preguntarse por el estado actual del mundo del trabajo y valorar la forma como las fronteras impactan actualmente a las mujeres. En concreto, una valoración del trabajo doméstico y del cuidado de las personas en situación de dependencia por parte de quienes se encuentran dentro del entorno familiar y cercano.

Para abordar este tema, en esta sección se abordan cuatro aspectos. En primer lugar, la identificación de las razones por las que la informalidad es una categoría adecuada para incluir el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado. En segundo lugar, la definición de las fronteras del derecho laboral clásico y la forma como estas fronteras han incidido en la invisibilidad del trabajo doméstico y del cuidado, tanto en la esfera remunerada (personas que realizan esta actividad como actividad laboral con una motivación principalmente económica), como en el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado (realizado principalmente por personas que no tienen como motivación principal para el desarrollo de esta actividad la obtención de ganancias o beneficios económicos directos). En tercer lugar, se presentarán algunas de las posturas sobre los límites de las fronteras del derecho del trabajo en el marco de la denominada crisis del derecho del trabajo. En cuarto lugar, se mencionarán

¹ “La relación de trabajo convencional, a saber, el empleo continuo, estable y a tiempo completo con un empleador identificable, era la norma al menos en los países industrializados y, la piedra angular de la normativa de empleo. Durante esos años, se adoptaron más de 70 convenios de la OIT y países de todo el mundo registraron altos índices de empleo y empleo relativamente seguro. Los sindicatos influían en el mercado laboral y en el establecimiento de políticas económicas y se ampliaron la protección de los trabajadores y los regímenes de seguridad social basados en el empleo. Durante los años de la posguerra se registró en todo el mundo un fuerte crecimiento de la producción y la productividad y una mejora general del nivel de vida de los trabajadores y sus familias”. OIT. “Protección de los trabajadores en el mundo del trabajo en transformación”. op. cit., p. 4.

algunas de las transformaciones del mundo del trabajo y su incidencia en las fronteras de laboralidad del trabajo doméstico y del cuidado.

1.1. LA INFORMALIDAD COMO CATEGORÍA ADECUADA PARA UBICAR EL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO FAMILIAR EN EL MUNDO DEL TRABAJO

Los cambios en el mundo del trabajo ameritan una revisión de los conceptos y la visibilización de las formas de trabajo que permanecían ocultas dentro del sistema de producción y de regulación clásico del derecho del trabajo. Además, algunas categorías del derecho del trabajo deben ser revisadas y precisadas a la luz de estos cambios. Uno de los conceptos es el de trabajo informal.

El trabajo informal debe ser entendido como aquel que, a pesar de generar valor, es un trabajo que no está contractualizado y es invisible. Ante la ausencia de regulación, este trabajo carece de reconocimiento social, económico y jurídico. El trabajo informal no debe ser confundido con las formas de trabajo encubiertas o con el denominado ‘trabajo en negro’ porque las respuestas jurídicas para estos casos son distintas. Mientras que, para el primero, la solución debe dirigirse hacia el reconocimiento jurídico y la creación de marcos de protección, en el segundo caso, la solución pasa por activar los mecanismos administrativos y judiciales para perseguir y sancionar a quienes incurran en conductas contrarias a la regulación laboral. Además, en este último caso, se deben buscar mecanismos de estímulo para impulsar un mayor cumplimiento de las normas laborales, de seguridad social y tributarias que regulen la actividad.

Es importante señalar que el trabajo informal es un trabajo que genera valor. Sin embargo, este valor no es exclusivamente monetario. Incluso este trabajo puede generar una pérdida de oportunidad en la generación de ganancias económicas. El valor se mide en función de la aportación social y económica que este trabajo genera para un país. Además, este trabajo no necesariamente es subordinado o implica una relación de dependencia. Es decir, no se guía por relaciones de trabajo en sentido vertical en el que existe un empleador con poder de mando y un empleado.

El concepto de informalidad adoptado por la OIT incorpora formas de trabajo que trascienden las relaciones de trabajo en las que existe subordinación y dependencia. Sin embargo, tanto para la Organización como para algunos teóricos, el concepto de informalidad sigue vinculado al concepto clásico de trabajo productivo y monetario guiado por la obtención de recursos económicos directos. Por el contrario, algunas perspectivas más recientes que estudian la informalidad amplían el espectro y la definición de trabajo informal hacia formas de trabajo no monetarizadas que generan un aporte social relevante y que implican la generación de recursos para terceros. Por consiguiente, una postura más amplia y comprensiva de la realidad del mundo del trabajo hace necesario inclinarse hacia una lectura más amplia de la informalidad y del trabajo objeto de protección.

De acuerdo con lo anterior, desde una perspectiva más amplia, el trabajo informal vincula no solo al trabajo doméstico y del cuidado remunerado que es realizado al margen del reconocimiento normativo y de protección social, sino que también incluye al trabajo doméstico y del cuidado no remunerado. En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos nacionales -incluso en el ordenamiento jurídico internacional del derecho del trabajo- esta última modalidad de prestación del trabajo doméstico y del cuidado es un trabajo no contractualizado, no protegido e invisible. A pesar de que el mismo objeto de la actividad (mantenimiento del entorno físico y emocional del hogar y del cuidado de personas para que puedan realizar actividades básicas de la vida diaria) puede ser realizado a través de contratos de distinta naturaleza: contratos de trabajo, arrendamiento de servicios o contratos administrativos de función pública. En estos casos, existen elementos de subordinación, dependencia y remuneración en los que se es empleado de un tercero y se obtienen beneficios económicos, se reportan ingresos por la realización de la actividad y se reconocen derechos concretos.

Además, dentro de las formas contractualizadas de prestación, es posible identificar diferentes condiciones de protección jurídica y de formalización. Es decir, estas condiciones pueden ser las de un trabajo estándar, no estándar o precario. Estas condiciones marcan los diferentes estándares de formalización de la actividad que está determinada por la calidad de los derechos que se garantizan.

La informalidad es un concepto adecuado para incluir al trabajo doméstico y del cuidado familiar por dos razones principales. Primero porque es un trabajo cuyo objeto de prestación es realizado a través de otras modalidades contractualizadas y el desarrollo de este trabajo nace de una obligación voluntariamente adquirida o legalmente impuesta con consecuencias jurídicas, económicas y sociales para quienes lo realizan y para quienes se benefician de su prestación.

La situación de informalidad en la que se desarrolla el trabajo doméstico y del cuidado familiar se deriva de varias causas. Sin embargo, es posible identificar dos causas principales. La primera, la idea de que el trabajo doméstico y del cuidado es una obligación jurídica y moral que recae en las familias y, por consiguiente, es un asunto privado. En segundo lugar, las fronteras clásicas de laboralidad que se han fijado principalmente en la protección de las relaciones de empleo en las que existe un contrato de trabajo con unas claras condiciones de subordinación, dependencia y remuneración dentro de un esquema de producción principalmente industrial, una clara división sexual del trabajo y de relaciones laborales verticales.

No obstante, en relación con el primer argumento, es importante tener en consideración la diferencia que hace ALAIN SUPIOT entre trabajo y actividad. Este autor advierte que:

“La distinción entre trabajo y actividad no debe buscarse en la naturaleza de la acción realizada (la misma caminata de montaña es una recreación para el turista y un trabajo para el guía que lo acompaña). El trabajo se distingue de la actividad en que éste responde a una obligación voluntariamente suscrita o legalmente impuesta. Esta obligación puede ser de naturaleza contractual (asalariada o trabajador independiente) o estatutaria (funcionario o fraile); puede ser suscrita a título oneroso (empleo) o a título gratuito (benevolencia o en prácticas); pero el trabajo siempre se inscribe en un lugar en el derecho.

(...) Es necesario y suficiente que al compromiso de actuar se vinculen efectos legales, por lo que esta acción se puede llamar un trabajo. En última instancia, esta calificación está supeditada a un compromiso voluntariamente suscrito o de la ley que consagra de este modo la utilidad social de estas tareas”².

En este sentido, la noción de trabajo supera la noción de empleo y el trabajo en sí mismo no tiene necesariamente un carácter monetario o se garantiza exclusivamente a través del contrato de trabajo. El trabajo -como actividad humana- tiene unas consecuencias jurídicas y ocupa un lugar en el derecho con independencia de si es remunerado o no remunerado y si existe o no un contrato de trabajo vinculado.

En este sentido, el trabajo doméstico y del cuidado familiar es un trabajo que surge de una obligación jurídica y moral. Una obligación que tiene sustento en normas principalmente de naturaleza civil y de mandatos morales de solidaridad intergeneracional. Sin embargo, la obligación de desarrollar este trabajo no implica *per se* el desconocimiento de que se trata de un trabajo y que quien lo realiza es sujeto de derechos. Especialmente, cuando el trabajo que realiza tiene un impacto y una contribución social y un impacto en materia de acceso al reconocimiento de derechos por parte de quien lo realiza.

Ahora bien, el reconocimiento de que el trabajo doméstico y del cuidado familiar es un trabajo que se desarrolla en condiciones de informalidad encuentra su origen en las fronteras del derecho del trabajo. Estas fronteras se han trazado prevalentemente en la protección de formas de trabajo mercantiles que tienen vinculación con las relaciones de empleo. En consecuencia, las formas de trabajo no mercantiles de trabajo, así como las formas de trabajo en las que no existen todos los elementos de subordinación, dependencia y remuneración han permanecido invisibles o en zonas grises de regulación.

Finalmente, el concepto de informalidad es adecuado para ubicar el trabajo doméstico y del cuidado familiar porque su exclusión e invisibilidad genera una afectación grave de derechos humanos que se describirá a lo largo de esta memoria doctoral; tiene un impacto de género particularmente alto y, de acuerdo con conceptualizaciones como las elaboradas por MARTHA CHEN y la pirámide de la informalidad en la que se cruzan vectores como el de

² SUPIOT, ALAIN (dir.). *Au-Delà de l'emploi. Les voies d'une vraie réforme du droit du travail*. Flammarion, Francia, 2016, pp. 121-122.

pobreza con alta participación de mujeres, el trabajo doméstico y del cuidado familiar encuentra un lugar en el eslabón de la segmentación del trabajo doméstico en el que están las peores condiciones jurídicas y materiales para su desarrollo. En este sentido, la pirámide crecería en la base a través de la identificación del trabajo doméstico y del cuidado familiar como un trabajo informal.

De acuerdo con lo anterior, en esta memoria doctoral se señalará la forma como las fronteras de la laboralidad clásicas han incidido en la invisibilidad del trabajo doméstico y del cuidado familiar y las consecuencias en materia de género no solo de quienes realizan el trabajo doméstico y del cuidado familiar y no remunerado sino de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado en los otros eslabones de prestación.

1.2. LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN EL ANÁLISIS DE LAS FRONTERAS DE LABORALIDAD

Las fronteras del derecho del trabajo clásico fueron construidas en el contexto europeo del desarrollo industrial. En las sociedades industriales germinó y creció la idea del ‘hombre económico’ (*economic man*) como sujeto productor de recursos económicos y generador de riqueza³. Allí también surgió la idea de la mujer como sujeto prevalentemente cuidador y dependiente del salario del hombre proveedor, así como la idea del salario familiar (*family wage*)⁴. Bajo el modelo de desarrollo industrial que se consolidó en Europa en el siglo XIX, se generó la separación entre la familia y el trabajo. Esta división también distinguió entre la producción mercantil como esfera pública y la reproducción doméstica como esfera privada. Se trató de un cambio respecto del modelo de producción agrícola en el que, tanto los hombres como las mujeres, realizaban actividades consideradas como productivas en las labores rurales.

En consecuencia, el modelo industrial incorporaba una clara división sexual del trabajo y de los roles de los hombres y las mujeres. Los primeros se dedicaban al trabajo productivo mientras que las segundas se dedicaban al trabajo reproductivo⁵. Los primeros tenían la condición de hombres económicos y productivos en virtud de que su trabajo era considerado valioso para el mercado y estaba regulado por la ley. Las segundas fueron ubicadas en un lugar casi ‘inaudible’ e ‘intramural’ porque se consideraba que no trabajaban, no producían

³ La expresión se encuentra en: SANKARAN, KAMALA. “Informal Employment”. op. cit., p. 224.

⁴ NANCY FRASER hace uno de los análisis más interesantes sobre el modelo de cuidadora universal y de su vinculación el modelo de salario familiar (*family wage*). FRASER, NANCY. *Justice Interruptus. Critical Reflections on the “Postsocialist” Condition*. Routledge, New York, 1997, pp. 41-68.

⁵ SUPIOT, ALAIN (dir.). *Au-Delà de l’emploi*. op. cit., p. 339.

recursos económicos y se limitaban a disfrutar de su cómoda situación en el hogar donde solo debían cuidar de los demás⁶.

Esta división sexual del trabajo se trasladó al ámbito jurídico y, en concreto, al derecho laboral, de la seguridad social, comercial y de familia. Por esa razón, el derecho laboral se construyó desde las necesidades y las características del hombre trabajador y productor mientras que las relaciones jurídicas que involucraban a las mujeres fueron reguladas por el derecho de familia o el derecho civil. En ambos casos, con un deficiente reconocimiento de derechos para las mujeres⁷.

En el marco del modelo de desarrollo industrial capitalista, el trabajo por fuera del hogar se desarrollaba predominantemente por los hombres. En consecuencia, las mujeres no participaron en condiciones de igualdad con los hombres en el mercado del trabajo y la titularidad de los derechos sociales y laborales estaba mediada principalmente por su condición de esposas, madres y viudas⁸. En materia de seguridad social, las mujeres ocupaban un lugar subsidiario o dependiente de la condición y de la relación principal con el hombre trabajador.

El hombre económico y trabajador productivo obtuvo el estatus de trabajador protegido y de protector de núcleos familiares ‘heteronormativos’. El hombre económico tenía libertad para elegir su trabajo dentro de las relaciones de empleo subordinadas, dependientes, remuneradas y mediadas por contratos de trabajo con un único empleador⁹.

Así como el paradigma de la revolución francesa erigió al hombre como titular de los derechos civiles y políticos, el hombre trabajador fue el titular principal de los derechos laborales y sociales. Se trataba de un hombre saludable y joven que no tenía responsabilidades reproductivas, ni se dedicaba al cuidado. Sin embargo, tenía la responsabilidad económica de

⁶ En el esquema *taylorista*, la mayor parte de las mujeres están por fuera del escenario laboral porque quedan relegadas al entorno doméstico en el cual son inaudibles. KLARE, KARL. “The horizons of Transformative Labour”. op. cit., p. 11.

⁷ SUPLOT, ALAIN (dir.) *Au-Delà de l’emploi*. op. cit., p. 340.

⁸ Sin embargo, el modelo binario de los hombres en la esfera pública del trabajo productivo y las mujeres confinadas a la esfera privada del trabajo reproductivo no fue absoluto. En los estudios europeos sobre la incorporación progresiva de la mujer al espacio productivo y la historia de las luchas feministas se indica que la inclusión de las mujeres en los escenarios académicos fue el germen de la reivindicación de las mujeres mediante la denuncia sobre las implicaciones de la división sexual de los trabajos, la libertad sexual y los derechos reproductivos. Por el contrario, en los países del sur (i.e. Colombia), los procesos de integración de las mujeres en el mercado de trabajo fueron distintos porque no han sido producto de las reivindicaciones sociales de género sino de la necesidad de complementar recursos económicos para los núcleos familiares cuando estos núcleos migraban hacia las ciudades y abandonaban las actividades agrícolas y rurales. En este contexto, la integración de las mujeres en el mercado productivo se dio principalmente por la necesidad de generar recursos económicos porque los recursos obtenidos por el hombre productor eran insuficientes para la subsistencia del hogar.

⁹ SANKARAN, KAMALA. “Informal Employment”. op. cit., p. 224.

producir los recursos que permitieran la subsistencia material de los miembros de su familia nuclear.

Para lograrlo, el hombre económico trabajaba durante ocho horas diarias, tenía el tiempo y la capacidad para asociarse, negociaba de manera individual o colectiva y se manifestaba en la esfera pública y deliberativa sobre sus condiciones de trabajo. De acuerdo con TZEHAINESH TEKLE, el modelo industrial de producción tuvo una connotación de género específica mediante el paradigma del hombre proveedor, cabeza de familia y sin responsabilidades del cuidado de otros. Este paradigma estuvo presente en las normas laborales del norte y del sur global¹⁰.

La posición jurídica de las mujeres bajo este modelo fue subordinada mediante el denominado ‘contrato de género’ (*Gender contract*). El contrato de género establece un sistema que fundamenta las diferencias sociales y normativas basadas en la división de roles. El denominado contrato de género consolidó la división sexual del trabajo que se ha comentado previamente, en la cual, el hombre proveedor recibe un ‘salario familiar’ para cubrir los gastos necesarios para su propia supervivencia y la de su familia (esposa e hijos). La mujer es la dependiente del hogar que está cubierta por el salario y por el sistema de seguridad social en razón de su función de reproducción y de cuidado¹¹.

Una de las justificaciones para esta exclusión o segmentación era la naturalización de la división de las tareas o roles. Esa división se basó en tres ejes principales. Por una parte, la construcción de una femineidad específica vinculada con la familia, el cuidado, la docilidad y el hogar. En segundo lugar, el denominado problema de la ‘mujer trabajadora’ porque se consideraba que la incursión de la mujer en el mercado de trabajo asalariado era un peligro para la clase obrera en virtud de que, al igual que el trabajo infantil, implicaba una mano de obra más barata y una reducción de los salarios¹². Finalmente, una postura paternalista frente a las mujeres a través de la prohibición de ciertos trabajos o de someterse a condiciones de trabajo que eran consideradas peligrosas solo para ellas¹³. Como señala SCOTT, la “identificación de la fuerza de trabajo femenina con determinados tipos de empleo y como

¹⁰ TEKLE, TZEHAINESH. *Labour Law and worker protection*. op. cit., pp. 3-4.

¹¹ VOSKO, LEAH. “Gender, Precarious Work”. op. cit., pp. 55-56.

¹² Sobre este aspecto, JOAN SCOTT describe los procesos sociales y económicos que enfrentaron las mujeres durante el siglo XIX y los primeros años del siglo XX. La idea de partida era que las mujeres participaban en el mercado del trabajo en algunas labores concretas, sin embargo, progresivamente fueron vistas como un peligro porque los salarios de las mujeres eran sustancialmente inferiores que los percibidos por los hombres. Además, sus salarios solo eran complementarios del núcleo familiar pero no podían ser el sustento principal de las familias. Por otra parte, también se consideraba que las mujeres producían bienes con un valor inferior a los bienes producidos por los hombres. *Vid.* SCOTT, JOAN. “La mujer trabajadora en el siglo XIX”. En: DUBY, GEORGES; PERROT, MICHELLE (dir.). *Historia de las mujeres en occidente*. vol. 4, 1993, pp. 405-406.

¹³ Algunas manifestaciones institucionales de esta visión paternalista son: Convenio 4 de 1919 sobre trabajo nocturno (mujeres), y Convenio 45 de 1935 sobre trabajo subterráneo (mujeres). Una lectura crítica sobre la posición institucional de la OIT y el lugar de las mujeres en el mundo del trabajo y su consolidación como mujer cuidadora, se puede leer en: VOSKO, LEAH. “Gender, Precarious Work” op. cit., p. 56.

mano de obra barata quedó formalizada e institucionalizada en una cantidad de formas durante el siglo XIX, tanto que llegó a convenirse en axioma, en patrimonio del sentido común”¹⁴.

Como se ha mencionado previamente, antes de la división de roles en el marco del sistema de producción industrial, las mujeres no solo tenían el rol de amas de casa, sino que también se consideraba que contribuían de manera activa a la economía familiar, especialmente en los trabajos agrícolas y artesanales¹⁵. Por ejemplo, durante el feudalismo, la familia era considerada una unidad de producción económica en la que todos los miembros de la familia, participaban para lograr su autosuficiencia y el papel de las mujeres era reconocido como proveedoras de medios de subsistencia para las familias¹⁶. Por el contrario, bajo este esquema de producción y organización industrial en el marco del capitalismo, las mujeres solo podían trabajar durante periodos cortos de su vida, en concreto, antes del matrimonio y de la maternidad. En efecto, las mujeres solteras y sin hijos podían trabajar y contribuir económicamente a sus familias, pero, una vez adquirían la condición de esposas y madres, eran marginadas del mercado del trabajo a la esfera doméstica del hogar. Solo podían trabajar y obtener ingresos complementarios para mantener a sus familias las mujeres que quedaban viudas, eran abandonadas por sus esposos o estaban en una situación de extrema pobreza¹⁷.

En este contexto, las relaciones de trabajo estaban marcadas por fronteras personales, espaciales, emocionales y territoriales. Las fronteras personales del derecho del trabajo implicaban la existencia de claras relaciones de subordinación y dependencia de un único trabajador frente a un único empleador. Este último tenía el poder de dirección sobre el trabajo o actividad desarrollada por el trabajador durante el tiempo en el que el trabajador prestaba sus servicios; generalmente durante ocho horas diarias. Las fronteras espaciales estaban demarcadas a partir de la empresa como único lugar de trabajo, lo cual excluía al hogar familiar. La frontera emocional apelaba a la motivación para establecer la relación y se basaba en la obtención de lucro y de ingresos para las dos partes contractuales. En ese marco, existía una clara jerarquía y una tensión entre el capital y el trabajo. Finalmente, la frontera territorial indicaba que las normas mediante las que se regía la relación de trabajo eran de orden predominantemente nacional¹⁸.

Estas cuatro fronteras han tenido un impacto de gran intensidad en el trabajo doméstico y del cuidado en sus dimensiones de trabajo remunerado y de trabajo no remunerado. En

¹⁴ De acuerdo con JOAN SCOTT, la división sexual del trabajo se configuró durante el siglo XIX porque el avance del modelo industrial reforzó la idea de la separación de roles y segmentación ocupacional y marginó a las mujeres de la participación económica en el mercado del trabajo. *Vid.* SCOTT, JOAN. “La mujer trabajadora en el siglo XIX”. *op. cit.*, p. 411.

¹⁵ ESPING-ANDERSEN, GÖSTA. *The Incomplete Revolution*. *op. cit.*, p. 8.

¹⁶ HAMILTON, ROBERTA. *La liberación de la mujer. Patriarcado y capitalismo*. Ediciones Península, Barcelona, 1980, pp. 31-38.

¹⁷ SCOTT, JOAN. “La mujer trabajadora en el siglo XIX”. *op. cit.*, pp. 406 y 414.

¹⁸ FUDGE, JUDY. “Feminist Reflection on the Scope”. *op. cit.*, p. 1.

primer lugar, según las fronteras personales, el trabajo está ligado con la ajenidad, la dependencia, la subordinación y la existencia de dos figuras contrapuestas (empleador y empleado) y el pago de salario como elemento esencial de la relación. En el caso concreto del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado se parte de la idea de que no existe una relación clara de subordinación, ni de dependencia en el cumplimiento de las órdenes. De hecho, en este caso existe una presunción de *no laboralidad*.

En segundo lugar, según las fronteras emocionales solo se considera trabajo aquel que se realiza con fines económicos y motivado por los fines de lucro. Además, bajo el modelo industrial, se consideraba trabajo prevalentemente a la producción de bienes para la comercialización y el consumo. Por el contrario, el trabajo doméstico y del cuidado implica un trabajo físico pero la producción está concentrada en el plano de lo emocional, esto es, en el denominado trabajo inmaterial.

En tercer lugar, las fronteras espaciales son determinantes en el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado y tienen un impacto directo en el trabajo doméstico remunerado porque se trata de un trabajo que se realiza en el hogar familiar. Sin embargo, desde el punto de vista espacial, el hogar familiar no podía ser considerado como un lugar de trabajo¹⁹.

La familia tampoco era considerada como una entidad productiva contratante o como una empresa porque se sostenía que la familia no realizaba ninguna actividad productiva y era una unidad exclusivamente de consumo. Por esa razón, la relación laboral del trabajo doméstico ha sido objeto de diversos debates en torno a su carácter esencialmente laboral. El hogar como lugar impenetrable por el derecho del trabajo también ha influido en la limitación de los derechos laborales individuales y colectivos de asociación, de las personas, principalmente mujeres, que trabajan dentro del hogar. Desde las fronteras del trabajo industrial, el derecho del trabajo en su esfera colectiva excluyó a quienes trabajan dentro del hogar del derecho de voz, participación, organización y deliberación. También quedaron por fuera los trabajadores y trabajadoras que no realizaban trabajos dependientes bajo el esquema de producción industrial.

En cuarto lugar, de conformidad con las fronteras geográficas o territoriales del derecho del trabajo también se ha excluido al trabajo doméstico y del cuidado. En este caso, ha habido un mayor impacto en el trabajo doméstico y del cuidado remunerado, principalmente en la protección de las trabajadoras migrantes. JUDY FUDGE señala que, tradicionalmente, el derecho del trabajo ha operado en la escala Estado nacional y la jurisdicción del derecho del trabajo ha estado ligada a este concepto²⁰.

Además de las cuatro fronteras, existen otras categorías duales que permitieron identificar las disparidades del trabajo femenino en el marco de la división sexual del trabajo. Se trata

¹⁹ FUDGE, JUDY. "Feminist Reflection on the Scope". op. cit., p. 11.

²⁰ FUDGE, JUDY. "Feminist Reflection on the Scope". op. cit., pp. 9-12.

de los siguientes tres pares conceptuales: i) trabajo productivo y reproductivo²¹; ii) trabajo material e inmaterial y iii) trabajo remunerado y no remunerado. Estas categorías permiten identificar con claridad las implicaciones de la división entre el ámbito público y el privado en el marco del derecho laboral. Además, permiten ilustrar que solo las primeras han sido de interés para el derecho del trabajo construido dentro del modelo industrial de producción.

En síntesis, las fronteras del derecho del trabajo se han fijado principalmente a partir del trabajo estándar en el que existe: un contrato de trabajo para el desarrollo de una actividad, condiciones de subordinación o dependencia y por el cual se recibe un salario. Se trata de un trabajo que se desarrolla en un horario de ocho horas diarias, en el que existe un valor prevalente para aquellas actividades que implican la producción de bienes y que es desarrollado por fuera del entorno familiar.

No obstante, algunos cambios en el mundo del trabajo han creado las condiciones para que se desborden las fronteras del derecho del trabajo. Como se señalará en la tercera sección de este capítulo, entre esos cambios destaca el aumento del trabajo no estándar, la mercantilización de los servicios -en especial, el servicio de atención y de cuidado- y el aumento de trabajos inmateriales o de prestación de servicios. Ante la necesidad de garantizar una mayor protección social a los trabajadores y trabajadoras en el mundo, estos cambios indican la necesidad urgente de recategorizar las fronteras del derecho del trabajo.

1.3. LOS LÍMITES DE PROTECCIÓN DEL DERECHO LABORAL CLÁSICO Y LA URGENCIA DE UN DERECHO DEL TRABAJO MÁS INCLUYENTE

La situación del mundo del trabajo globalizado dentro de un sistema de producción capitalista y neoliberal no es alentadora. La mayor parte de los informes alerta sobre el aumento de las formas de trabajo no estándar, la existencia de una alta tasa de desempleo, la mayor precariedad en el empleo e informalidad en el trabajo. Por consiguiente, cada vez existe una menor cobertura en seguridad social y se han desintegrado los mecanismos clásicos de asociación sindical. En suma, el diagnóstico sobre el presente y el futuro del derecho del trabajo indica un aumento del número de personas excluidas de los sistemas de protección y la ampliación del espectro de trabajo no estándar de baja calidad e informal. Por esa razón, una parte de la doctrina ha reconocido la existencia de una tensión entre el derecho del trabajo clásico y la actual realidad social, económica y política²².

²¹ Un resumen sobre el surgimiento de los conceptos de trabajo productivo y reproductivo por parte de las corrientes feministas con el fin de visibilizar las implicaciones de la reproducción social como un aporte al sistema económico: BENERÍA, LOURDES. “Trabajo productivo/Reproductivo, pobreza y políticas de conciliación”. *Revista Nómadas*, n° 24, abril, 2006, p. 9.

²² TEKLE, TZEHAINESH. *Labour Law and worker protection*. op. cit., p. 3.

Uno de los principales argumentos que se han formulado dentro del debate teórico afirma que, en el contexto social actual, el derecho del trabajo ha dejado de ser un marco de protección para la base social más desvalida y se ha convertido en un derecho a favor de los privilegiados. Estos últimos serían aquellos que tienen un empleo que se ajusta a los elementos de un trabajo estándar en el que existe un empleado y un empleador bajo la modalidad clásica de contrato de trabajo²³.

Esa ‘elitización’ del derecho del trabajo deriva, según se afirma, de que el número de personas empleadas sujetas al esquema clásico del contrato de trabajo es cada vez menor. Algunos autores, como GUY DAVIDOV y BRIAN LANGILLE, han analizado los límites y las fronteras del derecho del trabajo. Los dos autores parten de la premisa según la cual “las leyes que regulan y protegen a las personas en el trabajo se encuentran en crisis”²⁴. Frente a esa situación, los dos consideran que es esencial preguntarse por el núcleo duro o por el corazón del derecho del trabajo y, en su criterio, los objetivos y los valores que se imponen en las sociedades contemporáneas pueden jugar un papel determinante al momento de resolver esta pregunta²⁵.

En el mismo sentido, JUDY FUDGE señala que la exclusión de un número significativo de trabajadores de la esfera de protección del derecho del trabajo ha generado una verdadera crisis de las bases regulativas del derecho del trabajo. Por consiguiente, la autora llama la atención sobre las fronteras del derecho del trabajo en un mundo laboral que desdibuja los límites legales tradicionales y plantea nuevos desafíos en torno a las formas tradicionales de la regulación laboral²⁶. Por consiguiente, los dos grandes desafíos son la modernización de los conceptos existentes y la elaboración de nuevas bases del derecho laboral a partir de un derecho social que supere al contrato de trabajo como único pilar de protección²⁷.

La misma autora considera que es relevante preguntarse ¿para quién está dirigida la protección del derecho del trabajo? y ¿quién es considerado o definido normativamente como trabajador? En su opinión, la postura tradicional del derecho del trabajo sigue concentrada en las desigualdades entre el capital y el trabajo o entre los empleadores y los trabajadores. Por esa razón, los intereses de los especialistas del derecho del trabajo siguen concentrados en los diferentes contratos de trabajo en el marco de las relaciones de empleo²⁸.

²³ A partir de los cambios en el mundo del trabajo, algunos autores como JEREMIAS PRASSL han señalado la importancia de analizar el concepto de trabajador, pero también el concepto de empleador. En su opinión este último debe ser repensado avanzar hacia la construcción de un concepto funcional que responda a distintas formas de trabajo y a distintos contextos. PRASSL, JEREMIAS. *The Concept of the Employer*. Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 157-169.

²⁴ DAVIDOV, GUY y LANGILLE, BRIAN. “Introduction: Goals and Means”. op. cit., p. 1.

²⁵ DAVIDOV, GUY y LANGILLE, BRIAN. “Introduction: Goals and Means”. op. cit., p. 2.

²⁶ FUDGE, JUDY. “Blurring Legal Boundaries”. op. cit., p. 3.

²⁷ FUDGE, JUDY. “Blurring Legal Boundaries”. op. cit., p. 3.

²⁸ FUDGE, JUDY. “Feminist Reflections on the Scope”. op. cit., p. 2.

Dentro de este mismo debate, algunos autores han considerado que la crisis es una oportunidad para ampliar las categorías y los conceptos que rigen el derecho del trabajo y para transformar un derecho que ha sido construido desde el norte global y desde un modelo de producción industrial. Por ejemplo, SANKARAN advierte sobre la importancia del momento actual para el derecho del trabajo porque se encuentran abiertas diversas discusiones sobre el alcance del derecho del trabajo y se ha creado una oportunidad histórica para incluir las realidades del derecho laboral de los países del sur global que se caracterizan por sus altos grados de informalidad²⁹.

En concreto, la autora afirma que las predicciones de la OIT sobre la disminución de la informalidad han sido desmentidas por la realidad. En contra de lo que se esperaba, la informalidad no disminuye automáticamente con el crecimiento económico. En países del sur global (e.g. India), el trabajo por cuenta propia tiende a aumentar y constituye más de la mitad de la fuerza de trabajo. La autora destaca que también se presentan situaciones de trabajo servil y altos índices de trabajo familiar no remunerado. Por consiguiente, advierte que en el sur global el contrato de trabajo no puede ser el centro de protección del derecho del trabajo, ni mucho menos, el único instrumento para regular las relaciones de trabajo³⁰.

Del mismo modo, TZEHAINESH TEKLE manifiesta que uno de los principales retos de protección consiste en encontrar fórmulas para una coincidencia entre las categorías socio-legales y la realidad. Este reto es especialmente relevante en los países del sur global donde una parte importante de su población, que es considerada como activa laboralmente, nunca ha realizado un trabajo equiparable o que se corresponda con el modelo de empleo formal, estándar e industrial sobre el que se construyó la base regulatoria del derecho laboral clásico³¹. En efecto, la mayor parte de la fuerza de trabajo de los países del sur se ha concentrado en trabajadores por cuenta propia, trabajadores agrícolas, trabajadores a domicilio, trabajadores familiares, trabajadores domésticos y trabajadores del cuidado no remunerados dentro de la familia y la comunidad³².

A este factor se agrega el crecimiento exponencial de las formas de trabajo no estándar que implican una diversidad de relaciones laborales y comerciales. En la práctica, estas no están cubiertas por las disposiciones normativas en materia laboral o de empleo sobre las que se construyen los esquemas de protección social. Como lo señala la OIT, se trata de formas de trabajo ambiguas que, en algunos casos, implican una falta de claridad sobre de los derechos y las obligaciones de las partes³³.

²⁹ SANKARAN, KAMALA. "Informal Employment". op. cit., p. 224.

³⁰ SANKARAN, KAMALA. "Informal Employment". op. cit., p. 224.

³¹ TEKLE, TZEHAINESH. *Labour Law and worker protection*. op. cit., p. 13.

³² TEKLE, TZEHAINESH. *Labour Law and worker protection*. op. cit., p. 13.

³³ OIT. "Non-Standard Employment". op. cit., p. 9.

En conclusión, frente a este desafío se han planteado diversas alternativas, pero todas pasan por entender que los cambios en el mundo del trabajo advertidos por KARL KLARE que se generaron a partir de tres aspectos principales y convergentes: i) la transformación de los sistemas de producción y empleo, ii) la modificación del contexto social y cultural y iii) la intensificación de la economía internacional y los procesos de integración política³⁴. Estos y otros cambios en el contexto de la globalización, los cambios sociales y el reconocimiento de diferencias socio-culturales, implican la necesidad de incluir dentro de la idea de trabajo válido, visible y reconocido a las actividades tradicionalmente informales; especialmente a aquellas relacionadas con los trabajos que no se ajustan a los parámetros de laboralidad y que han estado blindados por un velo de hermetismo por tratarse, por ejemplo, de trabajos desarrollados en la denominada esfera privada familiar o que no persiguen necesariamente la obtención de un salario.

1.4. TRANSFORMACIONES Y CAMBIOS SOCIALES EN EL MUNDO DEL TRABAJO Y SU INCIDENCIA EN LAS FRONTERAS DE LABORALIDAD EN EL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO

Las transformaciones en los sistemas de producción, los cambios sociales, culturales y demográficos, el desmantelamiento de los Estados de bienestar, el neoliberalismo y los procesos de integración económica y política han hecho que la realidad del mundo laboral globalizado supere las fronteras del derecho del trabajo construidas sobre la base del empleo asalariado, estándar e industrial y la mayor vinculación de las mujeres con el mercado de trabajo³⁵. La conjunción de estas transformaciones ha causado que un número significativo y creciente de personas queden excluidas de los sistemas de protección social. Esto se traduce en una crisis de protección de derechos humanos fundamentales, especialmente, de la garantía de los derechos sociales ligados al empleo.

En primer lugar, los cambios de los sistemas de producción han influido en tres sentidos principales. Por una parte, la descentralización de los sistemas de producción industrial se traduce en la atomización de las cadenas globales de suministro y producción. Por otra parte, la diversificación de los modelos contractuales de trabajo ha implicado el debilitamiento de las relaciones de trabajo estándar que fueron construidas a partir de los sistemas de organización *taylorista* y *fordista*. Estos cambios de modelo han venido acompañados de una mayor flexibilización de las relaciones de trabajo y de profundas modificaciones en las relaciones de dependencia y subordinación. Las transformaciones también afectan a las relaciones contractuales de naturaleza civil y comercial de manera que ocurre el fenómeno

³⁴ KLARE, KARL. “The horizons of Transformative Labour”. op. cit., pp. 4-6.

³⁵ Estos cambios son señalados, entre otros, por: KLARE, KARL. “The horizons of Transformative Labour”. op. cit., pp. 5 y 6 y LÓPEZ, JULIA; CHACARTEGUI, CONSUELO y CANTÓN, CESAR. “Social Rights in Changing Labor Markets: Caring for Caregivers in the European Union”. En: STONE, KATHERINE y ARTHURS, HARRY (eds.). *Rethinking Workplace Regulation. Beyond the Standard Contract of Employment*. Russell Sage Foundation, New York, 2013, p. 333.

de la ‘deslaborización’ e ‘individualización’ de las relaciones de trabajo. El tercer cambio es el crecimiento del sector de los servicios o trabajo inmaterial y, en particular, un aumento de la oferta y la demanda del trabajo emocional de los cuidados.

En segundo lugar, se han producido cambios sociales, culturales y demográficos que impactan en el sistema de producción y que repercuten en el mundo del trabajo construido sobre el modelo industrial de producción. Se trata de un cambio de valores y formas de vida dentro del cual destacan cuatro aspectos relevantes: la disminución de las tasas de natalidad; el aumento de la expectativa de vida y una mayor longevidad; la mayor participación de las mujeres en el mercado del trabajo; y la diversificación de los tipos de familia porque las familias nucleares y heteronormativas con carácter permanente han dejado de ser el paradigma y se han abierto paso las familias recompuestas o reconstituidas, monoparentales y homoparentales.

En tercer lugar, han ocurrido transformaciones hacia la diversificación de los movimientos sociales que trascienden al movimiento sindical y a las reivindicaciones económicas y de clase. Estos nuevos movimientos abogan por mayor igualdad y no discriminación, por la igualdad de género, la libertad de circulación y la protección de los derechos humanos de las personas migrantes. Desde luego, como señala KLARE no es que las contradicciones de clase hayan desaparecido, sino que a esas contradicciones se han sumado nuevos problemas cuya superación es reclamada por parte de la sociedad civil y que hacen más complejo y heterogéneo al movimiento social³⁶.

El cuarto aspecto relevante para entender los cambios en el mundo del trabajo está relacionado con los procesos de integración económica y política. La Unión Europea es el caso paradigmático en el que confluyen los dos elementos de la integración, pero también existen otros procesos de integración económica a través de tratados y acuerdos comerciales para la circulación de insumos y mercancías. Estos procesos de integración han incidido en el mundo del trabajo, al menos, en tres aspectos relevantes. Por una parte, en la reducción de la autonomía regulatoria de los Estados en materia laboral debido a las presiones del mercado y de las cláusulas de prohibición de medidas proteccionistas en materia económica. Esta situación ha generado una mayor desregulación nacional y ha dificultado la autonomía estatal en políticas de estímulo empresarial y rural. Por otra parte, el aumento significativo de los procesos migratorios ocasionados por las crisis humanitarias y económicas. Finalmente, el aumento del poder adquirido por las grandes empresas transnacionales que se han convertido en los verdaderos actores políticos y económicos a nivel global.

Finalmente, el dismantelamiento de los Estados de bienestar y el neoliberalismo han sido aspectos determinantes para los cambios en el mundo del trabajo y para la actual situación de desprotección social de un número creciente de personas. Existen dos consecuencias graves de la crisis del Estado de bienestar que se potencian con los cambios en los cuatro

³⁶ KLARE, KARL. “The horizons of Transformative Labour”. op. cit., p. 6.

sectores mencionados previamente. Por una parte, la mayor privatización de los servicios públicos y el debilitamiento de las estructuras estatales para la garantía de los derechos sociales básicos y, por otra, la mayor individualización de los riesgos (e.g. situaciones de dependencia) que han sido dejados a la suerte del mercado y de las condiciones económicas de cada persona (*Tabla 2*).

En el contexto de la crisis del Estado de bienestar, el disfrute y la calidad de los derechos sociales para cada persona depende, cada vez más, de los recursos económicos que esa misma persona puede obtener para autogestionarse. Para ese objetivo, la persona puede acudir a los acuerdos mercantiles o transacciones informales dentro de la organización familiar o comunitaria.

| Sector que se transforma | Transformaciones |
|--|--|
| 1. Sistemas de Producción | 1.1. Descentralización sistemas de producción industrial 1.2. Nuevos modelos contractuales: flexibilización y deslaboralización 1.3. Sector servicios y trabajo emocional |
| 2. Sociedad, cultura y demografía | 2.1. Menor tasa de natalidad 2.2. Aumento de la expectativa de vida 2.3. Mayor participación de la mujer en el mercado de trabajo 2.4. Nuevas formas de familia |
| 3. Movimientos sociales | 3.1. Se mantienen las contradicciones de clase 3.2. Surgen nuevas reivindicaciones frente a nuevos grupos vulnerables 3.3. Se diversifican los frentes de acción del movimiento social |
| 4. Integración económica y política | 4.1. Reducción de la soberanía regulatoria 4.2. Aumento de las migraciones 4.3. Empresas como actores políticos globales |
| 5. Crisis del Estado de Bienestar y neoliberalismo | 5.1. Privatizaciones 5.2. Déficit de las estructuras estatales para garantizar derechos sociales básicos |

Tabla 2. Elaboración propia basada en la sistematización y conceptualización de KARL KLARE

El balance de género de todas estas transformaciones tiene diversos matices, sin embargo, para efectos de esta investigación interesa especialmente el impacto de estos cambios en el trabajo doméstico y del cuidado tanto en su esfera remunerada como no remunerada. En concreto, estos cambios marcan el fin del ‘salario familiar’ y del ‘contrato de género’ a los que se hizo referencia previamente. Se trata de un proceso de transición del modelo del

hombre económico que garantiza el sustento familiar por el modelo de trabajador adulto en el que las mujeres y los hombres participan en el mercado del trabajo³⁷.

Por consiguiente, el esquema teórico o conceptual del derecho del trabajo también cambia, en la medida que entra en declive la división de roles relacionados con el trabajo productivo por fuera del hogar familiar realizado por los hombres frente al trabajo reproductivo y del cuidado realizado por las mujeres dentro del hogar familiar. La mujer sale del hogar y deja de realizar de manera exclusiva el trabajo del cuidado. Además, como lo señala KATHERINE SILBAUGH, la familia como pilar principal del cuidado también se transforma en cuanto se transforman también las aspiraciones, las expectativas, la composición, así como las capacidades de sus miembros y la forma como éstos se relacionan con la vida pública y privada³⁸.

En consecuencia, el esquema del trabajo del cuidado cambia sustancialmente porque la idea del trabajador adulto, la ruptura del contrato de género y del salario familiar implica poner el centro del debate las siguientes preguntas: ¿Quién cuida?, ¿cómo se cuida?, ¿dónde se cuida? y ¿quién paga los costos del cuidado? Además de estas preguntas que pueden considerarse esenciales en el marco de los cambios antes advertidos, SILBAUGH destaca otra serie de preguntas orientadoras respecto del debate sobre el cuidado de personas en situación de dependencia y sus implicaciones de género dentro del nuevo contexto socio-económico:

“¿Cuáles son las consecuencias de la necesidad humana cuidado en términos de bienestar económico, estatus de ciudadanía, igualdad en la fuerza de trabajo, fuerza, poder y bienestar emocional de los cuidadores? ¿cómo se debe conceptualizar el cuidado, cómo trabajo, cómo obligación cívica, cómo recreación o consumo, cómo familiar o social, liberador o restrictivo para los individuos o ambos y de qué manera? ¿cómo debemos abordar las cuestiones de justicia y equidad planteadas por el trabajo del cuidado, incluyendo su creciente transferencia al mercado a lo largo de la raza, el género y las líneas de clase?”³⁹.

Estas preguntas, así como la pregunta vertebral acerca de quién y cómo se cuida a quienes se encargan del cuidado desde una perspectiva de derechos, son preguntas determinantes en esta investigación porque los cambios en el mundo del trabajo y la crisis del derecho del trabajo han venido acompañados de la denominada crisis de los cuidados. Estos cambios y sus correspondientes consecuencias, implican un estudio más juicioso del impacto de los cambios en el mundo del trabajo en el desarrollo del trabajo doméstico y del cuidado tanto en su arista remunerada como no remunerada. Estos debates se encuentran interconectados y ameritan una revisión holística e integrada.

³⁷ CHEN, MARTHA; VANEK, JOANN y LUND, FRANCIE. *Women, Work and Poverty*. op. cit., pp. 26-27.

³⁸ SILBAUGH, KATHARINE. “Foreword: the structures of care work”. *Chicago-Kent Law Review*, vol. 76, n° 3, 2001, p. 1389.

³⁹ SILBAUGH, KATHARINE. “Foreword: the structures of care work”. op. cit., p. 1389.

2. LAS FRONTERAS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y LA IMPORTANCIA DE PROTEGER A QUIENES HACEN EL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO EN SU VERTIENTE REMUNERADA Y NO REMUNERADA

Las fronteras actuales del derecho del trabajo han incidido de manera determinante en la comprensión social, económica y jurídica de los trabajos que representan una contribución social y económica. Por lo tanto, esas fronteras también han influido sobre la idea de los trabajos que deben ser susceptibles de protección y de ordenación. En el caso concreto del trabajo doméstico y del cuidado, la protección jurídica ha sido marginal en su esfera remunerada y mayoritariamente invisible en su esfera no remunerada.

Existen diversas razones, sociales, económicas, culturales, de derechos humanos y de justicia que fundamentan la necesidad de replantear tanto las fronteras del derecho del trabajo como las políticas normativas en la regulación del trabajo y las relaciones de empleo dentro del sistema económico actual. Fronteras que integren el elemento del cuidado como esencial. Por consiguiente, en este segmento se abordarán de manera general algunos de los argumentos que aportan al debate sobre la importancia de visibilizar el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado y la necesidad de establecer mecanismos de reconocimiento como un verdadero trabajo que debe ser objeto de ordenación y protección. Además, se describirán brevemente los elementos que hacen del trabajo doméstico y del cuidado remunerado y no remunerado interdependientes tanto social como jurídicamente, a través de los que se denomina en esta memoria doctoral ‘efecto espejo’ y ‘efecto irradiador’ que hacen necesario entender la actividad en sí misma como un todo que forma parte del elemento cuidado y mantenimiento de la vida como esencial en el mundo del trabajo.

2.1. LA DIFUMINACIÓN DE LAS FRONTERAS DE LABORALIDAD EN EL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO NO REMUNERADO

El reconocimiento del trabajo del cuidado no remunerado como un verdadero trabajo ha estado fuertemente condicionado por la división sexual del trabajo y la construcción epistemológica del trabajo como actividad industrial que ocurre por fuera de la esfera doméstica y que produce bienes con valor de cambio. También ha incidido de manera determinante la naturalización del trabajo del cuidado de familiares a tal punto que, en algunos casos, se considera como una actividad que no implica un trabajo o esfuerzo.

Como señala GARCIA-CALVENTE, una de las mayores dificultades para el reconocimiento del trabajo doméstico y del cuidado realizado por familiares es que, al tratarse de un trabajo que carece de valor comercial directo, es considerado como un trabajo de mujeres que se resuelve en el ámbito privado de la familia de manera aparentemente gratuita y sin esfuerzo.

Esta situación ha justificado que este trabajo permanezca al margen de las relaciones mercantiles:

“Hay ciertos rasgos que caracterizan el cuidado informal y que afectan muy directamente su visibilidad y reconocimiento social. Se trata de un trabajo no remunerado, sin precio en el mercado, y esto se confunde con una carencia de valor. El cuidado se basa en relaciones afectivas y de parentesco y pertenece al terrero de lo privado; se trata de “asuntos de familia”, en los que el resto de la sociedad no se implica. Se desarrolla en el ámbito doméstico, y como tal, queda oculto a la arena pública. Y finalmente, es una función adscrita a las mujeres como parte del rol de género; el cuidado de la salud de las personas que lo necesitan es “cosa de mujeres”⁴⁰.

Una de las principales fronteras del derecho del trabajo construido desde un modelo de empleo industrial consiste en presumir la existencia de una situación antagónica, excluyente y contradictoria entre el trabajo y el cuidado. Se trata de una idea fundada sobre la base de dualidades excluyentes en la definición de las fronteras del derecho del trabajo creadas a partir de la división trabajo-familia y público-privado. Como señala GUY MUNDLAK:

“(…) la noción de “trabajo-cuidado” puede ser considerada un oxímoron. Es una tradición contrastar trabajo con cuidado. Cuidado está considerado como parte de la esfera íntima y trabajo como un aspecto comercial. Aparentemente las dos pertenecen a esferas separadas. Esta tradición teórica ha implicado una elaboración crítica de que el cuidado es también una deuda, una carga a costas principalmente para las mujeres”⁴¹.

La influencia de este supuesto antagonismo ha ocasionado que la valoración social del trabajo doméstico se traduzca en una deficiente valoración económica, bajo el pretexto de que estas actividades tienen un alto contenido emocional y familiar. Por consiguiente, la existencia de fronteras que separan los ámbitos familiares y del hogar o de lo emocional familiar con el ámbito de lo mercantil ha incidido de manera determinante en la forma como las mujeres se relacionan con el mercado del trabajo.

A pesar de lo anterior, uno de los cambios relativamente recientes en el mundo del trabajo es el aumento de la demanda y oferta de trabajo inmaterial de carácter emocional para el desarrollo de trabajos del cuidado. El aumento del trabajo del cuidado remunerado ha permitido, por una parte, que más mujeres puedan vincularse al mercado del trabajo por fuera del hogar familiar. Además, que las familias puedan obtener mayores ingresos y que todos los miembros del hogar familiar se desarrollen profesionalmente. Este cambio en el

⁴⁰ GARCÍA-CALVENTE, MARÍA DEL MAR et al. “El sistema informal de cuidados en clave de desigualdad”. *Gaceta Sanitaria*, vol. 18, nº 1, Barcelona, 2004, p. 133.

⁴¹ MUNDLAK, GUY. “The wages of care-workers: from structure to agency”. En: FUDGE, JUDY; MCCRYSTAL, SHAE y SANKARAN, KAMALA (eds.). *Challenging the Legal Boundaries*. op. cit., p. 189.

mundo del trabajo implicó un nuevo paradigma porque abrió la posibilidad de contratar una parte importante del trabajo del cuidado. Por ejemplo, los trabajos relacionados con el cuidado de niños y niñas, de personas enfermas, de adultos mayores, de personas en situación de discapacidad con diferentes niveles o grados de dependencia y todas las actividades que implican su cuidado empezaron a ser contratadas para que fueran desarrolladas por un tercero que no necesariamente tenía una cercanía filial o emocional directa con la persona que requiere del cuidado.

El aumento de la demanda del trabajo doméstico y del cuidado remunerado ha llevado a la comprensión progresiva del valor que tiene el desarrollo de este trabajo. También se empieza a reconocer que, a pesar de que este trabajo puede ser realizado por familiares en el entorno familiar, no se trata de una mercancía común. En consecuencia, se reconoce que tiene un valor y un equivalente monetario cuando se realiza en la casa de un tercero⁴² pero también se reconoce que se trata de un trabajo que requiere de ciertas competencias y habilidades.

Este cambio ha traído implícitas nuevas formas de comprender un trabajo que se realizaba sin ningún costo aparente, por parte de las mujeres y en el entorno privado de las familias. En concreto, es posible identificar cuatro cambios principales. El primero, la comprensión de que el trabajo emocional es un trabajo que tiene un valor. En segundo lugar, la aceptación de que el hogar puede ser y frecuentemente es un lugar de trabajo productivo. En tercer lugar, el reconocimiento de que, no solo las personas del entorno familiar y, concretamente las mujeres, están en capacidad de realizarlo. Finalmente, el reconocimiento de que mantener el velo de aparente neutralidad normativa frente al trabajo doméstico y del cuidado perpetúa situaciones de abuso y dominación sobre las mujeres.

2.1.1. Los elementos del trabajo del cuidado: el cuidado como un trabajo que tiene valor

El cuidado es un trabajo que tiene valor ético, social y económico. En medio de ese contexto es necesario describir lo que implica el cuidado de otros como un trabajo emocional, físico, corporal y mental. Esta caracterización es importante porque uno de los elementos del trabajo doméstico y del cuidado es la invisibilidad de las actividades que se desarrollan en el marco del cuidado. El concepto de cuidado y de trabajo del cuidado es diverso, heterogéneo y discutido. Sin embargo, se mencionarán algunas definiciones de cuidado como punto de partida para la comprensión integral de la actividad. Estas permitirán ilustrar con meridiana claridad en qué consiste el trabajo doméstico y del cuidado, la necesidad de reconocer sus implicaciones y de proteger a quienes lo realizan. Solo de esta manera se abandonará la falsa creencia de que este no es un verdadero trabajo porque ha sido desarrollado por las mujeres en ese lugar inaudible del entorno privado de la familia.

⁴² KLARE, KARL. "The horizons of Transformative Labour". op. cit., p. 19.

Una de las aproximaciones conceptuales fue aportada por PASCALE MOLINIER. Según esta autora:

“El trabajo doméstico es siempre un trabajo de salud que también tiene un componente de cuidado (*care*), el término en inglés permite distinguir la curación de los cuidados vinculados con el mantenimiento de la vida. Ahora bien, estos cuidados están vinculados con el mantenimiento de la vida que no necesariamente necesitan una destreza técnica. Estos componen una dimensión psicológica y para ser bien hechos necesitan ser efectuados con simpatía, interés por el otro, incluso necesitan cariño. Esta dimensión afectiva está incluida en la definición del concepto del cuidado (*care*). El concepto del (*care*) da cuenta de un hecho que es llamado también trabajo reproductivo que no reduce solo a mantener las condiciones adecuadas para la supervivencia sino a la creación de la humanidad”⁴³.

De acuerdo con LUZ GABRIELA ARANGO, la definición de cuidado aportada por MOLINIER en otro de sus trabajos y desde de una perspectiva de la ‘psicodinámica’⁴⁴ comprende al “conjunto de actividades que responden a las exigencias propias de las relaciones de dependencia. En el que cuidar de otro no es solo pensar en el otro, preocuparse intelectual o afectivamente por él, sino ante todo hacer algo, producir un trabajo que contribuye directamente a mantener o preservar la vida de otro”⁴⁵.

Un concepto más amplio de cuidado es el que destacan SILVIA LÓPEZ GIL y AMAIA OROZCO. Las dos autoras extienden el cuidado y la dependencia a las personas que, a pesar de no tener limitaciones en su autonomía, requieren de otros para el desarrollo de las actividades de la vida diaria. En este orden, las autoras destacan distintos niveles de dependencia y de situaciones en las que se requiere del cuidado de otros:

“(…) cuidar es gestionar y mantener cotidianamente la vida y la salud, hacerse cargo del bienestar físico y emocional de los cuerpos, del propio y de los otros. En este sentido, hay personas que tienen necesidades de cuidados intensivos y/o especializadas que a menudo no pueden resolver por sí mismas (niñas y niños, personas ancianas en situación de dependencia, personas con diversidad funcional, situaciones de enfermedad). Pero las personas que no tienen estas necesidades intensivas y/o especializadas, también precisan de un nivel de cuidado cotidiano (de gestión de su salud y bienestar físico y afectivo). Son aquellas personas que, en principio, podrían cuidarse a sí mismas, aunque no siempre lo hagan (hombres que dependen de que su esposa les lave la ropa, limpie la casa, compre y cocine los alimentos,

⁴³ MOLINIER, PASCALE. “De la condition de bonne à tout faire du debut du xxe siècle à la relation de service dans le monde contemporain: analyse clinique et psychopatologique”. *Travailler*, vol. 1, n° 13, 2005, p. 25.

⁴⁴ “La psicodinámica del trabajo estudia los mecanismos subjetivos que activan las mujeres para defenderse del sufrimiento que este tipo de trabajos puede generar”. ARANGO, LUZ GABRIELA. “El trabajo del cuidado”. op. cit., p. 93.

⁴⁵ Esta definición es adoptada en el marco de un enfoque de pensamiento feminista psicodinámico del trabajo. *Vid.* ARANGO, LUZ GABRIELA. “El trabajo del cuidado: ¿servidumbre profesión o ingeniería emocional?”. op. cit., p. 93.

etc.; personas que contratan a una empleada del hogar para realizar estas actividades cotidianas). Los cuidados, por lo tanto, son una necesidad de todas las personas, en todos los momentos del ciclo vital, aunque esa necesidad tenga peculiaridades e intensidades distintas⁴⁶.

Además de los tres conceptos señalados previamente es importante tener en cuenta que, autoras como JUDY FUDGE consideran que es preciso hablar primero del concepto de reproducción social que es más amplio y se encuentra directamente relacionado con la definición de cuidado. En esa dirección, JUDY FUDGE señala que:

“La reproducción social se refiere a los procesos sociales y laborales que van en el mantenimiento diario y generacional de la población. También implica la reproducción de los cuerpos y las mentes localizadas en tiempos históricos y espacios geográficos. Incluye la provisión de los recursos materiales (alimentos, vestido, vivienda, transporte) y la formación de capacidades individuales necesarias para la interacción en el contexto social de un determinado tiempo y lugar⁴⁷.”

Por su parte, JAVIER PINEDA DUQUE mantiene un enfoque más cercano al cuidado de las personas que, por razones naturales del ciclo de vida o accidentales, están en una situación de dependencia. En este sentido, PINEDA destaca que en el trabajo del cuidado existen elementos de trabajo emocional, trabajo corporal y físico. En el sentido de que cuidar de otro implica un contacto directo con el cuerpo del otro, en aspectos como su aseo personal, masajes, cambios de postura. Por otra parte, el cuidado también implica para la persona que lo desarrolla una predisposición emocional y afectiva para la atención de la persona en situación de dependencia y la gestión de sus propias emociones como cuidador⁴⁸.

Ahora bien, el concepto de trabajo emocional y el reconocimiento de que el trabajo emocional es un trabajo y que este tiene valor económico ocurrió gracias al aporte teórico de sociólogas como ARLIE HOCHSCHILD. Esta investigadora realizó un estudio de caso con asistentes de vuelo (azafatas y azafatos) e identificó la existencia de un trabajo emocional en la prestación de estos servicios. El concepto de trabajo emocional constituye un aporte esencial a la comprensión de la emoción como una construcción y como una demanda social en el marco de las relaciones humanas⁴⁹.

⁴⁶ PÉREZ OROZCO, AMAIA y LÓPEZ GIL, SILVIA. *Desigualdades a flor de piel*. op cit., pp. 20-21.

⁴⁷ FUDGE, JUDY. “Commodifying care work: Globalization, Gender and Labour Law”. *Labour Law Research Network-Inaugural Conference*, Barcelona, junio, 2013, p. 3.

⁴⁸ PINEDA DUQUE, JAVIER. “Trabajo de cuidado de la vejez en una sociedad en envejecimiento”. *La Manzana de la discordia*, vol. 9, n° 1, enero-junio, 2014, p. 56.

⁴⁹ HOCHSCHILD, ARLIE. *The managed heart: commercialization of human feeling*. University of California Press, Londres, 2003, p. 7.

Los estudios de esta autora también contribuyeron a comprender que los servicios emocionales existen y que en el esquema productivo actual pueden ser ofrecidos o adquiridos en el mercado. Por esa razón han proliferado los trabajos denominados trabajos inmateriales y de servicios, cuyo objeto es la prestación de servicios personales y que son objeto de contratación. ARLIE HOCHSCHILD señala que usa el término ‘emocional’ en el sentido de gestionar una sensación o de crear una apariencia facial y corporal que es públicamente observable. El trabajo emocional se vende por un salario y tiene un valor de cambio. Por esa razón, la autora usa los conceptos de ‘trabajo emocional’ y ‘manejo de emociones’ para referirse a las mismas acciones cuando son realizadas en el contexto privado en donde adquieren un ‘valor de uso’⁵⁰.

El análisis de ARLIE HOCHSCHILD también ha influenciado estudios empíricos con otros colectivos de trabajadores distintos a los asistentes de vuelo. En concreto, se han aplicado sus hallazgos a los casos de las trabajadoras del servicio doméstico, las trabajadoras y trabajadores del cuidado institucionalizado, el personal médico y el cuerpo de enfermería encargado de la atención de cuidadores familiares y personas en situación de dependencia⁵¹.

Adicionalmente, a la idea de que el trabajo del cuidado es un trabajo emocional se debe agregar que también se trata de un trabajo corporal que implica el contacto físico con el otro. El contacto está vinculado con el mantenimiento de las condiciones más elementales de la vida humana y con el desarrollo de las actividades básicas o cotidianas. Por ejemplo, la asistencia en las labores de higiene esenciales para garantizar una vida digna.

Eso quiere decir que el cuidado también implica un trabajo corporal que nadie más quiere asumir porque es considerado como poco noble o como lo que ha sido denominado por la doctrina como trabajo sucio o *dirty work* (Gráfica 8). Se trata de un trabajo que finalmente es realizado por las trabajadoras del servicio doméstico y del cuidado en la esfera remunerada o por los familiares (hijas, esposas, hermanas y nueras) de las personas en situación de dependencia de manera no remunerada. A pesar de que estas personas se encargan del cuidado en los momentos más críticos de la vida de los otros, dentro de la escala social, económica y laboral ocupan el lugar de sujetos subalternos. Como ya se ha explicado, quien se encarga de proveer estos cuidados y de realizar estos trabajos esenciales para todas las personas es la mujer con menos oportunidades profesionales y laborales o la mujer que en está en la casa y a quien estadísticamente se considera como una persona económicamente inactiva. Finalmente, se debe resaltar que el trabajo del cuidado implica un trabajo mental vinculado con el esfuerzo de la persona que hace el trabajo en garantizar mejores condiciones

⁵⁰ HOCHSCHILD, ARLIE. *The managed heart*. op. cit., p. 7.

⁵¹ Algunos estudios sobre el trabajo emocional y su influencia relacional con las actividades laborales que fueron influenciados por la investigación de HOCHSCHILD. *Vid.* GARCÍA-CALVENTE, MARÍA DEL MAR et al. “Análisis de género de las percepciones y actitudes de los y las profesionales de atención primaria ante el cuidado informal”. *Gaceta Sanitaria*, vol. 24, n° 4, 2010, pp. 293-302; PÉREZ OROZCO, AMAIA y LÓPEZ GIL, SILVIA. *Desigualdades a flor de piel*. op. cit., pp. 95-115 y 118-158 y PINEDA DUQUE, JAVIER. “Trabajo de cuidado de la vejez”. op. cit., pp. 63-67.

físicas y emocionales para la persona cuidada, para enfrentar la variabilidad de las condiciones de trabajo a las que se puede ver abocada en el desarrollo del trabajo del cuidado frente a la persona dependiente y las condiciones en el entorno familiar relacionadas con la conflictividad derivada de las obligaciones del cuidado.



Gráfica 8. Elaboración propia.

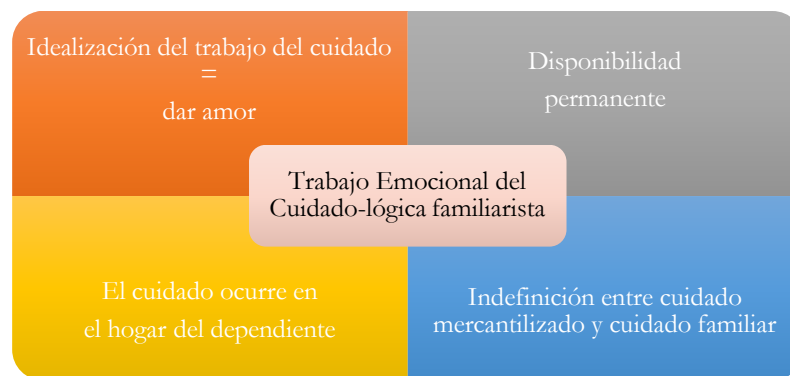
Si el trabajo del cuidado es emocional, mental y corporal eso implica que este requiere de capacidades y competencias vinculadas con la emoción y con la denominada ética del cuidado. Esta última, entendida como la capacidad que adquieren quienes se dedican al trabajo del cuidado, con independencia de su género. Estas capacidades las pueden tener y desarrollar los hombres y las mujeres. Sin embargo, por razones sociales, culturales y por la división sexual de los trabajos, han sido las mujeres quienes de manera permanente y repetitiva se han dedicado a estas actividades.

Las implicaciones del trabajo del cuidado están relacionadas con las fronteras de la justicia cuando se trata del trabajo doméstico y del cuidado, principalmente del no remunerado. En efecto, quienes trabajan en este sector se encuentran en la esfera más baja de remuneración y de mayor invisibilidad social, normativa y económica. Esto, a pesar de que el trabajo doméstico y del cuidado es un trabajo que genera recursos económicos, que implica disponer de tiempo, habilidades y salud para cuidar de los demás, que permite la reproducción social en términos futuros y presentes y que incide en la provisión de bienestar a través del cuidado para quienes carecen de autonomía personal.

En el caso del trabajo doméstico y del cuidado, la demanda de trabajo emocional ocurre tanto en la faceta remunerada como en la faceta no remunerada. Sin embargo, en la faceta remunerada, las demandas de trabajo emocional son evidentes, principalmente en el desarrollo del trabajo doméstico porque existen relaciones de subordinación directa que facilitan al empleador demandar un alto trabajo emocional por parte de la persona empleada. Esta situación es recurrente en los modelos familiaristas de prestación del cuidado⁵².

⁵² Al esquema familiarista se opone el esquema profesional del cuidado. Las tres características principales de este último son: i) el reconocimiento mercantil de la prestación, ii) los servicios especializados y iii) la distinción entre la esfera laboral y la emocional. Además, existen cuatro criterios para valorar esta modalidad del trabajo del cuidado: i) la distinción de tareas entre cuidado de personas y labores de mantenimiento físico del entorno, ii) el ámbito afectivo ocupa un lugar secundario e incluso puede rechazarse, surgir o no, iii) el establecimiento de horarios y momentos para el trabajo y iv) el lugar en el que se realiza el trabajo no solo se restringe al hogar

Como señalan AMALIA PÉREZ y SILVIA LÓPEZ, existe una tendencia a exigir a la trabajadora del servicio doméstico un alto grado de trabajo emocional concreto frente al cuidado. La demanda de trabajo emocional está guiada por una valoración moral de buen y mal cuidado en el marco de un modelo familiar de cuidado. En materia de trabajo emocional, las autoras destacan cuatro criterios principales (*Gráfica 9*). El primero, la construcción de la relación a partir del lenguaje del afecto, la idealización del trabajo del cuidado y su asimilación al hecho de dar amor. En segundo lugar, la disponibilidad permanente y constante para garantizar el cuidado. En tercer lugar, el hogar de la persona que requiere el cuidado como el espacio en el que se brinda la atención. Por último, las autoras se refieren a la exigencia, por parte de las empleadoras, de una ‘indefinición’ entre el cuidado mercantilizado y el cuidado familiar⁵³.



Gráfica 9. Elaboración propia basada en el estudio de AMAIA PÉREZ OROZCO y SILVIA LÓPEZ.

Asimismo, en la faceta no remunerada la exigencia de un mayor trabajo emocional está fuertemente determinado por elementos socioculturales que vinculan principalmente a las mujeres como dadoras de cariño y de afecto con los más débiles. La construcción social de mujer cuidadora ha impactado de manera contundente en las demandas sobre la forma como se debe prestar el cuidado. En este sentido, se demanda de las mujeres que desarrollan este trabajo dentro del hogar un alto componente emocional y su trabajo del cuidado es constantemente valorado y evaluado por otros miembros de la familia bajo la consideraciones subjetivas y culturales de lo que implica ser una buena o mala madre, una buena o mala hija, esposa o nieta en función de la predisposición y tipo de cuidado que garantice a sus familiares dependientes. Esta carga valorativa implica para la persona cuidadora una carga emocional adicional a la que de por sí ya conlleva el cuidado de un ser querido.

En este sentido, de acuerdo con todo lo anterior es necesario comprender que el trabajo doméstico y del cuidado compromete la personalidad de quien cuida en cualquiera de sus

familiar, sino que puede ser en instituciones o en espacios públicos. *Vid.* PÉREZ OROZCO, AMAIA y LÓPEZ GIL, SILVIA. *Desigualdades a flor de piel*. op. cit., p. 150.

⁵³ PÉREZ OROZCO, AMAIA y LÓPEZ GIL, SILVIA. *Desigualdades a flor de piel*. op. cit., p. 150.

esferas de prestación. En este sentido, es necesario e imprescindible no considerar a la persona cuidadora como un mero instrumento para el cuidado de otro. En otras palabras, los elementos del trabajo doméstico y del cuidado, y la demanda de un trabajo corporal y físico, mental y emocional implican una necesaria descosificación de quien hace el trabajo. Además, estos elementos se presentan con independencia de que exista o no una relación de empleo y se presenta incluso cuando quien cuida es una familiar de la persona en situación de dependencia⁵⁴.

2.1.2. Visibilización desde un enfoque económico: la economía del cuidado

Desde la economía y, en concreto, desde la economía del cuidado también se ha señalado un elemento de justicia como fundamento para la visibilización de los costes económicos del cuidado. Este enfoque ha permitido tasar el valor económico del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado realizado por familiares, amigos y vecinos utilizando como referencia el valor que tienen estos mismos trabajos en la esfera remunerada.

En efecto, para la economía del cuidado es posible medir la contribución del trabajo del cuidado a las economías nacionales por medio de métodos estadísticos. Con esos mismos datos se pueden medir los costos del cuidado y del tiempo que invierten las personas en el cuidado de familiares, amigos y vecinos. Sin duda alguna, como destaca LOURDES BENERÍA, la contribución de la economía del cuidado es un paso significativo porque: “(...) globalmente, se ha dado un vuelco al concepto de actividad económica, con el propósito de englobar también dentro de la misma las tareas que contribuyen a la reproducción social y al mantenimiento de la fuerza de trabajo y que no están entroncadas directamente con el mercado”⁵⁵.

La medición estadística del aporte del trabajo del cuidado realizado por familiares desde la perspectiva de la economía del cuidado ha contribuido enormemente a la visibilización de los costes económicos del cuidado realizado por familiares dentro del entorno familiar. En concreto, la determinación del valor económico del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado permite entre otras contabilizar el trabajo por el que no se recibe una

⁵⁴ Sobre la personalidad del trabajador en el marco de una relación jurídica de empleo MANUEL ALONSO OLEA ha señalado que: “La radical singularidad y las dificultades que entraña el trabajo como objeto de una relación jurídica radican en que, siendo algo distinto de la persona que lo ejecuta, es una emanación de ésta, existiendo una unión inescindible entre el trabajo como objeto del contrato de trabajo y el trabajador como sujeto del mismo. (...) La intimidad de la conexión entre su objeto y su sujeto hace desde luego que la prestación contractual del trabajo sea personalísima no ya en el sentido jurídico estricto de que sea debida por una persona determinada, sino, se insiste, en el a la vez más amplio y sutil, jurídico también, de que se empeña la persona del trabajador en su cumplimiento”. ALONSO OLEA, MANUEL y CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA. *Derecho del Trabajo*. Thomson Reuters, 26ª ed., Madrid, 2006, p. 92. También se puede consultar: ALONSO OLEA, MANUEL. *Alienación historia de una palabra*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974, pp. 35-38, 105-107 y 259-266.

⁵⁵ BENERÍA, LOURDES. “El debate inconcluso”. op. cit., p. 330.

compensación monetaria directa. Además, ante las críticas que pueda suscitar esta medición es importante tener en cuenta que:

“Contabilizar el trabajo no remunerado no debe ser considerado un fin en sí mismo, sino un medio para comprender qué es lo que contribuye al bienestar de los seres humanos, y en qué grado, así como qué medidas es preciso adoptar para distribuir igualmente los gozos y las penalidades del trabajo. Debemos contraponer al temor a que algunos grupos políticos puedan emplear esa información para fines propios la certeza de que esa información también sirve para alcanzar una serie de resultados positivos, entre ellos una concepción más esmerada de la política social y la organización de dispositivos de seguridad social”⁵⁶.

Bajo este enfoque económico también se ha destacado el aporte social del trabajo doméstico y del cuidado a la calidad de vida de las personas y al buen funcionamiento de la economía. Cuando se reconoce el valor, el aporte económico y la contribución social del trabajo doméstico y del cuidado realizado por familiares, amigos y vecinos de las personas en situación de dependencia se desvirtúan argumentos como aquel que sostiene que el trabajo del cuidado carece de valor cuando es motivado por razones de amor. Una comprensión más amplia de las implicaciones del trabajo emocional y de su valoración económica demuestran que el trabajo motivado por amor también podría contractualizarse.

Lo mismo ocurre cuando se tiene en cuenta que, en el marco de la división social de los cuidados, se producen serias consecuencias económicas para las mujeres y para las familias que no pueden contratar el trabajo del cuidado por insuficiencia de recursos. Además, el enfoque de la economía del cuidado otorga una dimensión real del impacto del trabajo del cuidado no remunerado para el desarrollo económico de las mujeres, tanto en la obtención de ingresos, en el número de horas trabajadas de manera remunerada y no remunerada y en la valoración económica y monetaria de los trabajos remunerados relacionados con el cuidado y la atención de personas dependientes. Por otra parte, reconoce una la dimensión del trabajo del cuidado en términos macro económicos, de producción y de políticas públicas para los Estados⁵⁷.

En consecuencia, la economía del cuidado aporta elementos necesarios para la valoración económica de diferentes trabajos –como el trabajo doméstico y del cuidado realizado en el entorno familiar- que son invisibles para los modelos tradicionales de desarrollo. Se trata de un marco de análisis importante porque toma en cuenta el criterio de género que ha sido un foco tradicional de desigualdad y lo relaciona con otros factores que potencian las situaciones de desigualdad estructural (i.e. raza o étnia) y evalúa los resultados de la aplicación de las distintas políticas sociales y su incidencia en la superación de la desigualdad y la garantía del

⁵⁶ BENERÍA, LOURDES. “El debate inconcluso”. op. cit., p. 338.

⁵⁷ Sobre este aspecto se puede consultar: FOLBRE, NANCY. “Measuring Care: Gender, Empowerment, and the Care Economy”. *Journal of Human Development*, vol. 7, n° 2, julio, 2006, pp. 184-191.

buen vivir⁵⁸. En definitiva, el reconocimiento del aporte económico del cuidado implica integrar la comprensión sobre la economía informal con el enfoque de la economía del cuidado.

A partir de la consolidación de los métodos de medición proporcionados por la economía del cuidado es imposible negar el aporte económico del trabajo doméstico y del cuidado realizado al interior de los hogares. Se trata de un aporte económico que es causado por un trabajo invisible para la mayor parte de los ordenamientos jurídicos nacionales que se realiza al margen de la protección social, económica y jurídica y que se realiza predominantemente por mujeres. El hecho de que este trabajo sea realizado sin la protección de los derechos sociales, laborales y humanos fundamentales tiene un impacto directo de gran intensidad en materia de igualdad y un impacto colateral sobre los sectores más vulnerables dentro de la sociedad.

2.1.3. Visibilización del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado como un asunto de justicia

La invisibilidad en la que se encuentra el trabajo del cuidado denota el desconocimiento de todas las implicaciones físicas, mentales y emocionales de este trabajo. La exclusión de estas modalidades de trabajo de los marcos jurídicos de protección nacional e internacional genera graves problemas frente a la garantía efectiva del derecho a la igualdad material de las mujeres, de sus derechos sociales y humanos y dificulta el desarrollo de sus capacidades humanas básicas⁵⁹. Autoras, como MARTHA NUSSBAUM, han llamado la atención sobre la necesidad de propender por el cuidado de aquellas personas que desarrollan labores de atención a la dependencia como un asunto de justicia social, en los siguientes términos:

“Buena parte de este trabajo de asistencia se realiza habitualmente sin retribución y sin un reconocimiento público de que se trata de un trabajo. Organizar esta asistencia de modo que no explote al cuidador también parece una de las tareas básicas de una sociedad justa. (...) La asistencia ordinaria a los niños todavía recae de manera desproporcionada sobre las mujeres, pues las mujeres están mucho más dispuestas a asumir trabajos a tiempo parcial y las limitaciones profesionales que ello supone. Y aquellos padres que están dispuestos a colaborar en el cuidado de un hijo que pronto irá a la escuela están en general mucho menos dispuestos a asumir la dura carga a largo plazo de asistir a un descendiente o a un ascendiente

⁵⁸ PÉREZ OROZCO, AMAIA. “Prólogo”. En: ESQUIVEL, VALERIA (ed.). *La economía feminista desde América Latina*. op. cit., pp. 16-17.

⁵⁹ En este punto sigo los postulados sobre las capacidades básicas propuestas por MARTHA NUSSBAUM: i) la vida, ii) la salud física, iii) la integridad física, iv) los sentidos, la imaginación y el pensamiento, v) las emociones, vi) la razón práctica, vii) la afiliación, viii) relación con otras especies del mundo natural, ix) el juego y x) el control sobre su propio entorno, político y material. *Vid.* NUSSBAUM, MARTHA. *Las fronteras de la justicia, consideraciones sobre la exclusión*. Paidós, Barcelona, 2012, p. 88.

con graves deficiencias. En algunos países, la mujer que realiza estos trabajos puede confiar en recibir alguna ayuda de la familia extensa o de la comunidad; en otros no”⁶⁰.

NUSSBAUM también ha resaltado que las implicaciones físicas, emocionales y materiales del cuidado tienen implicaciones en materia de justicia. De allí la necesidad de que este tema sea esencial en la ordenación social. En este sentido señala NUSSBAUM:

“Por el lado del asistente, encontramos una vez más un amplio abanico de cuestiones abiertas. Los asistentes sufren muchas veces todo tipo de desventajas por culpa de una mala ordenación social. Su salud se resiente, su equilibrio emocional se ve muy comprometido, pierden muchas otras capacidades que de otro modo habrían disfrutado. Una sociedad justa no puede garantizar que todos los asistentes lleven vidas totalmente felices, pero pueden proporcionarle un nivel mínimo de cada una de las capacidades clave. Por ejemplo, en el área del equilibrio emocional, que parece particularmente intangible, una buena ordenación pública a una persona mayor o discapacitada en situación de dependencia no suponga una ansiedad constante por encontrar el modo y los recursos para prestarla; con ello se levantaría también la pesada carga de la culpa de aquellos miembros de la familia que simplemente no pueden aportar la asistencia necesaria. También sería un buen refuerzo del razonamiento práctico en esta área una política pública que convierta la elección de cuidar a una persona dependiente en una auténtica elección, en lugar de una imposición basada en la indiferencia social. Las mujeres tendrían la oportunidad de crearse su propio plan de vida y decidir qué papel debe jugar en ella la asistencia a las personas dependientes. Y también deberían disponer de tiempo para el entretenimiento. Una vez más, pues, no se trata de una única cuestión, sino de una forma de plantear todos los elementos que hay en la lista”⁶¹.

Además de la marginación normativa y social de los trabajadores del cuidado existen otros aspectos que derivan de las fronteras del derecho del trabajo. Por ejemplo, la falsa creencia de que el hogar es un lugar privado donde no se realiza ningún trabajo. De esta creencia se ha derivado la idea de que el derecho del trabajo no puede regular lo que sucede dentro del hogar y la naturalización de las actividades que allí se realizan.

Estos dos factores han causado que el trabajo del cuidado realizado por miembros del entorno familiar y los roles del cuidado se asocien a virtudes morales, por ejemplo, el altruismo, la responsabilidad solidaria con las necesidades de los demás, la buena voluntad y el sacrificio de los intereses propios a favor de los intereses ajenos. El cuidado también ha sido asociado con algunas habilidades morales, como la capacidad para percibir las necesidades de los otros y una habilidad asombrosa para encontrar soluciones para todos los problemas⁶².

Sin embargo, la premisa de que existe una frontera espacial del hogar y de la familia como escenarios en los que no ocurren relaciones subordinadas concretas resulta desvirtuada

⁶⁰ NUSSBAUM, MARTHA. *Las fronteras de la justicia*. op. cit., pp. 113-114.

⁶¹ NUSSBAUM, MARTHA. *Las fronteras de la justicia*. op. cit., pp. 176-177.

⁶² NUSSBAUM, MARTHA. *Women and Human Development. The Capabilities Approach*. Cambridge University Press, 8ª ed., Cambridge, 2005, p. 242.

cuando se entiende que la familia ha sido: “(...) el mayor lugar de opresión de la mujer. Amor y cuidado existe en las familias, pero también violencia doméstica, violación en el matrimonio, abuso sexual de niños, desnutrición de las niñas, cuidado de la salud desigual, oportunidades desiguales en el acceso a la educación, e incontables violaciones a la dignidad e igualdad de su condición de ser humano”⁶³.

Cuando se mantiene una frontera impenetrable para el derecho en la esfera familiar y cuando esa frontera afecta al derecho del trabajo, este se puede convertir en un cómplice silencioso de las verdaderas situaciones o ejercicios de poder y de dominación que existen en el entorno familiar. Es necesario reivindicar institucionalmente el lugar de las mujeres en el desarrollo de diversas actividades productivas y reproductivas dentro del hogar familiar. Hasta el momento, en muchos casos se considera que: “(...) las mujeres son como los desperfectos de las familias y son tomadas de diferente forma, la mujer es tratada no como un fin en sí misma, sino como un adjunto o un instrumento para las necesidades de otros, como una mera reproductora, cocinera, como objeto sexual, como cuidadora, como un recurso de agencia, lo que se convierte una mala situación para sus propios derechos”⁶⁴.

El supuesto antagonismo entre la familia y el trabajo ha favorecido la existencia de categorías binarias que legitiman las exclusiones y generan un efecto perverso para las mujeres. En concreto, causan discriminación estructural a partir de la asignación de roles y lugares invisibles para la regulación normativa, especialmente, la regulación sobre la protección social y los derechos derivados del trabajo. El argumento según el cual la familia es una institución impenetrable o un lugar marginal no solo tiene efectos concretos para el derecho del trabajo, sino que se extiende a otras áreas jurídicas, como el derecho penal. En este último, por ejemplo, se ha justificado una mínima intervención pública y estatal porque se ha considerado que se trata de asuntos propios del ámbito privado familiar.

Sobre las instituciones familiares y las condiciones que en las cuales se lleva a cabo la vida en familia -como un ámbito privado e impenetrable- NUSSBAUM señala que este es un aspecto esencial para evaluar las implicaciones del trabajo doméstico y del cuidado y para recategorizarlo:

“(...) al no considerar ninguna institución como ‘privada’ y, por tanto, como fuera del alcance del examen público, el enfoque de las capacidades evita un defecto común de por lo menos algunas de las teorías liberales. Los individuos tienen derecho de privacidad en la forma de libertades asociativas y de decisión. Pero no hay institución alguna que, como tal, tenga derechos de privacidad que nos impidan preguntar cómo la ley y la política pública han modelado ya esta institución, y cómo estas instancias podrían modelarla aún mejor. La libertad personal es una meta social central, sea o no ejercida dentro de la casa; la dignidad y

⁶³ NUSSBAUM, MARTHA. *Women and Human Development*. op. cit., p. 243.

⁶⁴ NUSSBAUM, MARTHA. *Women and Human Development*. op. cit., p. 243.

la integridad personales son también metas sociales centrales, con independencia de la ubicación que tengan los males que las amenazan”⁶⁵.

Por consiguiente, y siguiendo el argumento de NUSSBAUM, es necesario que la familia sea considerada como “institución política, definida y configurada en aspectos fundamentales por la ley y las instituciones sociales”⁶⁶. Cada persona que forma parte de la familia debe ser considerada como un fin en sí mismo y no como una herramienta o un medio para otros. Esta manera de entender la familia desvincula el trabajo del cuidado familiar de un argumento naturalista del trabajo y, por consiguiente, un punto de partida teórico que permite enfrentar el trabajo del cuidado de una manera justa con las personas que hacen este trabajo y, particularmente, con las mujeres. La misma autora señala que: “buena parte de este trabajo de asistencia se realiza habitualmente sin retribución y sin un reconocimiento público de que se trata de un trabajo. Organizar esta asistencia de un modo que no explote al cuidador también parece una de las tareas básicas de una sociedad justa”⁶⁷.

SILVIA FEDERICI presenta otro enfoque complementario sobre las implicaciones del trabajo doméstico y del cuidado. Desde una perspectiva de justicia económica, esta autora advierte sobre la necesidad de garantizar la autonomía y liberación de las mujeres no solo frente a los hombres -porque estos también están fuertemente oprimidos dentro del sistema económico actual- sino además una liberación respecto del capital y del Estado. Entre las propuestas de la autora para garantizar esta autonomía se encuentra poner un precio al trabajo doméstico y del cuidado y garantizar un ingreso mínimo, un ‘salario social’ o un ‘sueldo fijo’ que garantice la reproducción. Este argumento lo sostiene en el hecho de que el Estado se queda con una parte de la riqueza que producimos⁶⁸.

La propuesta de FEDERICI parte de una premisa fundamental que consiste en reconocer y visibilizar la importancia del trabajo del cuidado dentro del sistema económico actual. Por consiguiente, aunque una de las críticas y reticencias al reconocimiento de un salario por el cuidado familiar es que está mediado por un fuerte componente de relaciones de amor, la autora advierte la necesidad de visibilizar el impacto de género y de clase de este trabajo a través del pago de un salario. Dado que, a pesar de que el salario en el sistema capitalista no representa el valor real del trabajo y encubre el trabajo no remunerado, el reconocimiento de una actividad como laboral conlleva dos consecuencias elementales para quien la desarrolla: i) el reconocimiento de su condición de trabajador y ii) la habilitación como sujeto negociador de las condiciones de trabajo. Sin embargo, en las condiciones de invisibilidad del trabajo doméstico y del cuidado no ocurre ninguna de las dos consecuencias antes citadas. Por el

⁶⁵ NUSSBAUM, MARTHA. *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*. Herder, Barcelona, 2000, p. 324.

⁶⁶ NUSSBAUM, MARTHA. *Las fronteras de la justicia*. op. cit., pp. 117-118.

⁶⁷ NUSSBAUM, MARTHA. *Las fronteras de la justicia*. op. cit., pp. 112.

⁶⁸ FEDERICI, SILVIA. *Revolución en punto cero*. op. cit., p. 31.

contrario, el trabajo del cuidado se ha naturalizado como una actividad sin valor realizada por las mujeres de manera aparentemente gratuita. En este sentido, FEDERICI resalta:

“La diferencia con el trabajo doméstico reside en el hecho de que este no solo se les ha impuesto a las mujeres, sino que ha sido transformado en un atributo natural de nuestra psique y personalidad femenina, una necesidad interna, una aspiración, proveniente supuestamente de las profundidades de nuestro carácter de mujeres. El trabajo doméstico fue transformado en un atributo natural en vez de ser reconocido como trabajo ya que estaba destinado a no ser remunerado. El capital tenía que convencernos de que es natural inevitable e incluso una actividad que te hace sentir plena, para así hacernos aceptar trabajar sin obtener un salario”⁶⁹.

FEDERICI advierte que el reconocimiento de un salario al trabajo doméstico y del cuidado implicará la visibilización del trabajo y, por consiguiente, el reconocimiento de que quien lo realiza es un trabajador y, por ende, se genera la posibilidad de que a quien se le atribuye la obligación del cuidado, contrario a estimular que se perpetúe el rol de mujer cuidadora esta pueda negarse a realizar el trabajo⁷⁰. En este sentido destaca, además de los anteriores aspectos derivados de la visibilización de este trabajo los siguientes: la posibilidad de demandar mayores servicios sociales y el fin de la división entre las mujeres que trabajan y no trabajan⁷¹.

La urgencia del reconocimiento del trabajo doméstico y del cuidado como un trabajo reproductivo que requiere de reconocimiento y visibilización económica tiene una relación directa con la urgencia de reconocer que la invisibilidad de este trabajo genera fuertes desequilibrios en materia de justicia social y esconde nuevas formas de colonialismo y de explotación de las mujeres en el marco de la economía global⁷². En este punto coinciden diversas autoras al señalar que, como ningún otro factor, el trabajo del cuidado no remunerado ha incidido de manera determinante en “incrementar las desigualdades de género en diversos aspectos de la vida social y en la mayoría de las regiones del mundo”⁷³.

Finalmente, un aspecto relevante que impulsa la visibilización del trabajo doméstico y del cuidado como un asunto de justicia social son los esquemas redistribución en la economía globalizada. En la medida en que la protección social de las personas ha sido vinculada principalmente al trabajo asalariado, dependiente, subordinado y estándar.

⁶⁹ FEDERICI, SILVIA. *Revolución en punto cero*. op. cit., p. 38.

⁷⁰ FEDERICI, SILVIA. *Revolución en punto cero*. op. cit., p. 38.

⁷¹ FEDERICI, SILVIA. *Revolución en punto cero*. op. cit., p. 43

⁷² FEDERICI, SILVIA. *Revolución en punto cero*. op. cit., p. 174-175.

⁷³ ALBERTYN, CATHERINE; FREDMAN, SANDRA y FUDGE, JUDY. “Introduction: elusive equalities-sex, gender and women”. *International Journal Law in Context*, vol. 10, n° 4, 2014, p. 421.

En la actualidad, esta situación genera unas condiciones excluyentes para quienes no se ajustan a estos cánones porque, como lo señala LUCY WILLIAMS, quienes trabajan, pero no reciben salario o reciben unos salarios muy bajos son considerados trabajadores no productivos, están excluidos de los sistemas de protección social o no reciben los mismos beneficios de quienes sí están vinculados al esquema de trabajo estándar⁷⁴. Sin contar con otro aspecto esencial y es que quienes se dedican de manera exclusiva al trabajo doméstico y del cuidado en su entorno familiar o comunal sin recibir una contraprestación salarial están fuertemente estigmatizados.

Esta estigmatización se genera a partir de la idea de que son personas inactivas que no trabajan y que son beneficiarios del Estado de bienestar y del trabajo productivo de los otros. WILLIAMS advierte que la estigmatización tiene origen en procesos ideológicos de los sistemas de protección social que establecen diferencias entre las personas empleadas y tienen un trabajo estándar frente a aquellos que no se ajustan a los cánones tradicionales de los sistemas contributivos de seguridad social. Se entiende que solo los primeros son verdaderos trabajadores que deben ser titulares de todos los derechos de prestación social, mientras que los otros asumen de alguna manera un rol parasitario de quienes contribuyen directamente al sistema. Para la autora, estas diferenciaciones de trato basadas en ese alto contenido ideológico no se corresponden con la realidad del mundo del trabajo. Un ejemplo de estas construcciones ideológicas de diferenciación en los sistemas de protección social es la división entre mercado y familia⁷⁵. Por consiguiente, los esquemas de protección social sostenidos solo en el trabajo monetarizado generan una exclusión odiosa que termina por marginar a las mujeres de prestaciones en materia de seguridad social o garantizando de manera precaria algunos de derechos de protección social de menor calidad y de corte asistencial.

2.1.4. La necesidad de deconstruir las fronteras de laboralidad en el caso del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado a través de su reconocimiento como parte de la economía informal

El resultado de la invisibilidad del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado hace de este un trabajo informal. Esta invisibilidad se refleja en que es un trabajo que no es reconocido como tal en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos nacionales e incluso no es reconocido de manera directa por la OIT; es un trabajo que se realiza al margen de los medios de protección social. Esta situación de informalidad del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado genera una afectación grave en materia de derechos humanos para todas las personas que lo realizan en estas condiciones de invisibilidad jurídica y normativa.

⁷⁴ WILLIAMS, LUCY. "Beyond Labour Law's Parochialism: A Re-envisioning of the Discourse of Redistribution". En: CONAGHAN, JOANNE; FISCHL, RICHARD y KLARE, KARL (eds). *Labour Law in an Era of Globalization*. op. cit., p. 93.

⁷⁵ WILLIAMS, LUCY. "Beyond Labour Law's Parochialism". op. cit., pp. 93-95.

Cuando se opta por un marco de análisis clásico de la informalidad, tanto desde un esquema dualista como desde un esquema estructuralista, la comprensión del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado podría encontrar cabida en estas escuelas. En cuanto el trabajo doméstico y del cuidado realizado por familiares, amigos y vecinos de las personas en situación de dependencia es un trabajo esencial para el sistema económico capitalista, garantiza el funcionamiento del sistema productivo y, especialmente, de la economía formal, reduce los costos de producción y facilita la competitividad.

Además de lo anterior, el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado es un trabajo informal por varias razones. La primera es que el sistema económico obtiene ventajas macroeconómicas y microeconómicas gracias a condiciones estructurales de desigualdad relativas a la persona que cuida y a las condiciones en las que cuida. Estas condiciones estructurales de desigualdad se manifiestan en diferentes aspectos, se destacarán dos. En primer lugar, se encuentra el hecho de que una persona -principalmente mujer- se dedique al cuidado de otra. Esto puede suceder porque esa persona no tiene los recursos económicos para pagar por el cuidado de sus familiares en situación de dependencia y, por consiguiente, se ve abocada a una informalidad de exclusión. También puede ocurrir que la persona tenga razones afectivas y emocionales que le impulsen a realizar el trabajo del cuidado con lo cual evita costos directos para el sistema económico y para el Estado. Dentro del contexto económico actual -que puede denominarse como de ciudadanía laboral- se genera una carga desproporcionada para las mujeres.

El segundo factor de desigualdad estructural se refiere a las condiciones de desventaja económica que enfrentan las personas que realizan el trabajo doméstico y del cuidado informal en comparación con quienes se dedican al trabajo doméstico y del cuidado formal o que es desarrollado de manera remunerada, en cuanto este sí es reconocido internacionalmente como un verdadero trabajo a pesar de tener el mismo objeto de prestación.

Una de las razones para que esta sea la situación jurídica de estas formas de trabajo es que las fronteras del derecho del trabajo han operado a través de criterios duales de exclusión que han sido determinantes para las condiciones sociales, económicas y jurídicas de las personas que realizan trabajos que no se encuentran dentro de las fronteras demarcadas. Los trabajos no subordinados, no dependientes, los trabajos realizados en la esfera doméstica de las familias y los trabajos comunitarios o de prestación de servicios de atención y cuidado han sido excluidos por gran parte de los sistemas normativos laborales nacionales. A pesar de que aquellos trabajos contribuyen al sistema productivo, al funcionamiento del sistema económico, a las estructuras formales de producción, al bienestar social y a un desarrollo sostenible.

Ahora bien, el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado se puede analizar de acuerdo con las nuevas corrientes de la informalidad porque estas entienden que la informalidad es

un fenómeno complejo y heterogéneo que va más allá del empleo y de los trabajos subordinados, dependientes y remunerados. Asimismo, la riqueza de las nuevas corrientes de la informalidad es que por una parte reconocen que algunas actividades consideradas históricamente como informales probablemente nunca transiten hacia la formalidad de la manera como ha sido pensado hasta ahora. Es decir, estos trabajos no transitarán hacia formas de trabajo subordinadas o relaciones de empleo industrial ni estarán mediadas por un contrato de trabajo. Y, por otra parte, van en la dirección de incluir otras formas de trabajo o actividades que han quedado al margen del concepto mismo de informalidad. Por ejemplo, las actividades que han estado excluidas por tratarse de aquellas en las que no existe una motivación económica o mercantil directa de obtención de lucro o de ganancias pero que pueden ser o convertirse en un nicho de explotación, abuso y dominación. Además, se trata de actividades valiosas y productivas social y económicamente que están ocultas para el derecho y no están cubiertas por los sistemas de protección social.

Resulta indudable la importancia de una caracterización actual de la informalidad desde una concepción más amplia de lo productivo que tenga en cuenta los cambios sociales, económicos, culturales y tecnológicos en el marco de la globalización. Esa nueva forma de abordar la informalidad también debe valorar las actividades históricamente informales que no transitarán necesariamente hacia la formalización a través del empleo. Solo de esta manera se podrá aceptar que existen diversas formas de trabajo que trascienden a las relaciones de trabajo subordinadas, pero, no por ello menos válidas porque son trabajos que aportan económica y socialmente. Algunos de esos trabajos incluso contribuyen al interés público. Por todas estas razones, es necesario incluir de manera seria y comprometida el trabajo doméstico y del cuidado realizado para familiares, amigos y vecinos como un asunto de interés para el derecho del trabajo.

Con la ampliación del ámbito del derecho del trabajo también se transformará la definición misma de trabajador que, hasta ahora, aparece ceñida a un criterio funcional o remunerativo y excluye a ciertas categorías de trabajadores. Esta exclusión en la definición de trabajador ha limitado al alcance de las leyes del trabajo y, por consiguiente, muchas de estas normas “solo se aplican a una pequeña proporción de la fuerza de trabajo”⁷⁶.

La perspectiva de KAMALA SANKARAN enfatizaba en la necesidad de valorar desde el derecho del trabajo y desde la informalidad aquellas actividades productivas desarrolladas dentro del entorno familiar que trascienden a la mera comprensión empresarial y de empleo en las relaciones de las personas con el mundo del trabajo. Por su parte, COLIN WILLIAMS señaló la necesidad de reconceptualizar la informalidad más allá de la informalidad de escape y de exclusión para incluir aquellas actividades productivas que son desarrolladas por las personas sin una finalidad monetaria (eg. el cuidado de las personas en situación de dependencia). Tanto SANKARAN como WILLIAMS aportan nuevas perspectivas para la comprensión del

⁷⁶ SANKARAN, KAMALA. “Protecting the Worker in the Informal Economy: The Role of Labour Law”. En: DAVIDOV, GUY y LANGILLE, BRIAN (eds.). *Boundaries and Frontiers*. op. cit., p. 207.

fenómeno de la informalidad y permiten pensar en unas fronteras de laboralidad más amplias que abarquen la realidad social y económica actual.

Asimismo, que tenga en cuenta elementos más comprensivos de la realidad social y económica actual. En la medida que las transformaciones descritas a lo largo de este capítulo develan con mayor claridad el vínculo inescindible entre la economía formal y el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado. Así como el vínculo entre el trabajo doméstico y del cuidado remunerado y no remunerado.

Por consiguiente, tal y como lo señala KERRY RITTICH: “Como si fuera parte de un recurso natural como el aire o el agua, una parte sustancial de proporcionar y mantener la fuerza de trabajo se da por sentado, pero de hecho este está fuertemente subsidiado por el trabajo no remunerado o por el trabajo mal pagado realizado por las mujeres”⁷⁷. Esta situación hace necesario preguntarse hasta qué punto puede seguirse considerando que el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado no es un verdadero trabajo en situación de informalidad y que requiere de reconocimiento y protección dentro de las fronteras del derecho del trabajo que reconozca la intersección entre el mercado y la familia.

Por otra parte, el debate sobre las fronteras del derecho del trabajo en el caso del trabajo doméstico y del cuidado plantea dos interrogantes centrales: ¿La mercantilización de todo el trabajo del cuidado es el camino correcto? y ¿cuáles son las implicaciones reales del reconocimiento del trabajo doméstico y del cuidado como un trabajo de interés para el derecho del trabajo que debe ser protegido y reconocido en todas sus aristas de prestación?

Sobre la primera pregunta se ha advertido que no es ideal mercantilizar todo el cuidado de las personas en situación de dependencia porque existen relaciones afectivas que trascienden lo monetario y lo mercantil. Sin embargo, es necesario garantizar que todas las personas que quieren cuidar de otros, no hacerlo o dejar de hacerlo puedan tomar esas decisiones con absoluta libertad. Esto es, sin que esa decisión repercuta de manera negativa en la garantía de las condiciones de igualdad material desde una perspectiva bidimensional, es decir, tanto para la persona que cuida como para quien necesita el cuidado.

Lo anterior debe ocurrir en la medida en que se reconoce que la actividad que realizan los cuidadores -así la desarrollen en el entorno familiar- es un trabajo en sí mismo, un trabajo productivo que aporta un valor económico y social y que se deben garantizar unas condiciones de vida dignas y adecuadas a quienes lo realizan. Sobre este aspecto SANKARAN destaca un elemento esencial y es “imputar un valor no significa que las mujeres esperen ser remuneradas o retribuidas por el trabajo que realizan en la medida que en la mayoría de los casos el cuidado a los miembros del hogar se presta sin esperar una contraprestación económica”⁷⁸.

⁷⁷ RITTICH, KERRY. “Feminization and Contingency”. op. cit., p.129.

⁷⁸ SANKARAN, KAMALA. “Labour Law in South Asia” op. cit., p. 253.

No obstante, de acuerdo con SANKARAN, es importante que este trabajo tenga un reconocimiento público de que se trata de una contribución de las mujeres a la sociedad y a las familias. Este enfoque daría una dimensión política al cuidado y además cambiaría la concepción del trabajo del cuidado de las mujeres a la luz de la sociedad y de sus familias. La dimensión de este reconocimiento tendría implicaciones tanto en el trabajo doméstico remunerado como en el no remunerado⁷⁹.

En esa misma dirección, autoras como JUDY FUDGE señalan la importancia del reconocimiento -como trabajo- del trabajo doméstico y del cuidado. Ese reconocimiento debe ocurrir con independencia de que este se realice con o sin remuneración. Según la autora, la consecuencia de ese reconocimiento debe ser la protección jurídica de esa actividad, aunque esta no ocurra en el mismo marco del derecho del trabajo como lo conocemos hasta ahora⁸⁰. De acuerdo con FUDGE, este reconocimiento implicará que el trabajo doméstico y del cuidado realizado de manera no remunerada sea considerado tan valioso como el trabajo remunerado para el desarrollo individual y social, generará que los empleadores abandonen la idea de que el cuidado de personas en situación de dependencia es un asunto personal de trabajador y que es éste quien debe adaptar su tiempo a las responsabilidades del cuidado⁸¹.

Sin embargo, la misma FUDGE advierte que se deben transformar las estructuras sobre las que está construido el actual discurso jurídico de la protección laboral para evitar las divisiones entre lo público y lo privado; el trabajo y la familia; lo remunerado y lo no remunerado o lo formal y lo informal. Solo de esta manera se puede proteger a todas las personas que trabajan en la misma actividad sin hacer diferencias injustificadas de trato y de protección jurídica⁸².

La autora también afirma la necesidad de que la legislación amplíe su marco de cobertura a todos los procesos de producción social porque mantener espacios inviolables e impenetrables -como asuntos que no competen al derecho del trabajo- refuerza los elementos de subordinación social que terminan vinculados con otros componentes de género, raza y situación migratoria. Sobre este último aspecto, FUDGE resalta la necesidad de proteger laboralmente a los trabajos del cuidado desde una perspectiva global. Esto implica resolver los problemas estructurales que llevan a muchas mujeres en condiciones de migración precaria a realizar este tipo de labores. También se deben reevaluar otras fronteras del derecho del trabajo marcadas por las limitaciones de tipo territorial de la legislación

⁷⁹ SANKARAN, KAMALA. "Labour Law in South Asia". op. cit., p. 253.

⁸⁰ FUDGE, JUDY. "Commodifying care work". op. cit., p. 3.

⁸¹ FUDGE, JUDY. "Feminist Reflection on the Scope". op. cit., p. 20.

⁸² Esta inclusión abre varios debates de gran trascendencia sobre la protección laboral del trabajo de reproducción social. La reproducción social se refiere a los procesos sociales y laborales que van en el mantenimiento diario y generacional de la población. *Vid.* FUDGE, JUDY. "Commodifying care work". op. cit., p. 3.

laboral. Del mismo modo, se debe aumentar el control y fortalecer la supervisión de las condiciones de los trabajos que realizan las personas por fuera de sus países bajo diversas situaciones migratorias. En muchos casos, estos trabajos son realizados dentro de la esfera privada de la familia y se trata de trabajos de naturaleza inmaterial y afectiva; estas condiciones ubican a quienes desarrollan este trabajo en una situación de particular vulnerabilidad⁸³.

En relación con la segunda pregunta, el reconocimiento del cuidado, FUDGE señala que los trabajos que se realizan en el marco de la *reproducción social* son esenciales para las relaciones del mundo laboral, social, económico y moral actual⁸⁴. En la medida que, como lo señala KERRY RITTICH, en el marco de la nueva economía es necesario reconfigurar la agenda laboral (*labour agenda*) que tenga en cuenta aspectos como la jerarquización y segregación laboral de las mujeres; las construcciones normativas que consideran como un verdadero trabajo solo aquellos trabajos remunerados en cuanto trabajos productivos en el mercado y la alta participación de las mujeres en el trabajo no remunerado. Además, las cada vez más difusas fronteras entre tiempo y espacio público y privado y actividades mercantilizadas y no mercantilizadas⁸⁵.

El reconocimiento del trabajo doméstico no remunerado como un trabajo informal y, en esencia, como un verdadero trabajo con valor y generador de bienestar y riqueza implica también buscar mecanismos jurídicos de protección. Particularmente de protección social y de seguridad social mediante una perspectiva de género. Estas garantías permitirán contravenir la sobre representación de las mujeres dentro de los márgenes de la pobreza⁸⁶.

Ese reconocimiento también tendrá un efecto espejo entre la esfera remunerada y no remunerada que puede llevar al aumento progresivo de los hombres que trabajan en el cuidado y a una mayor vinculación de las empresas y del sistema productivo en la división social de los cuidados en la medida en que se reconozca su valor como trabajo y la necesidad de garantizar una protección social y laboral adecuada para quienes lo realizan.

Por esa razón, es necesario considerar la importancia de incluir el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado como un trabajo predominantemente informal y propender porque las respuestas que se ofrezcan para superar las condiciones de informalidad desde el derecho del trabajo le sean aplicadas.

⁸³ El concepto de trabajo inmaterial fue empleado por MICHAEL HARDT y ANTONIO NEGRI para describir el trabajo que produce un bien inmaterial a través de tres modalidades. La primera involucra la producción industrial que es representado en los trabajos relacionados con la tecnología de la información; el segundo es un trabajo analítico y simbólico relacionado con el trabajo informático y de comunicación y, el tercero, es el trabajo afectivo. En cita de: FUDGE, JUDY. "Commodifying care work". op. cit., pp. 6.

⁸⁴ FUDGE, JUDY. "Feminist Reflection on the Scope". op. cit., p. 1.

⁸⁵ RITTICH, KERRY. "Feminization and Contingency". op. cit., p.122-123.

⁸⁶ GOLDBLATT, BETH. "Gender, poverty and development of the right to social security". *International Journal of Law in Context*, vol. 10, n° 4, 2014, p. 460.

2.2. LA RELACIÓN INESCINDIBLE ENTRE EL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO REMUNERADO Y NO REMUNERADO

Como se ha visto a lo largo de este capítulo, la interdependencia del trabajo doméstico y del cuidado remunerado y no remunerado es indiscutible. Dos aspectos en los que se manifiesta la interdependencia es el objeto de la actividad y los sujetos sobre los que recae la prestación del servicio. En relación con el primero, el objeto de la prestación está dirigido al mantenimiento del entorno físico y emocional de un hogar familiar. En este último caso cuando involucra el cuidado de personas en situación de dependencia, implica también el mantenimiento de las condiciones dignas de vida de las personas más débiles de la sociedad. Por consiguiente, los sujetos sobre los que recae la prestación serán miembros de las familias propias o de terceros que requieren de estos cuidados.

De acuerdo con lo anterior, los sujetos beneficiarios y el objeto de la prestación coinciden en el hogar familiar. Este hecho hace que las relaciones de prestación de este trabajo sean familiares o laborales, se cubran de un cierto hermetismo. Por otra parte, la coincidencia en todos estos elementos, así como todos los aspectos señalados previamente como el mercado, las políticas de conciliación, la fortaleza de los Estados de bienestar y el compromiso de los Estados con la atención a las situaciones de dependencia implicará que todas las políticas de empleo, de seguridad social y de protección social relativas al cuidado y a la atención de personas dependientes como niños y niñas, personas mayores, personas en situación de discapacidad o con enfermedades que requieran la atención de un tercero tendrán un impacto en las dos esferas de prestación, es decir, tanto en el trabajo doméstico y del cuidado remunerado como no remunerado. En consecuencia, estas políticas demarcarán la necesidad, la intensidad de la prestación y las condiciones laborales, personales y económicas de quien lo preste. Es decir, influirá en los miembros de la familia que tienen la responsabilidad inicial de prestación, así como en el mercado del trabajo doméstico y del cuidado remunerado.

Esta situación de interdependencia es una constante y lo ha sido en la historia reciente. Un ejemplo de los efectos de la interdependencia también ha sido advertido previamente a lo largo de este capítulo. Este es el impacto de la invisibilidad del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado en la baja o nula valoración social y económica del trabajo doméstico y del cuidado remunerado generando con ello un efecto espejo.

No obstante, los cambios en mundo del trabajo descritos hasta ahora en este capítulo, así como los cambios sociales y culturales han despertado el interés por el trabajo doméstico y del cuidado en sus dos aristas. El cual se manifiesta, por una parte, en la identificación de las condiciones para la efectividad de los postulados en materia de igualdad de género y oportunidades para las mujeres con el desarrollo de actividades domésticas y del cuidado con independencia de si se trata de trabajo doméstico y del cuidado remunerado o no remunerado; la identificación de las condiciones laborales y personales de quienes lo realizan.

La relación entre el desarrollo de esta actividad en cualquiera de las dos aristas y su alto impacto de género, perpetuación de la pobreza, reforzamiento de discriminación estructural, nuevas formas de colonialismo, interseccionalidad entre origen nacional, género, raza y pobreza y, el reconocimiento del cuidado como un elemento esencial en la vida de las personas.

En el plano normativo internacional, este interés ya ha dado frutos, principalmente en la arista remunerada del trabajo doméstico y del cuidado a través del Convenio 189 de la OIT sobre trabajo decente para trabajadoras y trabajadores domésticas, el cual se explicará en el tercer capítulo.

A pesar de los avances, el reconocimiento de este trabajo y de la importancia de garantizar los derechos laborales para quienes lo desarrollan queda mucho por hacer, especialmente para la garantía efectiva de los derechos. No obstante, constituye un paso importante hacia la visibilización de la actividad y unas condiciones de trabajo justas y dignas. Sin embargo, la interdependencia entre el trabajo doméstico y del cuidado remunerado y no remunerado también debe llevar, necesariamente, a enfocar el lente del trabajo no remunerado, abrir las puertas del hogar o a mover las cortinas para preguntarse acerca de la situación de las personas que se dedican a cuidar de los otros y que por tratarse de familiares, amigos o vecinos realizan un trabajo jurídicamente invisible.

Cuidadores que están excluidos de los sistemas de protección social y del reconocimiento de que la actividad que realizan es un verdadero trabajo que requiere de reconocimiento y protección. Por consiguiente, es probable que la mayor visibilización jurídica del trabajo doméstico y del cuidado remunerado genere desde el derecho un efecto irradiador que descienda desde la protección, reconocimiento y visibilización del trabajo doméstico y del cuidado remunerado hacia el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado.

2.2.1. La invisibilidad del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado y el ‘efecto espejo’

Es importante dimensionar la forma como los imaginarios del cuidado han determinado la comprensión de lo que significa cuidar a otros. Esta distorsión ha causado un efecto espejo sobre el trabajo doméstico y del cuidado remunerado. El efecto espejo significa que la invisibilidad del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado tiene consecuencias directas en la atribución del valor social y económico real del trabajo doméstico y del cuidado remunerado. Este efecto ha hecho que el trabajo doméstico y del cuidado remunerado sea una de las actividades remuneradas con mayor informalidad y precariedad laboral.

Este efecto se produce por el desconocimiento de que cuidar implica el desarrollo de un trabajo emocional, un trabajo corporal y un trabajo mental que supera las relaciones afectivas de amor o de bondad. El cuidado es un trabajo del que todas las personas, en cuanto seres

humanos frágiles y vulnerables, son potenciales destinatarias. Por lo tanto, desde una óptica más comprensiva de la naturaleza humana, el cuidado de otros adquiere unas dimensiones públicas y políticas que deben ser valoradas para entender las implicaciones de esa actividad. Sobre este aspecto concreto, ARANGO señala:

“A partir del momento en que admitimos que el cuidado no debe confundirse con el amor de las mujeres ni su ausencia con su maldad o su indolencia sino que se trata de una actividad siempre contextualizada, debemos aceptar también que las responsabilidades se reparten en distintos niveles: el de las personas comprometidas con el trabajo del cuidado, el de las instituciones que organizan las condiciones de este trabajo, el de las y los ciudadanos y de las decisiones políticas que enmarcan el todo. Todas y todos somos potenciales destinatarios del cuidado, todas y todos somos igualmente responsables de su lugar en la Ciudad”⁸⁷.

Los imaginarios en torno al cuidado tienen repercusiones en todos los niveles de prestación y de atención en el cuidado. En efecto, estos se manifiestan tanto en el plano económico y de remuneración como en la distribución de los roles dentro del trabajo doméstico. A pesar del aumento de los procesos de contratación del trabajo emocional, todavía se considera que este trabajo es una extensión del trabajo doméstico realizado en el entorno privado del hogar familiar y, por esa razón, se encuentra en la parte más baja dentro de la escala de los trabajos con menor remuneración económica⁸⁸.

Un ejemplo del efecto espejo ocurre con la división o segmentación de las tareas dentro del trabajo doméstico. De hecho, en algunos países el servicio doméstico también está compuesto por conductores, celadores y jardineros. Estos trabajos son realizados principalmente por hombres. Por el contrario, los trabajos domésticos del cuidado vinculados con el cuidado corporal, la preparación de los alimentos y el cuidado de los animales está asignado principalmente a las mujeres.

De acuerdo con lo anterior, el desconocimiento de las verdaderas implicaciones del cuidado implica omitir varios elementos que tienen consecuencias en materia de justicia e igualdad

⁸⁷ ARANGO, LUZ GABRIELA. “El cuidado como ética y como trabajo”. p. 20.

⁸⁸ Un proceso similar ocurrió con la progresiva incursión de la mujer en los denominados trabajos de ‘cuello blanco’ durante el siglo XIX (e.g. trabajo profesional y de oficina). De acuerdo con JOAN SCOTT, las mujeres fueron empleadas en estos trabajos porque resultaban convenientes: “En la enseñanza y cuidado de niños se veía una tarea de crianza y de formación que les era propia, la dactilografía se asimilaba a la ejecución pianística y los trabajos de oficina se suponían muy adecuados a su naturaleza sumisa, a su tolerancia y su capacidad de repetición, así como a su gusto por los detalles. Se consideraba que estos rasgos eran ‘naturales’, en tanto como el hecho de que el coste de la fuerza de trabajo femenina fuera necesariamente menor que el de la masculina. En Estados Unidos, en la década de los años treinta y cuarenta del siglo XIX, los grandes debates sobre la educación pública implicaban cuestiones relativas al coste y al amplio acceso público a escuelas comunes financiadas con fondos fiscales. Los federalistas y los jacksonianos estaban igualmente interesados en que, si tales escuelas se establecían, su coste fuera mínimo. JILL CONWAY explica el giro hacia las maestras, así como un estatus inferior de la enseñanza en los Estados Unidos respecto de la mayoría de los países de Europa Occidental, como resultado del énfasis en la reducción de costes”. SCOTT, JOAN. “La mujer trabajadora en el siglo XIX”. op. cit., p. 415.

para las mujeres. Como lo destaca GUY MUNDLAK, las características particulares del trabajo del cuidado -que lo diferencian de otras actividades relacionadas con la salud y la educación- es que el cuidado puede ser descrito desde una perspectiva funcional. Eso quiere decir que es un trabajo que va dirigido a garantizar que las personas que no pueden valerse total o completamente por sí mismas tengan satisfechas tanto sus necesidades básicas de la vida cotidiana como sus necesidades emocionales⁸⁹.

Según sostiene el autor, la deuda es con las personas que realizan este trabajo de atención de manera constante porque cuidar de otros puede ser gratificante para quien lo realiza. Incluso, frente a algunos colectivos en situación de dependencia, el cuidado puede dar buenos frutos y los resultados son realmente visibles. Sin embargo, no siempre la persona cuidadora tiene certeza sobre si la provisión de cuidados es adecuada y suficiente y no siempre hay una mejoría en las condiciones vitales de quien recibe el cuidado; a pesar de que el cuidador garantice una mejor calidad de vida a la persona en situación de dependencia⁹⁰.

En este sentido, es necesario observar con detalle y en doble vía la forma como incide el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado en la protección efectiva de derechos laborales para quienes realizan este trabajo de manera remunerada. Así como las implicaciones del reconocimiento de derechos para quienes realizan el trabajo doméstico y del cuidado en la esfera remunerada en quienes lo realizan de manera no remunerada.

2.2.2. El reconocimiento del trabajo doméstico y del cuidado remunerado y el ‘efecto irradiador’

Recientemente la OIT ha destacado, como se señaló en la primera sección de este capítulo, la necesidad de garantizar la protección de los derechos laborales más allá del empleo y del trabajo estándar.

Además, en consonancia con el diagnóstico que la misma OIT ha hecho sobre las condiciones de precariedad, invisibilidad e informalidad del trabajo doméstico en el mundo, se ha aprobado el primer instrumento internacional dentro del nuevo enfoque de la OIT para la protección del trabajo más allá del empleo. Se trata del Convenio 189 que resalta las condiciones de vulnerabilidad de quienes desarrollan el trabajo doméstico y considera que se trata de un asunto de derechos humanos.

Este nuevo instrumento y el enfoque actual de la Organización pueden ser considerados como un primer paso en el reconocimiento del trabajo doméstico y del cuidado como un trabajo esencial en la *reproducción social* y la necesidad de su protección en todas sus esferas de prestación. Este nuevo instrumento puede operar como un efecto irradiador que, desde el

⁸⁹ MUNDLAK, GUY. “The wages of care-workers”. op. cit., p. 189.

⁹⁰ MUNDLAK, GUY. “The wages of care-workers”. op. cit., p. 189.

trabajo doméstico y del cuidado remunerado, se proyecta hacia el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado que permita, habilite y reclame un reconocimiento de derechos, una protección jurídica adecuada y un mayor empoderamiento y participación social de quienes lo realizan.

En efecto, como se destacará en el tercer capítulo y será retomado en el último capítulo de esta tesis doctoral, el concepto de ‘trabajo decente’, ‘el piso mínimo de derechos’ o (*social protection floor*) y el mandado de garantía en el trabajo doméstico a través del Convenio 189 se convierten en herramientas que buscan garantizar condiciones de vida dignas a todas las personas, con independencia de si están, o no, en una relación de empleo o de si reciben, o no, una remuneración directa por la actividad que desarrollan. En este sentido, como lo destaca LEAH VOSKO, el concepto de trabajo decente “constituye un reconocimiento sin precedentes al trabajo no remunerado, realizado por las mujeres y su relación con el trabajo precario y proporciona una apertura de vital importancia para las mejoras en el establecimiento de normas”⁹¹.

Por esa razón, los capítulos tercero y sexto esta investigación se dedicarán, precisamente, a analizar el concepto de trabajo decente y el nuevo marco regulatorio de la OIT y su relación con la construcción de nuevas propuestas jurídicas de protección para el trabajo doméstico y del cuidado.

⁹¹ VOSKO, LEAH. “Gender, Precarious Work”. op. cit., p. 58.

Capítulo III

EL CAMBIO DE ENFOQUE INTERNACIONAL FRENTE A LA INFORMALIDAD Y EL LUGAR DEL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO. LA NECESIDAD DE UN ANÁLISIS DE CONTEXTO: LA UNIÓN EUROPEA COMO EJEMPLO DE VISIBILIZACIÓN Y ESPAÑA Y COLOMBIA COMO CASOS DE ESTUDIO

LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES EN LA INFORMALIDAD afecta la garantía plena de los derechos humanos y laborales fundamentales. Además, propicia que quienes trabajan por fuera de las fronteras de la laboralidad y de la protección social se encuentren en condiciones de vulnerabilidad, pobreza y exclusión. Como una respuesta al aumento de personas que trabajan en la informalidad fuera de las fronteras del derecho del trabajo o en zonas grises de protección, la OIT ha insistido en la necesidad de buscar mecanismos para garantizar unas condiciones de trabajo decente y un mínimo de protección social (*social protection floor*) a todas las personas; con independencia de si estas trabajan en la economía formal o informal.

No obstante, el alcance del concepto de informalidad de la OIT continúa vinculado al trabajo remunerado y tiene por finalidad buscar mecanismos de transición hacia el empleo y otras modalidades de trabajo clásicas. Este enfoque desconoce formas de trabajo que no generan recursos económicos directos para quienes las realizan y que nunca transitarán hacia formas tradicionales de empleo. Sin embargo, en esta memoria doctoral se sostendrá que el llamado de la Organización para buscar mecanismos de transición, así como el nuevo marco regulatorio que lo avala, sirve como un marco de referencia o de hoja de ruta para la protección de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado y que se desarrolla en la informalidad.

Además, se sostendrá que este marco regulatorio también resulta de especial interés porque una de las modalidades de trabajo en las que la OIT ha sido particularmente sensible es el trabajo doméstico y del cuidado remunerado. Esta particularidad ha impulsado un debate teórico internacional en torno al objeto de prestación y de las condiciones estructurales que hacen del trabajo doméstico y del cuidado remunerado uno de los trabajos que se desarrolla en condiciones de mayor precariedad laboral e incluso en algunos ordenamientos jurídicos aún se desarrolla en la informalidad ante la ausencia de reconocimiento y regulación. Como parte del análisis teórico del trabajo doméstico y del cuidado remunerado se ha identificado la vinculación con la situación de las familias y la demanda de trabajo doméstico, así como su vinculación con la invisibilidad del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado. Vinculación entre las dos modalidades de prestación que se ha denominado en esta memoria doctoral como efecto espejo.

Finalmente, también se señalará que el nuevo marco regulatorio de la OIT permite identificar con mayor claridad el efecto cascada del que se hizo mención en el segundo capítulo porque hace evidente que el mismo objeto de prestación es abordado por el derecho de formas distintas. Trato diferenciado que se ha avalado por las fronteras de laboralidad clásicas del derecho del trabajo y que, con el nuevo marco regulatorio, a pesar del avance continua presente en la política de regulación y reconocimiento de las actividades laborales y productivas.

El marco regulatorio de la OIT es relevante y útil para avanzar en la construcción teórica que reconoce que el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado es un trabajo informal. Además, también es útil para la superación de fronteras rígidas y clásicas del derecho del trabajo que han legitimado y siguen legitimando tratos jurídicos excluyentes que afectan derechos humanos fundamentales que tienen un impacto particularmente alto para las mujeres.

Por consiguiente, el aporte de la OIT para avanzar hacia la modificación de las fronteras del derecho del trabajo y la protección quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado dentro del ámbito familiar, vecinal y de amistad de manera informal puede sintetizarse en tres aspectos. El primero un cambio de paradigma frente a la informalidad; el segundo, un nuevo enfoque regulatorio de la OIT a través del concepto de trabajo decente y el *social protection floor* y finalmente, el reconocimiento del objeto de prestación en el trabajo doméstico y del cuidado como un trabajo que debe ser protegido por los ordenamientos jurídicos nacionales.

En el último capítulo de esta investigación doctoral, se retomarán estos aspectos y se sostendrá que este nuevo marco regulatorio de la OIT es un insumo útil para construir un mínimo ético universal, la garantía de derechos humanos esenciales garantizados a todas las personas durante todo el ciclo de vida y la búsqueda de mecanismos de protección jurídica, social y económica para todas las formas de trabajo informal, entre estas, el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado. De manera que, a pesar de que las políticas de la OIT que buscan la formalización no estén dirigidas al trabajo doméstico y del cuidado no remunerado son insumos útiles para la construcción de propuestas de protección jurídica, social y económica para quienes hacen este trabajo.

Por consiguiente, este capítulo tiene tres objetivos principales. El primero, describir el nuevo marco regulatorio de la OIT, diseñado para hacer frente al número cada vez más creciente de trabajadores excluidos de los sistemas de protección social. El segundo, tomar las dos modalidades de trabajo doméstico y del cuidado más vulnerables en la división social de los cuidados. Las dos modalidades de trabajo que corresponden al trabajo remunerado realizado a través del servicio doméstico y el trabajo no remunerado realizado en el entorno familiar. Estas dos modalidades de trabajo servirán como referente para el análisis normativo tanto en el plano internacional a través del análisis institucional de la OIT como de la Unión

Europea. Finalmente, el tercer, objetivo de este capítulo es señalar las razones por las cuales en esta investigación doctoral se abordarán los casos de España y Colombia como ejemplos de contexto para identificar los diferentes matices de la formalidad y de la informalidad en el mismo objeto de prestación.

Además, los marcos de referencia permitirán identificar el efecto cascada en la protección de una y otra modalidad de trabajo doméstico y del cuidado. Este efecto cascada está determinado por el estándar de protección jurídica, social y económica que se garantiza a las dos modalidades de prestación. Además, permite identificar los diferentes matices de la formalidad y de la informalidad en el mismo objeto de prestación mediante el contraste de la forma como estas disposiciones son incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales.

Para cumplir con estos objetivos este capítulo se dividirá en cuatro partes principales. En la primera parte, se describirá el nuevo enfoque regulatorio de la OIT, un viraje que amplía las fronteras del derecho del trabajo hacia la protección de derechos laborales básicos más allá de las relaciones de empleo. En la segunda sección, se abordará el cambio de enfoque ocurrido dentro de la OIT frente a la informalidad a partir del momento en que se entendió que esta es un fenómeno heterogéneo y, el lugar del trabajo doméstico y del cuidado remunerado dentro de este nuevo marco regulatorio a través del Convenio 189, como una de las modalidades de trabajo predominantemente informales.

En la tercera parte se esbozará brevemente la forma como la Unión Europea ha abordado la ratificación del Convenio 189 por parte de los Estados. Además, se describirá uno de los ejemplos normativos de *soft law* de la Unión Europea (Recomendación 98 (9) de 1998) que reconoció la figura del cuidador informal y que señaló la importancia de buscar mecanismos de protección. Finalmente, se expondrá de manera breve, algunas de las razones que motivan el estudio de los contextos jurídicos nacionales de España y Colombia.

1. EL MARCO REGULATORIO DE LA OIT PARA HACER FRENTE A LA INFORMALIDAD Y LA PROTECCIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO

En esta memoria doctoral se ha sostenido que el trabajo doméstico y del cuidado que se realiza dentro del entorno familiar de manera invisible, en el que no existen sistemas de protección jurídica, económica y social para quienes lo realizan es un trabajo informal. Esta situación de informalidad genera una grave afectación de los derechos humanos individuales, sociales, económicos y laborales. A lo largo de esta investigación doctoral se describirán las situaciones de vulnerabilidad (fáctica y jurídica) que sufren las personas que realizan este trabajo. Las condiciones en las que ocurre el trabajo del cuidado se asemejan a las que enfrentan otros trabajadores y trabajadoras que están en la informalidad o en zonas grises de protección jurídica.

En los últimos años, la OIT ha cambiado parte de su enfoque regulatorio sobre la informalidad. La Organización ha dado un mayor espacio a normas de *soft law* que han reforzado la garantía de algunos derechos laborales fundamentales. Sin embargo, es importante aclarar que este cambio no ha debilitado completamente el sistema de protección mediante convenios y recomendaciones, sino que lo ha complementado.

El objetivo de este viraje de la OIT es garantizar la protección de los derechos laborales y sociales fundamentales para el mayor número de trabajadores. Un pilar de este nuevo enfoque es que la garantía de estos derechos no puede depender exclusivamente de la relación de empleo. En otras palabras, el objetivo final es la consolidación de un núcleo duro de protección laboral que debe ser garantizado a todos los trabajadores y, especialmente, a los más vulnerables con independencia de que tengan o no una relación de empleo¹.

En relación con el objeto de estudio de esta investigación, el nuevo marco regulatorio de la OIT reconoce que el trabajo doméstico y del cuidado debe ser protegido. Ahora bien, se restringe el alcance de la protección a las personas que tienen una relación de trabajo subordinado. Eso significa que se excluye a quienes, a pesar de realizar la misma actividad, efectúan el trabajo del cuidado en el entorno familiar. Esta exclusión plantea un verdadero dilema de la informalidad porque se trata del mismo trabajo realizado en condiciones de protección muy diferentes.

Con el objetivo de corregir esa disparidad, se deben buscar mecanismos sociales, económicos y jurídicos que permitan superar el déficit de protección de quienes realizan el trabajo doméstico y del cuidado informal en el ámbito familiar. Además, el nuevo marco regulatorio de la OIT puede y debe ser ampliado a este grupo de trabajadores. Es necesario dejar de lado la rigidez de la OIT que se enfoca en la protección de quienes satisfacen los parámetros de la categoría clásica de trabajos productivos.

De acuerdo con lo anterior, la manera correcta de comprender el nuevo marco normativo y regulatorio de la OIT es que este se configura como una sombrilla de protección mínima adecuada para iniciar un proceso de transición de la informalidad hacia la formalidad. La plena protección del trabajo del cuidado no es incompatible con las obligaciones familiares del cuidado, ni mercantiliza el cuidado familiar. La protección de unos derechos laborales y sociales fundamentales garantiza una de las aristas del derecho universal al cuidado que se mencionará en el último capítulo de esta investigación (particularmente, el derecho a decidir

¹ Este cambio de enfoque regulatorio ha sido objeto de un interesante debate en: ALSTON, PHILIP. “Core Labour Standards and the transformation of the International Labour Rights Regime”. *European Journal of International Law*, vol. 15, n° 3, 2004, pp. 457-521; LANGILLE, BRIAN. “Core Labour Rights. The True Story (Reply to Alston)”. *European Journal of International Law*, vol. 15, n° 3, 2005, pp. 409-437; MAUPAIN, FRANCIS. “Revitalisation Not Retreat: The Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers’s Rights”. *European Journal of International Law*, vol.16, n° 3, 2005, pp. 439-456 y ALSTON PHILIP. “Facing Up to the complexities of the ILO’s Core Labour Standards Agenda”. *European Journal of International Law*, vol. 16, n° 3, 2005, pp. 467-480.

cuidar de un familiar en situación de dependencia sin que este trabajo genere una afectación grave de los derechos humanos de la persona que desarrolla el trabajo del cuidado).

Este enfoque basado en la protección de los derechos humanos tiene un alto impacto en materia de igualdad, particularmente, en la igualdad material de las mujeres y de las familias más vulnerables.

En esta primera sección del capítulo se describirán los tres componentes relevantes del nuevo marco regulativo de la OIT que sirven como insumos para los mecanismos de protección jurídica de los cuidadores informales sobre los que se insistirá en el último capítulo. El primer elemento está compuesto por los derechos laborales fundamentales (2.1). El segundo se refiere a las tareas del trabajo decente (2.2). El tercer componente está relacionado con la garantía de los *social protection floor* (2.3). Estos tres elementos son unos mínimos éticos indisponibles que sustentan el camino para cuidar jurídicamente a quienes cuidan de otros.

1.1. EL NÚCLEO DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL NUEVO MARCO REGULATIVO DE LA OIT: LOS DERECHOS LABORALES FUNDAMENTALES

En el primer capítulo de la investigación se describió el cambio de paradigma ocurrido en la OIT a partir de los años noventa. Se trata de una transformación causada por los cambios en el mundo globalizado y por el impacto de la globalización en el mercado del trabajo. Especialmente, se atendió a los cambios en materia de protección social, empleo y derechos humanos.

A partir de entonces, la OIT comprendió que debía construir nuevas propuestas de regulación y de protección para el trabajo humano más allá de las formas asalariadas de empleo. Además, la Organización aceptó que el sector no estructurado -que sería llamado posteriormente economía informal- no sería combatido efectivamente solo con una postura rígida de prohibición de los trabajos informales. La OIT también asumió que la informalidad no desaparecería solo con el crecimiento económico de los Estados.

En este sentido, la respuesta de la OIT fue regresar a los cimientos de su Constitución de 1919 y a los Postulados de la Declaración de Filadelfia de 1944 para fundamentar un nuevo enfoque regulatorio sobre el derecho del trabajo. Los cuatro postulados primigenios de la Organización son que el trabajo no es una mercancía; que la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante; que la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos; y que todos los seres humanos -sin distinción de raza, credo o sexo- tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad, dignidad, seguridad económica e igualdad de oportunidades.

Paradójicamente, este regreso a los orígenes de la OIT reconoce que los objetivos de la Organización deben ser valorados de acuerdo con las condiciones contemporáneas del mundo del trabajo. Una muestra de ello es la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998. Esta Declaración “compromete a los Estados miembros a respetar y a promover los principios y derechos comprendidos en cuatro categorías”². Las cuatro categorías a las que se refiere la Declaración son:

- a) libertad de asociación y libertad sindical y derecho efectivo de negociación colectiva;
- b) eliminación de trabajo forzoso u obligatorio;
- c) abolición de trabajo infantil;
- d) eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

La Declaración de 1998 señaló que estos derechos son universales, aplicables a todas las personas, en todos los países y no dependen del nivel de desarrollo económico de cada sociedad. En efecto, estos derechos laborales han sido elevados al rango de derechos humanos fundamentales y su cumplimiento no puede estar condicionado a factores económicos porque están fuertemente vinculados con el respeto de la dignidad humana y con valores esenciales como la igualdad y la libertad³.

De acuerdo con el Consejo de Administración de la OIT, estos derechos laborales fundamentales son el presupuesto básico o “condición previa para el desarrollo de los demás, por cuanto proporcionan el marco necesario para esforzarse en mejorar libremente las condiciones de trabajo individuales y colectivas”⁴. El contenido de estos derechos ha sido desarrollado en ocho convenios o normas fundamentales del trabajo⁵.

El contenido de estos ocho instrumentos y la Declaración de 1998 constituyen el conjunto de derechos mínimos indisponibles que deben ser garantizados a todos los trabajadores. Esta obligación es independiente del hecho de que los Estados hayan ratificado los Convenios. Además, algunos de estos instrumentos se configuran como estándares internacionales de trabajo que se deben garantizar a todas las personas que trabajan con independencia de si

² OIT. Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998.

³ FUDGE, JUDY. “The New Discourse of Labour Rights: From Social to Fundamental Rights?”. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, vol. 29, n° 1, 2007, p. 38.

⁴ OIT. Los Convenios Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003, p. 7.

⁵ OIT. Convenio relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, 1948 (n° 87); OIT. Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva, 1949 (n° 98); OIT. Convenio relativo al trabajo forzoso y obligatorio, 1930 (n° 29); OIT. Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso, 1957 (n° 105); OIT. Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo 1973 (n° 138); OIT. Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, 1999 (n° 182); OIT. Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, 1951 (n°100) y OIT. Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958 (n° 111).

tienen o no una relación de empleo⁶. Estos derechos fundamentales del trabajo también están protegidos por otros instrumentos de derechos humanos y su garantía es un mandato imperativo. Además, los derechos fundamentales laborales se han convertido en la base de los dos conceptos más importantes que guían el trabajo actual de la OIT: la garantía de un trabajo decente y los pisos mínimos de protección social (*social protection floor*).

1.2. EL TRABAJO DECENTE COMO RESPUESTA INSTITUCIONAL A LA INFORMALIDAD: LA PROTECCIÓN DE TODO EL TRABAJO HUMANO

El concepto de trabajo decente surgió en la 87 Conferencia Internacional del Trabajo de 1999. En esa Conferencia, la OIT presentó el programa ‘El trabajo decente para todos’ que enfatizaba en la importancia de garantizar unas condiciones de trabajo mínimas para todas y todos los trabajadores. La idea central del trabajo decente es que el trabajo no se protege con base en las relaciones de empleo, sino que se protege como una actividad humana. Por esa razón, el trabajo decente no se limita a las personas que trabajan en la economía formal o a quienes tienen relaciones de trabajo estándar⁷.

A partir de entonces, el trabajo decente se convirtió en una noción cargada de contenido construida sobre el eje del reconocimiento del trabajo como una fuente de dignidad personal y sobre la necesidad de garantizar mejores condiciones laborales para todos y todas las trabajadoras en el marco de la globalización⁸.

A la construcción de un concepto de trabajo decente se adicionó una *agenda para el trabajo decente*. Dentro de esta agenda se incluyeron cuatro tareas concretas: crear trabajo; garantizar los derechos de todos los trabajadores, en especial, de los más vulnerables; extender la protección social (condiciones de trabajo seguras, tiempo libre y descanso) y una contribución mínima adecuada en caso de pérdida o reducción de ingresos; y promover el diálogo social⁹. Todas estas tareas son inseparables e interdependientes porque refuerzan la función de las normas internacionales del trabajo que sirven como vehículo para cumplir con los objetivos trazados por la misma agenda (*Gráfica 10*).

⁶ BENJAMIN, PAUL. “Informal Work and Labour Rights in South Africa”. op. cit., pp. 1581-1582.

⁷ OIT. “La economía informal y el trabajo decente: una guía de recursos sobre políticas apoyando la transición hacia la formalidad”. Turín, 2013, p. 11.

⁸ OIT. “Memoria del Director General: trabajo decente”. 87ª reunión. Conferencia Internacional del Trabajo-Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999.

⁹ *Vid.* OIT. “Programa de trabajo decente”. Disponible en línea: [<http://www.oit.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm>] (12.06.2017).



Gráfica 10. Elaboración propia.

El contenido y desarrollo de los cuatro objetivos de la agenda para el trabajo decente se encuentran en la *Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa* del año 2008 que constituye uno de los instrumentos jurídicos de *soft law* más importantes del mundo¹⁰. Al mismo tiempo, la Declaración incorpora a la agenda del trabajo decente los ejes transversales de la igualdad de género y la no discriminación¹¹.

La Declaración del año 2008 complementó cada una de las tareas generales de la agenda del trabajo decente mediante el establecimiento de objetivos específicos. En relación con la meta general de crear trabajo, se agregaron tres elementos subyacentes: i) el estímulo de las competencias y las capacidades para el trabajo, ii) la sostenibilidad de las empresas públicas o privadas y iii) un mayor crecimiento económico y progreso social con un buen nivel de vida¹².

En relación con la segunda tarea (garantía de los derechos con carácter universal a todos los trabajadores), la Declaración señaló que los Estados debían propender por el cumplimiento de los principios y derechos fundamentales del trabajo “sin que la violación de éstos pueda

¹⁰ Esta es la tercera declaración de principios y políticas de alcance global adoptada en el marco de la Conferencia Internacional del Trabajo. La Declaración se fundamenta en la Declaración de Filadelfia de 1944 y en la Declaración de OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Se trata de uno de los instrumentos vertebrales de la Organización en el marco de un mundo del trabajo globalizado. *Vid.* OIT. “Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa”. Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 97ª reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008.

¹¹ OIT. “Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa”. Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 97ª reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008, p. 2.

¹² OIT. “Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa”. *op. cit.*, p. 10.

invocarse ni utilizarse de modo alguno, como ventaja comparativa legítima, además señala que tampoco deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas”¹³.

Sobre la tercera tarea de la agenda de trabajo decente (extensión de la protección social), la Declaración de 2008 precisó que este objetivo tenía tres elementos básicos: i) las condiciones de trabajo seguras, ii) el tiempo libre y el descanso y iii) una contribución mínima adecuada. Este último componente pretende garantizar el acceso a ingresos básicos que permitan a todas las personas solventar las incertidumbres generadas por los rápidos cambios de los mercados de trabajo. Desde luego, la propia Declaración reconoce que este componente está sometido a la sostenibilidad fiscal y que su garantía depende de las condiciones materiales de cada Estado¹⁴.

Por último, sobre la cuarta tarea de la agenda (promoción del diálogo social), la Declaración señala que esta tiene por finalidad la adaptación de los compromisos de la OIT al contexto nacional de cada uno de los países, generar una simbiosis e interrelación entre el desarrollo económico en el progreso social y el progreso social en el desarrollo económico y buscar consensos respecto de las políticas aplicadas para garantizar el empleo y el trabajo decente.

Además, el diálogo social debe servir para fomentar la eficacia de la legislación y las instituciones laborales por medio de la promoción de buenas relaciones laborales y el establecimiento de sistemas eficaces de inspección de trabajo. En suma, el concepto de trabajo decente, como destaca CONSUELO CHACARTEGUI:

“(…) es el punto de convergencia de cuatro elementos u objetivos estratégicos, que constituyen sus pilares básicos: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; la ocupación, la protección social y el diálogo social. Es una respuesta de las instituciones a la importancia de una política de empleo y de unas instituciones que deben facilitar la protección y el diálogo social, no solamente con la finalidad de la justicia social, sino además con la mirada puesta en una política de ajuste eficaz de desarrollo a largo plazo”¹⁵.

Por otra parte, una de las metas del trabajo decente es buscar mecanismos que permitan la transición de la informalidad hacia la formalidad¹⁶. Este proceso de transición y la búsqueda de mejores condiciones de empleo y de trabajo a nivel mundial tiene como eje central la dignidad de las personas en el desarrollo del trabajo y la mayor cobertura de protección social y garantía de derechos. Según CONSUELO CHACARTEGUI, el trabajo decente “se basa,

¹³ OIT. “Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa”. op. cit., p. 11.

¹⁴ OIT. “Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa”. op. cit., pp. 10-11.

¹⁵ CHACARTEGUI JÁVEGA, CONSUELO. *Dignidad de los trabajadores y derechos humanos del trabajo según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2013, p. 17.

¹⁶ OIT. “La economía informal y la transición a la economía formal: el desafío del trabajo decente”. Informe V (1). Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión, Ginebra, 2014, p. 14.

fundamentalmente, en la lucha contra la pobreza a través del trabajo en condiciones de dignidad”¹⁷.

De acuerdo con BOB HEPPLÉ, uno de los elementos innovadores del concepto de trabajo decente es la protección de todas las formas de trabajo considerado productivo como una garantía de igualdad. El autor señala que el modelo tradicional de protección de los derechos laborales vinculados al trabajo estándar excluye a un número considerable de trabajadores. Por eso, el profesor HEPPLÉ advierte que el derecho laboral:

“(…) ha tendido a legitimar las desigualdades entre las diferentes categorías de trabajadores, entre los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia, y entre los que trabajan y los que están desempleados o están separados del trabajo por razón de la edad. El objetivo del trabajo decente proclama la igualdad básica de todos aquellos que trabajan o buscan trabajo. El concepto de igualdad sustantiva proporciona un marco para tener en cuenta las necesidades de los desempleados, así como de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, de los ancianos y de los jóvenes, así como del sector informal y del sector formal”¹⁸.

En este sentido, la agenda de trabajo decente traza unos objetivos de creación de empleo y señala la necesidad de ampliar los sistemas de protección social; especialmente para aquellos trabajadores más vulnerables, entre ellos, los trabajadores que se encuentran dentro de la economía informal. Sobre este punto, la OIT ha sido enfática en señalar que el marco clásico de protección social y laboral que se restringe a las relaciones de empleo debe ser superado a través de propuestas que abarquen a un mayor número de personas que trabajan y aportan a la producción y a la reproducción social. En relación con los derechos en el trabajo, la OIT ha establecido que:

“(…) todas las personas que trabajan tienen derechos en el trabajo independientemente de donde trabajen. La OIT fomenta la mejora de las condiciones en que se realiza el trabajo, donde quiera que tenga lugar, tanto en la economía formal como en la informal, en el hogar, la comunidad o en el sector del voluntariado, estén los trabajadores organizados o no”¹⁹.

La ampliación de los márgenes de protección social es un mecanismo para garantizar la dignidad de las personas que implica mejorar las condiciones de trabajo; incluso debería entenderse que amplía los márgenes de protección cuando el trabajo se desarrolla en cumplimiento de una obligación o en el ejercicio de un derecho (e.g. el cuidado). Los postulados del trabajo decente protegen la actividad laboral humana con independencia de

¹⁷ CHACARTEGUI JÁVEGA, CONSUELO. *Dignidad de los trabajadores*. op. cit., p. 17.

¹⁸ HEPPLÉ, BOB. “Equality and empowerment for decent work”. *International Labour Review*, vol. 140, n° 1, 2001, p. 11.

¹⁹ OIT. “La economía informal y el trabajo decente”. op. cit., p.12.

las relaciones de empleo. Como destaca CONSUELO CHACARTEGUI sobre el concepto de dignidad, esta responde “a las necesidades, problemas e intereses de todos los grupos sociales, incluyendo especialmente a los más necesitados de tutela y los más vulnerables”²⁰.

Desde su aparición en el marco de la OIT, el trabajo decente ha sido el faro orientador de las políticas estatales y mundiales sobre el trabajo y el empleo. La premisa fundamental es la garantía de un mínimo de protección social (*social protection floor*) para todas las personas. El propósito es superar el déficit de protección de los derechos laborales y sociales fundamentales que afecta a quienes se encuentran dentro de un contexto en el que proliferan las formas de trabajo no estándar, la informalidad y la precariedad de las condiciones materiales de vida²¹.

En síntesis, la agenda de trabajo decente persigue un modelo de desarrollo socialmente sostenible con trabajo productivo y protección social adecuada²². En este caso, ha sido relevante una comprensión de la igualdad material o sustantiva y la garantía de la dignidad humana como núcleo esencial del derecho del trabajo. Estos objetivos se alcanzan mediante el cumplimiento de las obligaciones positivas a cargo de los Estados y de otros actores vinculados al mundo del trabajo. Como destaca FRANCIS MAUPAIN, uno de los valores añadidos del concepto de trabajo decente es un esfuerzo por demostrar la complementariedad e interdependencia entre las distintas aristas de protección de los derechos de los trabajadores y su correspondencia con los objetivos de la OIT²³.

1.3. LA GARANTÍA DE UNOS DERECHOS MÍNIMOS DE PROTECCIÓN SOCIAL (*SOCIAL PROTECTION FLOOR*) PARA TODAS LAS PERSONAS

Un año después de la Declaración de 2008 se aprobó el *Pacto Mundial para el Empleo*. El Pacto del año 2009 estableció los mecanismos adecuados para fomentar una protección social básica para todos mediante el *social protection floor*²⁴. Este concepto se refiere a un conjunto de

²⁰ CHACARTEGUI JÁVEGA, CONSUELO. *Dignidad de los trabajadores*. op. cit., p. 18.

²¹ La OIT reconoce la existencia de diversas formas de trabajo que no se ajustan a los parámetros del trabajo estándar y distintos niveles de (des)protección en materia laboral. Por esa razón, un mecanismo para medir el nivel de vulnerabilidad en el que se encuentran las personas que desarrollan su actividad laboral y productiva, dentro de las formas de trabajo no estándar, es la identificación del déficit de trabajo decente en el que desarrollan su trabajo. *Vid.* OIT. “Non-Standard Employment”. op. cit., p. 9.

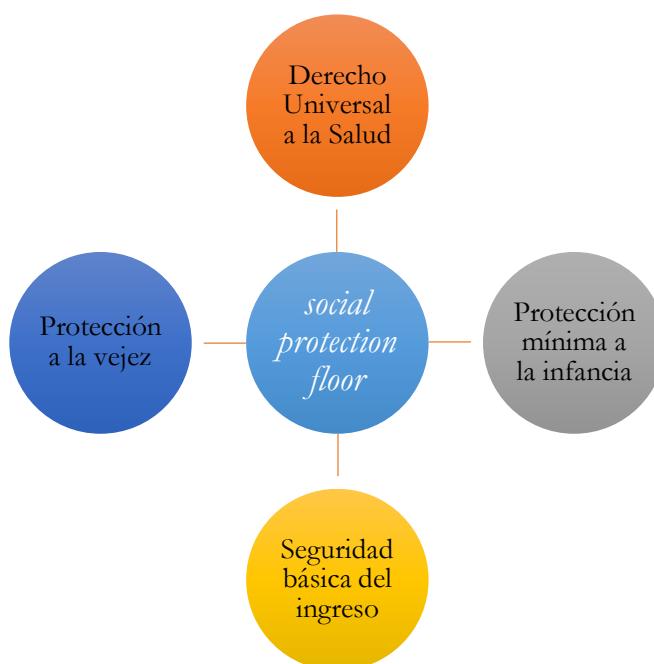
²² El profesor BOB HEPPLÉ destaca las tres dimensiones de la igualdad: formal, material y sustantiva. Esta última tiene tres enfoques: igualdad de resultados, de oportunidades y de dignidad humana. En opinión de HEPPLÉ, los tres enfoques de la igualdad sustantiva están en el centro de la noción de trabajo decente porque destaca expresamente a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la garantía de las condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana e incorpora el elemento de universalidad en la garantía de los derechos. HEPPLÉ, BOB. “Equality and empowerment”. op. cit., pp. 11-12.

²³ MAUPAIN, FRANCIS. “Revitalisation Not Retreat”. op. cit., pp. 135-136.

²⁴ OIT. “Para recuperarse de la crisis: un pacto mundial para el empleo”. Adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 98ª reunión, Ginebra, 2009.

prestaciones básicas de seguridad social que deben ser garantizadas por los Estados a todas las personas durante todo el ciclo de vida. El objetivo de esa garantía mínima es prevenir o aliviar la pobreza y la vulnerabilidad social²⁵.

El esquema de *social protection floor* también contiene cuatro garantías básicas: i) el derecho a la salud con cobertura universal y la protección a la maternidad; ii) el acceso de la infancia a un nivel mínimo de alimentación, educación, cuidados y otros bienes o servicios; iii) la seguridad básica del ingreso para todas las personas en edad de trabajar, en especial, para aquellas que no tienen recursos económicos suficientes (e.g. enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez) y iv) la protección a la vejez (Gráfica 11).



Gráfica 11. Elaboración propia.

Con el fin de garantizar los elementos del *social protection floor*, el Consejo de Administración de la OIT identificó el marco jurídico correspondiente. Este se encuentra conformado por los instrumentos (convenios y recomendaciones) de la misma OIT que permiten extender la protección social a todas las personas que la necesitan. Como resultado de ese proceso, la OIT también procuró la actualización de esos cuerpos normativos. En concreto, la Organización señaló que el cuerpo normativo está compuesto por dos recomendaciones²⁶ y

²⁵ OIT. “El Piso de Protección Social para una globalización equitativa e inclusiva”, Ginebra, 2011, pp. XXVI-XXVIII y OIT. Recomendación 202 de 2012 (artículo 6).

²⁶ OIT. Recomendación 67 de 1944 sobre la seguridad social de los medios de vida y OIT. Recomendación 69 de 1944 sobre la asistencia médica.

seis convenios²⁷ que el Consejo de Administración de la OIT considera como actualizados y fundamentales en materia de seguridad social y protección a la maternidad²⁸.

A partir de ese análisis, la OIT identificó que era necesario aprobar un instrumento específico o una recomendación autónoma sobre el *social protection floor*. Ese vacío se superó con la aprobación de la Recomendación 202 de 2012 sobre los pisos de protección social. Esta complementa las normas obligatorias en materia de seguridad social que se indicaron previamente y entrega a los Estados una hoja de ruta flexible para el establecimiento de todas las garantías mínimas dentro de sus sistemas de protección y seguridad social.

Los objetivos principales de la Recomendación 202 son la garantía de la seguridad social como un derecho humano, mejorar las condiciones de vida de las personas más vulnerables y facilitar el cumplimiento de los compromisos internacionales de los Estados frente a los instrumentos de derechos humanos que ordenan la protección de la seguridad social.

A pesar de que cada Estado puede elegir los medios para garantizar los cuatro pilares del *social protection floor* indicados previamente (*Gráfica 9*), la Recomendación 202 advierte la necesidad de combinar una dimensión horizontal guiada por el derecho interno y las condiciones particulares de cada Estado con una dimensión vertical guiada por el derecho internacional del trabajo. Eso quiere decir que las medidas adoptadas dentro del marco internacional del *social protection floor* deben ser incorporadas efectivamente por los instrumentos jurídicos internos para que las personas conozcan cuáles son sus derechos y el alcance de la protección. Este es uno de los avances más importantes porque se crean redes de interacción normativa entre el derecho nacional y el derecho internacional del trabajo.

Los Estados también deben diseñar herramientas procedimentales para que las personas puedan reclamar el cumplimiento de sus derechos. Como se indicará más adelante, este requisito tiene una conexión estrecha con el debate sobre la exigibilidad de los derechos sociales.

El nuevo marco regulatorio de la OIT pretende la protección de todas las personas que trabajan. Eso significa que no solo se protege a quien trabaja bajo una dirección vertical y jerárquica (empleado-empleador) sino que se protege a todas las personas que trabajan. El objetivo de este enfoque de la OIT es lograr la igualdad entre grupos desfavorecidos (e.g.

²⁷ OIT. Convenio 102 de 1952 sobre la seguridad social; OIT. Convenio 121 de 1964 sobre las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; OIT. Convenio 128 de 1967 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes; OIT. Convenio 130 de 1969 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad; OIT. Convenio 168 de 1988 sobre el fomento al empleo y la protección contra el desempleo; OIT. Convenio 183 de 1983 sobre protección a la maternidad; OIT. Convenio 118 de 1962 sobre la igualdad de trato y OIT. Convenio 157 de 1982 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social.

²⁸ OIT. “El Piso de Protección Social”. op. cit., p.11.

minorías, grupos étnicos y personas en situación de discapacidad). La OIT se refiere a este enfoque como una perspectiva de igualdad horizontal entre trabajadores²⁹.

En conclusión, el *social protection floor* pretende asegurar una vida en condiciones dignas y un trabajo decente en el marco de la globalización económica mediante la satisfacción de las cuatro garantías básicas e imprescindibles que todo ser humano requiere a lo largo de su vida. La titularidad de estos derechos trasciende a las personas con una relación de trabajo estándar y facilita la protección de colectivos marginados, que se encuentran en situaciones laborales no estándar o que trabajan dentro de la economía informal.

La garantía de los derechos del *social protection floor* forma parte de un proceso de transición de la informalidad hacia la formalidad. Para lograr este propósito, la OIT señala la necesidad de incorporar modificaciones en la legislación laboral y administrativa que faciliten esa transición. En efecto, para la Organización es esencial:

“(…) un proceso de legalización que integre a los trabajadores y a las empresas informales dentro del marco legal, de forma que estén registrados, reconocidos y protegidos. El trabajo informal puede tratarse como un problema jurídico en el sentido de que el derecho laboral no se aplica o no se hace cumplir de forma eficaz. Por una parte, la legalización implicaría la reforma de la legislación laboral y de la administración laboral para dar prioridad a la plena aplicación en la economía informal de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Las leyes deben cumplirse, el sistema judicial debe ser eficaz e imparcial y el trabajador ordinario debe conocer sus derechos y tener acceso al sistema jurídico. Por otra parte, la legalización implicaría simplificar las normas y procedimientos para gestionar empresas mejorando la transparencia y la coherencia en la aplicación de las normas y los procedimientos y reduciendo los costos de transacción. La meta sería mejorar los aspectos beneficiosos relacionados con la protección y con las normas del derecho y simplificar los aspectos represivos o limitadores, de forma que todas las empresas y trabajadores pudieran observarlos en mayor medida”³⁰.

De lo anterior se infiere que la prioridad de la OIT es la formalización de los trabajadores informales a través del fomento a la creación de empleos formales y la extensión de los principios y las garantías del trabajo decente a quienes están en la economía informal. Del mismo modo, el *social protection floor* busca garantizar el ingreso mínimo durante todo el ciclo de vida y el acceso al derecho a la salud.

En ese marco, el Convenio 102 de 1952 de la OIT ‘sobre la seguridad social’ se configura como un instrumento que busca extender ese tipo de protección. Se trata de aspectos complementarios y circulares, en los que, a medida que se busca un mayor y mejor empleo formal, se mejoran las condiciones de vida de todos los trabajadores. A su vez, las mejores

²⁹ HEPPLER, BOB. “Equality and empowerment”. op. cit., p. 12.

³⁰ OIT. “El trabajo decente y la economía informal”. op. cit., pp. 6-7.

condiciones de vida garantizarán la creación de mejores empleos y mejores condiciones de trabajo.

El cambio de paradigma dentro de la OIT ha sido paralelo a una transformación semejante ocurrida en el sistema de la Organización de Naciones Unidas. En efecto, en la ONU se han establecido obligaciones para distintos actores en relación con el desarrollo sostenible. Uno de los ejes esenciales del desarrollo sostenible es la garantía de un trabajo decente para todas las personas, la protección de la dignidad humana, la reducción de la desigualdad, la erradicación de la pobreza y la consecución de la igualdad de género. Además, se incluye la garantía de un conjunto de derechos sociales mínimos, como: el ingreso mínimo, la salud, la alimentación, la educación y el cuidado.

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) también refuerzan la urgencia de protección de los derechos del trabajo³¹. Estos objetivos comprenden el trabajo decente y otros aspectos relacionados con las condiciones de vida dignas y adecuadas para todas las personas. Varios de estos objetivos son considerados como *social protection floor*. El impulso internacional para su cumplimiento desborda el ámbito de la regulación del trabajo porque se trata de objetivos de toda la humanidad para lograr un desarrollo sostenible.

Como se puede inferir, el contenido del *social protection floor* promovido desde la OIT y el contenido del desarrollo sostenible promovido desde la ONU son coincidentes y compatibles. Lo anterior significa que existe una red de instrumentos internacionales con diferentes grados de exigibilidad y que tienen fuerza vinculante progresiva (*soft law* y *hard law*) así como instrumentos de naturaleza jurídica híbrida (*self regulation*) que se refieren a instrumentos de gobernanza global y que operan como instrumentos interdependientes e interactivos en la garantía de estos objetivos. En clave multinivel, estos instrumentos generan alternativas de transición de la informalidad hacia la formalidad. Además, estos instrumentos no solo vinculan y comprometen a los Estados, sino que les imponen responsabilidades a los actores privados (e.g. empresas) en el cumplimiento de objetivos comunes de orden global, responsabilidades que en algunos casos pueden ser responsabilidades jurídicas y en otros generan un reproche ético³².

A todo lo anterior se suma el denominado *Global Compact*. Este instrumento de gobernanza establece un compromiso empresarial con el desarrollo sostenible y concreta diez principios

³¹ Los objetivos de desarrollo sostenible son: i) el fin de la pobreza, ii) hambre cero, iii) salud y bienestar, iv) igualdad de género, v) agua limpia y saneamiento, vi) energía asequible y no contaminante, vii) trabajo decente, viii) crecimiento económico e industrial, ix) innovación e infraestructura, x) reducción de la desigualdad, xi) ciudades y comunidades sostenibles, xii) producción y consumo responsables, xiii) acción por el clima, xiv) vida submarina, xv) vida de ecosistemas terrestres, xvi) paz, justicia e instituciones sólidas para avanzar en el logro de estos objetivos.

³² La vinculación de los actores privados en el cumplimiento de estas obligaciones se puede generar a través de Códigos de Conducta y de Acuerdos Marco Transnacionales. Sobre estos últimos se puede consultar: CANALDA CRIADO, SERGIO. *Acuerdos Marco Transnacionales y Derechos Sociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 139-159.

en materia de derechos humanos³³, trabajo³⁴, medio ambiente³⁵ y anticorrupción³⁶. Las obligaciones empresariales en materia de trabajo reafirman íntegramente el deber de respetar el núcleo fundamental del derecho del trabajo y buscar mecanismos para proteger los derechos laborales fundamentales.

En el mismo sentido, en el año 2006, la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización señaló la importancia de establecer normas justas que sean aplicadas de manera equitativa e instituciones globales que estén más cerca de la gente. El objetivo es una globalización incluyente, democrática, que respete la dignidad y los derechos humanos³⁷. Esta plataforma plantea nueve puntos vertebrales: i) un enfoque centrado en las personas, ii) un Estado democrático y eficaz, iii) un desarrollo sostenible, iv) mercados productivos y equitativos³⁸, v) reglas justas³⁹, vi) una globalización solidaria, vii) una mayor responsabilidad ante las personas⁴⁰, viii) asociaciones más comprometidas⁴¹ y ix) unas Naciones Unidas eficaces.

El contenido de algunos de estos elementos tiene una relación directa con el mundo del trabajo. La idea es que el ser humano sea el centro de la globalización, lo cual implica, el respeto de los derechos individuales y colectivos de todas las personas, el trabajo decente y la igualdad de género.

³³ En el *Global Compact*, los dos compromisos de las empresas relacionados con los derechos humanos son: i) respaldar y respetar la protección de derechos humanos proclamados a nivel internacional y ii) asegurarse de no ser cómplices de abusos de derechos humanos.

³⁴ En el *Global Compact*, los cuatro compromisos de las empresas frente al trabajo son: i) defender la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; ii) la eliminación del trabajo forzado y obligatorio en todas sus formas; iii) la abolición efectiva del trabajo infantil y iv) la eliminación de la discriminación respecto del trabajo y el empleo.

³⁵ En el *Global Compact*, los tres compromisos de las empresas frente al medio ambiente son: i) respaldar un enfoque preventivo ante los cambios ambientales; ii) emprender iniciativas para promover una mayor responsabilidad medioambiental y iii) fomentar el desarrollo y la difusión de tecnologías responsables sobre el punto de vista ambiental.

³⁶ En el *Global Compact*, el compromiso de las empresas frente a la corrupción es trabajar contra la corrupción en todas sus formas, entre ellas, la extorsión y el soborno.

³⁷ ONU y OIT. “Por una Globalización Justa: crear oportunidades para todos”. Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, 1ª ed., Suiza, 2004.

³⁸ Este elemento se refiere a la necesidad de disponer de instituciones coherentes que promuevan oportunidades y buenas prácticas empresariales.

³⁹ Este elemento se refiere a la igualdad material para las personas y los Estados. Este enfoque tiene dos elementos: las reglas de la economía global deben ofrecer igualdad de oportunidades a todos los países y se deben reconocer las diferencias en cuanto a las capacidades y necesidades de desarrollo de cada país.

⁴⁰ Este elemento es uno de los núcleos duros de la globalización actual porque señala la responsabilidad de los actores públicos y privados sobre los resultados de la globalización. Es necesario ser democráticamente responsables por las políticas que aplican como por las medidas que se adoptan.

⁴¹ Este elemento invita a asumir compromisos éticos por parte de todos los actores empresariales, sociales, institucionales, estatales y sindicales.

En suma, todo el nuevo marco regulatorio de la OIT se puede sintetizar en la vinculación de instituciones y sectores a nivel global en el cumplimiento de siete tareas concretas que configuran una estrategia integrada para lograr: i) el crecimiento y la generación de empleos de calidad, ii) entornos normativos que garanticen el cumplimiento de las normas internacionales del trabajo y los derechos fundamentales, iii) el impulso a la organización, al diálogo social y a la representación de los trabajadores, iv) la garantía de igualdad y no discriminación en razón de género, estado serológico, etnia, raza, casta, edad o situaciones de discapacidad, v) el impulso a la iniciativa empresarial y a las competencias profesionales, a la financiación, gestión y acceso a los mercados, vi) la extensión de la protección social a través de los pisos de protección social y sistemas de seguridad social y vii) estrategias de desarrollo rural y urbano⁴².

Este marco regulatorio busca garantizar una globalización más justa y equitativa. Una globalización que garantice a más personas el disfrute de derechos básicos para una vida digna. Entre los medios para alcanzar ese objetivo se encuentra el mecanismo de transición de la informalidad hacia la formalidad por medio de la garantía del *social protection floor*.

En el caso concreto del trabajo doméstico y del cuidado informal, la garantía de todos los derechos fundamentales del trabajo puede ser problemática. No obstante, la garantía de un *social protection floor* puede ser extendida a quienes tienen un familiar en situación de dependencia y deciden cumplir con la obligación del cuidado de manera directa.

2. LA VISIBILIZACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO EN EL MARCO DE UNA RELACIÓN DE EMPLEO: INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

La OIT considera que el trabajo doméstico que se realiza de manera remunerada y en el marco de una relación de empleo es una de las actividades expuestas a un mayor grado de vulnerabilidad dentro de la economía informal. De acuerdo con las estimaciones estadísticas de la OIT “mundialmente el noventa por ciento del trabajo doméstico está legalmente excluido de los sistemas de seguridad social”⁴³.

La informalidad económica fue definida por la OIT como un fenómeno complejo. La OIT estableció una serie de criterios que permiten determinar si una actividad hace parte de la economía informal. En este orden de ideas, la OIT entiende como parte de la economía informal a los trabajadores cuya “relación de empleo no está sujeta a la legislación laboral habitual y al pago de impuestos, y no disfrutan de protección social o del derecho a ciertas prestaciones laborales”⁴⁴. Por consiguiente, la OIT ha señalado que “los actores pueden ser

⁴² OIT. “La transición de la economía informal a la economía formal”. Informe V (1). Conferencia Internacional del Trabajo 103ª reunión, 2014, Ginebra, p. 15.

⁴³ OIT. “Protección social del trabajo doméstico, tendencias y estadísticas”. op. cit., p. XI.

⁴⁴ OIT. “El trabajo decente y la economía informal”. op. cit., p. 140.

informales si se presentan los siguientes supuestos: carecen de protección social, de derechos en el trabajo o bien, no tienen representación ni voz en el lugar de trabajo”⁴⁵.

De acuerdo con esos parámetros de la OIT, el trabajo doméstico se ha caracterizado por ser predominantemente informal porque su regulación es casi inexistente en los diversos ordenamientos jurídicos⁴⁶. En efecto, un análisis comparado permite concluir que la regulación del trabajo doméstico por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales es diversa. En general, se puede hablar de cuatro situaciones: i) la exclusión del sistema jurídico general del trabajo; ii) la inexistencia de una alusión específica al trabajo doméstico; iii) la incorporación de algunas reglas específicas en los códigos laborales y iv) la incorporación de normas de carácter especial para la ocupación con una protección inferior a la que reciben otras categorías de trabajadores⁴⁷.

En este marco, D’SOUZA señala que, tanto el problema del déficit de trabajo decente en el trabajo doméstico como la explotación y el abuso del que son víctimas las personas que trabajan en el servicio doméstico, se debe a la falta de reconocimiento de la actividad como un verdadero trabajo⁴⁸. Esta falta de reconocimiento tiene implícito un problema de ausencia de valor atribuido al trabajo doméstico derivado de factores como la asociación de tareas invisibilizadas y realizadas tradicionalmente por mujeres. En este sentido, la negación del carácter laboral del trabajo doméstico se ve reflejado en algunos ordenamientos jurídicos nacionales cuando la legislación desconoce esta forma de trabajo⁴⁹. En algunos países, el trabajo doméstico no es un empleo con todas las características propias de una relación laboral estándar y no le puede ser aplicado el marco general de las legislaciones laborales ordinarias⁵⁰.

Algunos factores intrínsecos al trabajo doméstico generan un entorno propicio para que este se desarrolle en la informalidad económica. Por ejemplo, la domesticidad, el velo de privacidad y la inaccesibilidad en las cuales se desarrolla el cuidado dificultan el cumplimiento de las normas y la verificación de las condiciones de trabajo. A este factor se suma la fuerte

⁴⁵ OIT. “La economía informal y el trabajo decente”. op. cit., p. 5.

⁴⁶ MCCANN, DEIRDRE. “New Frontiers of Regulation: Domestic work, working condition, and the holistic assessment of nonstandard work norms”. *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 34, n° 1, 2012, p. 1.

⁴⁷ RAMIREZ MACHADO, JOSÉ MARIA. “Domestic Work, Conditions of Work and Employment: A legal perspective”. *Conditions of Work and Employment Series*, n° 7, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003, pp. 9-14 y 64.

⁴⁸ D’SOUZA, ASHA. *Camino del trabajo decente para el personal del servicio doméstico: panorama de la labor de la OIT*. Documento de Trabajo de la Oficina de la OIT para la Igualdad de Género, n° 2, Ginebra, 2010, p. 1.

⁴⁹ OIT. “La economía informal y el trabajo decente”. op. cit., p. 4.b1.

⁵⁰ OIT. “Trabajo decente para los trabajadores domésticos”. Conferencia Internacional del Trabajo (99ª reunión), Ginebra, 2010, p. 1.

feminización del cuidado que determina la subvaloración de esta modalidad de trabajo, su desconocimiento y su precarización⁵¹.

Desde luego, también incide la existencia de un paradigma naturalista, de acuerdo con el cual, el trabajo doméstico está asociado al trabajo no remunerado desarrollado por las mujeres dentro del esquema de las sociedades industriales. TOMEI señala que una de las razones que explican la informalidad y la precariedad del trabajo del cuidado es justamente el trabajo desarrollado por las mujeres al interior del hogar sin remuneración y su infravaloración sistemática⁵².

La baja calificación social atribuida a este trabajo también se explica porque, además del género, quienes desarrollan el trabajo doméstico tienen otros perfiles como el origen nacional y la condición de migrantes. Esto genera un nicho de discriminación múltiple para quienes desarrollan este tipo de trabajos porque se trata de sujetos no empoderados social ni judicialmente.

El alto grado de informalidad de la relación laboral del servicio doméstico también permite hacer un diagnóstico sobre el déficit de trabajo decente en el trabajo doméstico⁵³. Los criterios para hacer esa evaluación son: las condiciones de trabajo, la seguridad social y el diálogo social⁵⁴. Sobre ese diagnóstico, la OIT ha resaltado la importancia de garantizar unas condiciones de trabajo decente para estos trabajadores y un estándar mínimo de protección que les garantice unas mejores condiciones de trabajo, una seguridad social extensiva a casos como la maternidad y el fomento del diálogo social.

En efecto, en el año 2010, la OIT hizo un llamado a la reglamentación específica del trabajo doméstico mediante un instrumento que tuviera en cuenta los postulados del trabajo decente para todos y que los definiera al caso concreto de esta modalidad de trabajo. De acuerdo con la OIT, se debían seguir tres vías. Por una parte, reconocer el trabajo del cuidado en el hogar como una actividad inscrita en el mandato de la OIT para promover el trabajo decente para

⁵¹ De acuerdo con la OIT, en el año 2013, el 80% de las personas que trabajaban en el sector del servicio doméstico eran mujeres. *Vid.* OIT. “Protección social del trabajo doméstico, tendencias y estadísticas”. op. cit., p. 2.

⁵² TOMEI, MANUELA. “Decent Work for Domestic Workers: Reflections on Recent Approaches to Tackle Informality”. *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 23, n° 1, 2011, p. 186.

⁵³ Para D’SOUZA, las condiciones de trabajo de quienes se dedican al trabajo doméstico del cuidado son: una mala remuneración, inseguridad sobre las tareas y los horarios de trabajo, exclusión del beneficio de prestaciones sociales y restricción de las licencias remuneradas o los permisos. Además, según el autor, los trabajadores están expuestos a periodos de prueba prolongados, alojamiento inadecuado o en condiciones de indignidad, alteraciones arbitrarias de los contratos de trabajo y problemas en el control de las condiciones a través de la inspección de trabajo. En conclusión, las condiciones precarias se ahondan con su invisibilización porque hay un factor de aislamiento y vulnerabilidad en el entorno laboral que limita o restringe el ejercicio y disfrute de derechos como la negociación colectiva. *Vid.* D’SOUZA, ASHA. *Camino del trabajo decente*. op. cit., p. v.

⁵⁴ Las características propias del trabajo doméstico y la posición subalterna del trabajador como barreras para los procesos de asociación y negociación: D’SOUZA, ASHA. *Camino del trabajo decente*. op. cit., pp. 20-25.

todas las personas. En segundo lugar, promover la protección de los trabajadores que desarrollan sus actividades dentro de la economía informal como parte del cumplimiento de los propósitos trazados en el año 2002 por la Conferencia Internacional del Trabajo sobre el trabajo decente y la economía informal. Finalmente, impulsar la idea de una globalización equitativa en consonancia con la resolución de la OIT en materia de trato justo para trabajadores migrantes en una economía global y del *Marco Multilateral de las Migraciones Laborales* con el fin de combatir “entre otras cosas, algunas de las peores formas de migración laboral uno de los fenómenos que perpetúan las formas contemporáneas de trabajo forzoso”⁵⁵.

Como se puede inferir, las políticas que hacen parte del trabajo decente y, en concreto, aquella relacionada con el fomento del empleo indican que la OIT no tiene como objetivo la abolición del trabajo doméstico del cuidado. Por el contrario, la OIT reconoce y acepta que esta es una de las formas de empleo más frecuente para las mujeres y constituye un mecanismo para que las personas con responsabilidades familiares se inserten con mayor facilidad en el mercado de trabajo. Desde la OIT también se “reconocen las consecuencias éticas de privar a esta categoría, aislada y vulnerable de trabajadores de una normativa eficaz y de protección social”⁵⁶. Por esa razón, para la OIT es necesario establecer reglas más claras para el desarrollo de este trabajo para que este tenga un estatus jurídico con la reglamentación de las condiciones de trabajo y la estipulación de un marco de protección social para “reconocer no solo la importancia de la economía del servicio doméstico y los quehaceres que realiza la familia, sino también la dignidad inherente al cuidado del prójimo”⁵⁷.

Sin duda, todos estos precedentes y la plataforma del trabajo decente impulsaron la aprobación del Convenio 189 y de la Recomendación 201. Estos dos instrumentos pretenden tener un impacto vertebral en esta modalidad de trabajo ya que “es una de las ocupaciones, en las que el déficit de trabajo decente es mayor y en las que todavía tienen lugar situaciones próximas a las de la esclavitud”⁵⁸. Adicionalmente, la OIT aboga por que se comprenda que el cuidado es una actividad dignificadora en cuanto resulta necesaria para la vida. La OIT también pretende visibilizar las necesidades y la relevancia de un trabajo históricamente marginado dentro del contexto social y económico actual.

Por último, es importante resaltar que, una parte del impulso para la aprobación de un Convenio específico que garantice el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, tiene relación con el aumento de la demanda global del trabajo doméstico remunerado. El crecimiento de la demanda se ha producido por factores como el aumento de las mujeres dentro del mercado laboral, la disminución del trabajo doméstico no remunerado realizado al interior del hogar, el envejecimiento de la población, la reducción

⁵⁵ OIT. “Trabajo decente para los trabajadores domésticos”. op. cit., p. 16.

⁵⁶ OIT. “Trabajo decente para los trabajadores domésticos”. op. cit., p. 16.

⁵⁷ OIT. “Trabajo decente para los trabajadores domésticos”. op. cit., p. 16.

⁵⁸ D’SOUZA, ASHA. *Camino del trabajo decente*. op. cit., p. 22.

de los Estados de bienestar y, por consiguiente, de las prestaciones sociales de servicios del cuidado para los adultos mayores, las personas enfermas, los niños y las niñas. El aumento de la demanda y el surgimiento de las cadenas internacionales del cuidado generaron un mayor interés e impulsaron la protección convencional de este colectivo que -como ya se señaló- es altamente vulnerable⁵⁹.

Como se mostrará en la siguiente sección, con la aprobación del Convenio 189 se da inicio a un proceso de transición desde un estatus de marginalidad social hacia un estándar de trabajo decente. Es importante señalar desde ahora que el Convenio 189 reconoce a los trabajadores domésticos en cuanto trabajadores y deja de lado los elementos del paternalismo que habían caracterizado a esta relación de trabajo. En efecto, el Convenio 189 persigue que los trabajadores agencien sus propios intereses mediante la organización social y sindical. Por último, pero no menos importante, el Convenio permite una reconceptualización del hogar como lugar de trabajo⁶⁰.

Además de reconocer derechos a las trabajadoras y trabajadores domésticos, este instrumento convencional también permite regular y desarrollar los derechos que ya estaban reconocidos internacionalmente para todos los colectivos de trabajadores a través de la *Declaración de principios y derechos fundamentales de la OIT*. Según se dirá a continuación, el Convenio 189 facilita establecer disposiciones específicas para enfrentar los problemas concretos de las trabajadoras, trabajadores y sus empleadores con lo cual se disminuyen los abusos en las condiciones de trabajo de este colectivo históricamente marginado. Se trata, sin duda alguna, de un paso adelante hacia la garantía de un trabajo decente para todas las personas⁶¹.

Además, el Convenio 189 de la OIT puede ser un instrumento importante para avanzar a través del efecto espejo hacia el reconocimiento institucional de que el trabajo doméstico y del cuidado realizado sin una finalidad monetaria y por fuera de las fronteras clásicas de laboralidad es un verdadero trabajo que también se desarrolla predominantemente en la informalidad. Este es un presupuesto relevante para avanzar hacia la búsqueda de mecanismos concretos de protección de estos trabajadores.

⁵⁹ Sobre la importancia de garantizar un trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos en el marco de su situación de informalidad: TOMEI, MANUELA y BELSER, PATRICK. "New ILO standards on decent work for domestic workers: A summary of the issues and discussions". *International Labour Review*, vol. 150, n° 3-4, 2011, p. 438.

⁶⁰ BLACKETT, ADELLE. "Regulating Decent Work for Domestic Workers". *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 23, n° 1, 2011, pp. 11-12.

⁶¹ Como señala BLACKETT, las vidas y los trabajos de los trabajadores domésticos están fuertemente regulados por normas no estatales, lo que varía es la protección material en cada uno de los ordenamientos jurídicos en razón de un contexto cultural particular. *Vid.* BLACKETT, ADELLE. "Regulating Decent Work". op. cit., p. 23.

2.1. LA PROTECCIÓN CONVENCIONAL DEL TRABAJO DOMÉSTICO: LOS DERECHOS LABORALES COMO DERECHOS HUMANOS

Desde principios del siglo XX, la protección jurídica y social del trabajo doméstico ha sido una preocupación de la OIT⁶². El aumento progresivo del interés de la OIT por el trabajo doméstico se debió al incremento de la demanda del trabajo doméstico remunerado a partir de la gran depresión de 1929, a la mayor afluencia de los procesos migratorios y a la preocupación por las condiciones de trabajo en los antiguos territorios coloniales que se declaraban independientes⁶³. En la segunda mitad del siglo XX, también influyeron las críticas al régimen de *Apartheid* y, en concreto, a las condiciones de esclavitud a las que se encontraban sometidas las trabajadoras domésticas⁶⁴.

En ese contexto, el primer objetivo de la OIT fue identificar las condiciones de vulnerabilidad en el desarrollo de un trabajo considerado insuficientemente protegido y demostrar la importancia de establecer unas normas mínimas de protección sobre los horarios de trabajo, las condiciones de trabajo y la formación profesional⁶⁵. Por ejemplo, en la Resolución sobre las condiciones de empleo de los trabajadores domésticos de 1965 se instó a los Estados miembros a:

“(...) hacer todo lo posible para promover el establecimiento de medidas de protección a favor de los trabajadores domésticos, entre otros fines, para regular el horario de trabajo y demás condiciones de empleo, así como la formación profesional de estos trabajadores de acuerdo con las normas de la Organización Internacional del Trabajo”⁶⁶.

⁶² Algunas de las normas internacionales aprobadas a principios del siglo XX sobre el trabajo doméstico fueron: OIT. Convenio 24 de 1927 sobre el seguro de enfermedad de los trabajadores de la industria, del comercio y del servicio doméstico; OIT. Convenio 35 de 1933 sobre seguro obligatorio de vejez de los asalariados en las empresas industriales y comerciales, en las profesiones liberales, en el trabajo a domicilio y en el servicio doméstico; OIT. Convenio 37 de 1933 relativo al seguro obligatorio de invalidez de los asalariados en las empresas industriales y comerciales en las profesiones liberales en el trabajo a domicilio y en el trabajo doméstico. Sin embargo, actualmente estos Convenios no tienen seguimiento por parte de la OIT porque fueron considerados obsoletos o superados. Además de los anteriores Convenios, se pueden incluir: OIT. Convenio 29 de 1930 sobre el trabajo forzoso; OIT. Convenio 33 de 1932 sobre edad mínima en trabajos no industriales y OIT. Convenio 78 de 1946 sobre el examen médico de los menores en trabajos no industriales.

⁶³ SALCEDO BELTRÁN, MARÍA CARMEN. “La relación laboral especial del hogar familiar: ámbito de aplicación, contratación y extinción”. En: ESPUNY TOMÁS, MARÍA JESÚS y GARCÍA GONZÁLEZ, GUILLERMO (coords.). *Relaciones laborales y empleados del hogar, reflexiones jurídicas*. Dykinson, Madrid, 2014, p. 105. También se puede consultar: D’SOUZA, ASHA. *Camino del trabajo decente*. op. cit., pp. 46-50.

⁶⁴ OIT. “Trabajo decente para los trabajadores domésticos”. op. cit., p. 103.

⁶⁵ Sobre la evolución normativa de la OIT en la protección del trabajado doméstico: OELZ, MARTÍN. “El Convenio y la Recomendación de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Una oportunidad para la justicia social”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 133, nº 1, 2014, pp. 165 y 166. También se puede consultar: BLACKETT, ADELLE. “Regulating Decent Work”. op. cit., pp. 6-11.

⁶⁶ OIT. “Resolución sobre las condiciones de empleo de los trabajadores domésticos”. Adoptada el 23 de junio de 1965 (49ª Sesión).

En esta Resolución de 1965, la OIT llamó la atención sobre algunos ejes de protección de las condiciones del trabajo doméstico como elementos esenciales de la justicia social. En ese momento, la Conferencia Internacional del Trabajo le solicitó al Consejo de Administración de la OIT que investigara, profundizara e identificara los principales problemas del trabajo doméstico con un enfoque de género y que siguiera trabajando hacia la consolidación de un instrumento de protección específico⁶⁷. Como se verá a continuación, ese objetivo solo se cumplió medio siglo después.

En efecto, a pesar de los antecedentes normativos del siglo XX, la OIT solo logró materializar un cuerpo de normas mínimas para la protección del trabajo doméstico hasta el año 2011 cuando se aprobaron el Convenio 189⁶⁸ y la Recomendación 201⁶⁹. Se trata de un sistema de derechos mínimos porque “no menoscaban los niveles de protección más elevados que puedan establecerse en el ámbito nacional”⁷⁰.

De acuerdo con CORDERO GORDILLO, el Convenio 189 y la Recomendación 201 representan un “hito en la protección de los trabajadores domésticos a escala mundial”⁷¹. La autora fundamenta su tesis en el reconocimiento de igualdad de condiciones para el trabajo doméstico en relación con los derechos fundamentales de la OIT y en el establecimiento de normas mínimas del trabajo y de la seguridad social. En el mismo sentido, SALCEDO BELTRÁN resalta que uno de los aspectos más interesantes del Convenio y de la Recomendación es la calificación del trabajo doméstico como un verdadero trabajo. En su criterio, este reconocimiento tiene implicaciones de gran calado que se proyectan sobre la protección de los derechos humanos de todos los trabajadores domésticos y constituye un fortalecimiento de sus garantías específicas en el ámbito laboral⁷².

El Convenio 189 de 2011 tiene la misma estructura que los demás Convenios de la OIT. Sin embargo, aquel establece un vínculo tácito entre el derecho internacional del trabajo y las normas internacionales sobre derechos humanos. Este es un elemento innovador que se evidencia en el Preámbulo y en el artículo 3 del Convenio. En efecto, en estas dos disposiciones se establece que los Estados deben adoptar las medidas que aseguren la promoción y la protección efectiva de los derechos humanos de todos los trabajadores domésticos de conformidad con el Convenio. Según OELZ, se trata de una:

⁶⁷ OIT. “Resolución sobre las condiciones de empleo de los trabajadores domésticos”. Adoptada el 23 de junio de 1965 (49ª Sesión).

⁶⁸ OIT. Convenio 189 de 2011 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos (vigente desde el 5 de septiembre de 2013).

⁶⁹ OIT. Recomendación 201 de 2011 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos.

⁷⁰ OELZ, MARTÍN. “El Convenio y la Recomendación de la OIT”. op. cit., p 173 y OIT. Convenio 189 de 2011 (artículo 19).

⁷¹ CORDERO GORDILLO, VANESSA. *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar*. RD. 1620/2011, de 14 de noviembre. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 6.

⁷² SALCEDO BELTRÁN, MARÍA CARMEN. “La relación laboral especial”. op. cit., p. 113.

“(…) orientación programática y un enfoque basado en los derechos humanos que no se han expresado en esa forma en otros convenios de la OIT. En el Convenio 189 se vincula explícitamente el principio de los derechos humanos con los diversos aspectos de las condiciones de trabajo y, por tanto, se reconoce que estas están sujetas a las obligaciones internacionales de los miembros en materia de derechos humanos”⁷³.

Antes de analizar el contenido concreto del ámbito y alcance de protección de las disposiciones del Convenio 189 y de la Recomendación 201, es relevante señalar que la motivación de la OIT para buscar mecanismos de protección de los derechos de los trabajadores domésticos es que estos han sido tradicionalmente excluidos de los beneficios normativos reconocidos a otros trabajadores en el ámbito social y laboral. Por esa razón, MCCANN destaca dos aspectos relevantes del Convenio 189. Por una parte, la apertura de las fronteras tradicionales de la regulación normativa que limitaban la protección solo al trabajo estándar. En segundo lugar, la regulación de una relación laboral que se desarrolla en el ámbito privado de la familia con lo cual se lleva el derecho laboral al hogar y se traspasa el velo privado⁷⁴.

Estos dos aspectos son de gran calado para la transición hacia un nuevo paradigma en el que los derechos laborales protegidos son considerados como derechos humanos. Sin embargo, la misma autora advierte que, debido a los procesos de precarización del mercado de trabajo actual, estas normas con estándares mínimos pueden llevar a legitimar la precariedad. Por ejemplo, en el caso concreto del trabajo doméstico, pueden conducir a que se permita el pago por horas y legitimar el mecanismo de flexibilidad laboral⁷⁵.

A pesar de esa importante advertencia, no cabe ninguna duda de que el Convenio 189 de 2011 representa un paso adelante en la visibilización de una tarea subvalorada por los diversos ordenamientos jurídicos nacionales, en los cuales, el trabajo doméstico realizado para un tercero era considerado como un trabajo informal o estaba regulado en normas de carácter especial que establecían un nivel radicalmente inferior de protección respecto de otros trabajadores. Además, la regulación internacional del trabajo doméstico es un ejemplo paradigmático de extensión de la protección jurídica de trabajadores históricamente excluidos e informales. A continuación, se describen los elementos esenciales del ámbito y alcance de protección del Convenio 189 y de la Recomendación 201.

⁷³ OELZ, MARTÍN. “El Convenio y la Recomendación de la OIT”. op. cit., p. 172.

⁷⁴ MCCANN, DEINDRE. “New Frontiers of Regulation”. op. cit., pp. 6-11.

⁷⁵ MCCANN, DEINDRE. “New Frontiers of Regulation”. op. cit., pp. 6-11.

2.2. ÁMBITO Y ALCANCE DE LA PROTECCIÓN AL TRABAJO DOMÉSTICO EN EL CONVENIO 189 Y EN LA RECOMENDACIÓN 201 DE LA OIT

Como se ha señalado previamente, el Convenio 189 de 2011 representó un cambio de paradigma en la protección del trabajo doméstico porque estableció unas normas mínimas de trabajo decente para quienes se dedican a esa actividad de manera dependiente, subordinada y remunerada. En efecto, las normas contempladas en el Convenio 189 se deben considerar como un estándar mínimo de protección que puede ser superado. Por ejemplo, la garantía efectiva del derecho de asociación puede ser un mecanismo útil para mejorar las condiciones de vida de las trabajadoras y trabajadores domésticos, quienes pueden realizar actividades sindicales y negociaciones colectivas para reclamar el reconocimiento de más y mejores derechos⁷⁶.

Mientras eso sucede, se insiste, el mínimo de derechos es el contenido en el Convenio 189 y en la Recomendación 201. Ese estándar básico o mínimo está conformado por tres grupos de disposiciones: i) normas del ámbito y alcance de protección, ii) normas sustantivas y iii) normas procedimentales o de garantía. Dentro del primer grupo (ámbito y alcance de la protección) se encuentran los dos primeros artículos del Convenio. Como se verá más adelante, en esas disposiciones se ofrece una definición general del trabajo doméstico dentro del ámbito de aplicación del Convenio y se precisa el concepto de trabajador doméstico como sujeto de la protección convencional.

Dentro del segundo grupo (disposiciones de carácter sustantivo) se encuentran los artículos 3 a 15 del Convenio 189. Estas normas establecen las diversas esferas de protección para las trabajadoras y trabajadores domésticos y se enfocan en la garantía de un contenido mínimo de los derechos laborales y fundamentales. Entre otros, se garantizan derechos sociales, individuales y colectivos (e.g. derecho de asociación y de sindicalización), dignidad en el trato y en las condiciones de trabajo, protección contra el abuso, acoso y violencia, información detallada sobre las condiciones de trabajo, remuneración y seguridad social. Adicionalmente, estas normas sustantivas ordenan una protección reforzada para tres colectivos específicos: las trabajadoras y los trabajadores domésticos migrantes, las niñas y los niños que trabajan en el servicio doméstico y las trabajadoras y trabajadores domésticos que prestan sus servicios para agentes diplomáticos.

En el tercer grupo de disposiciones se establecen las normas procedimentales y de garantía. En efecto, los artículos 16 y 17 del Convenio señalan la necesidad de que los Estados implementen medidas internas que faciliten a los trabajadores domésticos el acceso a la justicia y a mecanismos administrativos como la queja. También se procura el fortalecimiento y la regulación de la inspección de trabajo. Estas herramientas tienen el objetivo de hacer

⁷⁶ OIT. “En pro del trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Un manual para sindicalistas destinado a promover el Convenio n° 189 de la OIT y el empoderamiento de las trabajadoras y trabajadores domésticos”. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2012, p. III.

efectivo el cumplimiento de los derechos consagrados en la parte sustantiva del Convenio 189 y de la Recomendación 201.

El objeto de esta sección del capítulo son solamente las normas del primer grupo, esto es, las disposiciones sobre el ámbito y alcance de protección con sus elementos objetivos y subjetivos. La razón para enfocarse en esas disposiciones es la siguiente: establecer los límites del alcance normativo y la definición del trabajo doméstico protegido en el marco del Convenio 189.

Como se señaló previamente, el ámbito de alcance y protección se encuentra en los dos primeros artículos del Convenio 189. En esas disposiciones se establece el concepto del trabajo doméstico, los parámetros para determinar quiénes pueden ser considerados como trabajadores domésticos y las actividades excluidas de la protección del Convenio.

El artículo 1 del Convenio hace referencia a los ámbitos objetivo y subjetivo de protección del trabajo doméstico. En el primer ámbito (objetivo) se define a este tipo de trabajo como aquel que es realizado en un hogar u hogares o para estos mismos⁷⁷. Esta definición objetiva del trabajo doméstico se basa en un concepto previo establecido en la Reunión de expertos sobre el estatuto y condiciones del trabajo del servicio doméstico de la OIT celebrada en julio de 1951. En esa Reunión se definió al trabajador doméstico como: “un trabajador remunerado que trabaja en un domicilio (privado), sea cual sea el método y el periodo de remuneración, que pueda estar empleado por uno o varios empleadores que no obtienen ningún beneficio pecuniario por esa labor”⁷⁸.

Según MARTÍN OELZ, de esta definición se pueden destacar dos aspectos. Por una parte, que “tiene en cuenta el hecho de que los trabajadores domésticos trabajan cada vez en mayor medida para varios hogares en paralelo a tiempo parcial”⁷⁹. En segundo lugar, que el concepto de trabajo doméstico del Convenio 189 comprende “todo el conjunto de actividades y servicios domésticos que contribuyen al funcionamiento cotidiano del hogar familiar y al bienestar y desarrollo de sus miembros”⁸⁰.

El alcance de protección objetivo del Convenio 189 debe ser interpretado desde una perspectiva finalista. Esto quiere decir que, dentro del trabajo doméstico, se deben entender incluidas aquellas actividades que se realizan al interior del hogar y aquellas que se realizan

⁷⁷ Vid. OIT. Convenio 189 de 2011 (artículo 1.a).

⁷⁸ El uso de la expresión *doméstico* ha sido discutido por la OIT porque aparece asociada a la *servidumbre*. De hecho, en la Reunión Internacional sobre trabajo doméstico celebrada en Amsterdam (2010), se propuso sustituir el término *trabajadores domésticos* por el de *trabajadores del hogar*. Además, existen otros ejemplos nacionales en los que ha existido un cambio terminológico (e.g. Filipinas y Guatemala) porque se ha reemplazado la expresión *serviente doméstico* por la de *acompañante familiar* y la expresión *trabajo doméstico* por *trabajo en hogares privados*. Vid. D'SOUZA, ASHA. *Camino del trabajo decente*. op. cit., p. 12.

⁷⁹ OELZ, MARTÍN. “El Convenio y la Recomendación de la OIT”. op. cit., p. 173.

⁸⁰ OELZ, MARTÍN. “El Convenio y la Recomendación de la OIT”. op. cit., p. 173.

por fuera de este pero que contribuyen al mantenimiento del hogar familiar. En ese sentido, aunque el Convenio no define taxativamente las actividades comprendidas dentro de la categoría trabajo doméstico, existe una remisión a la lista de tareas de la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones⁸¹. Esa remisión permite identificar algunos servicios que también forman parte del servicio doméstico⁸².

Desde el punto de vista del ámbito de aplicación subjetivo del Convenio se define al trabajador doméstico como “toda persona de género femenino o género masculino, que realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo”⁸³. La delimitación contractual de esta definición debe ser interpretada en el sentido de que se consideran trabajadoras y trabajadores domésticos aquellos empleados contratados por particulares. Estos últimos son, por lo general, los miembros de la familia que se benefician de los servicios⁸⁴.

Esta definición tiene dos límites objetivos y dos límites subjetivos. La primera limitación desde el punto de vista objetivo es que la definición convencional del trabajo doméstico excluye al trabajo doméstico que se realiza de forma esporádica, ocasional o sin que este constituya una ocupación profesional⁸⁵.

En segundo lugar, desde el punto de vista objetivo, quedan excluidos del ámbito de protección convencional las personas que realizan trabajos en su propio domicilio para el beneficio de otros hogares (e.g. lavar ropa de terceros en la propia casa). Esta exclusión se debe a que la OIT tiene otros instrumentos convencionales que se ocupan del denominado

⁸¹ La definición de cada una de las tareas en la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones (CIUO-08) es más específica. Sin embargo, es importante resaltar que esta definición estadística de la descripción de actividades comprendidas como parte del trabajo doméstico hace parte de los problemas de cuantificación del trabajo y de cualificación respecto de su definición precisa y las actividades comprendidas dentro de la categoría de trabajo doméstico. Lo anterior genera problemas de diversa índole, tanto para el empleador como para el trabajador. Algunos ejemplos son los límites de responsabilidad contractual de las trabajadoras y trabajadores domésticos y las asignaciones de tareas ligadas al cuidado de las personas dependientes. Antes de la aprobación del Convenio 189, la OIT advirtió sobre algunos de los problemas que se generaban por la definición de las labores comprendidas dentro del trabajo del hogar y el aumento del trabajo del cuidado. En este sentido, es llamativo que en el Convenio no se hiciera una descripción precisa de la actividad y, por el contrario, este se suscribe a las actividades realizadas en un lugar específico o para el servicio de un empleador cualificado (titular del hogar familiar). Sobre los problemas derivados de la definición de trabajo doméstico: OIT. “Trabajo decente para los trabajadores domésticos”. op. cit., p. 7.

⁸² Según la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones de 2008 (CIUO-08), los trabajos domésticos se pueden ubicar en el grupo 5 (trabajadores de los servicios y vendedores de comercios y mercados) y en el grupo 9 (ocupaciones elementales). Entre los subgrupos principales del grupo 5, el trabajo doméstico se puede ubicar en los subgrupos: 51 (trabajadores de los servicios personales) y 53 (trabajadores de los cuidados personales). Entre los subgrupos principales del grupo 9, el trabajo doméstico se puede ubicar en los subgrupos: 91 (limpiadores y asistentes) y 94 (ayudantes en la preparación de alimentos). OIT. “Resolución sobre la actualización de la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones”. Adoptada el 6 de diciembre de 2007.

⁸³ *Vid.* OIT. Convenio 189 de 2011 (artículo 1.b).

⁸⁴ OELZ, MARTÍN. “El Convenio y la Recomendación de la OIT”. op. cit., pp. 173 y 174.

⁸⁵ *Vid.* OIT. Convenio 189 de 2011 (artículo 1.c).

trabajo a domicilio⁸⁶. No obstante, el trabajo a domicilio puede generar problemas de interpretación o zonas de penumbra con el trabajo doméstico; especialmente, cuando los trabajadores a domicilio trabajan o prestan sus servicios para otros hogares⁸⁷.

El primer límite bajo la perspectiva subjetiva es la exclusión del régimen de aplicación del Convenio 189 a las personas que trabajan por cuenta propia y aquellas que prestan los servicios domésticos como contratistas independientes⁸⁸. El segundo límite subjetivo está relacionado con el hecho de que el Convenio condiciona su propia aplicación a la existencia de una ‘relación de trabajo’. Lo que denota un enfoque de protección de la OIT aún muy vinculado con las fronteras clásicas del derecho del trabajo.

El problema con el segundo límite subjetivo es que el Convenio 189 no ofrece una definición de relación de trabajo y tampoco ofrece criterios para determinar la existencia de la misma. Sobre este aspecto, se remite a la Recomendación 198 de 2006 en la que se enuncia una serie de elementos y de parámetros que los Estados deben tener en cuenta para determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre otros, la Recomendación 198 hace referencia a la necesidad de garantizar una especial protección y seguridad jurídica para los trabajadores más vulnerables y de incorporar una perspectiva de género. Esto último, debido a que muchas de las ocupaciones y de los sectores con mayor grado de incertidumbre sobre la existencia de la relación de trabajo son desarrollados por mujeres. En el mismo sentido, la Recomendación 198 advierte que los Estados tienen la obligación de que su legislación interna y la interpretación de la misma sean coherentes con los objetivos del trabajo decente⁸⁹.

Sin duda alguna, es importante que los Estados sigan las pautas trazadas en la Recomendación 198 para determinar la existencia de una relación de trabajo en el ámbito doméstico. Esta obligación adquiere una relevancia superlativa por la existencia de zonas grises o de indeterminación en las que, como señala OELZ, “resulta difícil establecer una distinción entre las labores realizadas en el marco de una relación de trabajo y las realizadas conforme otro tipo de relación”⁹⁰.

Finalmente, para concluir este análisis sobre la protección del trabajo doméstico en el ámbito de la OIT es importante reiterar la siguiente conclusión a la que arriba OELZ sobre el Convenio 189 y la Recomendación 201. A juicio de este autor, estos dos instrumentos “ponen claramente de manifiesto que el trabajo decente para los trabajadores domésticos es una cuestión de justicia social y de derechos humanos”⁹¹. Además, habría que agregar que se

⁸⁶ *Vid.* OIT. Convenio 177 de 1996 sobre el trabajo a domicilio y OIT. Recomendación 184 de 1996 sobre el trabajo a domicilio.

⁸⁷ OELZ, MARTÍN. “El Convenio y la Recomendación de la OIT”. *op. cit.*, p. 173.

⁸⁸ OELZ, MARTÍN. “El Convenio y la Recomendación de la OIT”. *op. cit.*, pp. 173 y 174.

⁸⁹ OIT. Recomendación 198 de 2006 sobre la relación de trabajo.

⁹⁰ OELZ, MARTÍN. “El Convenio y la Recomendación de la OIT”. *op. cit.*, pp. 173 y 174.

⁹¹ OELZ, MARTÍN. “El Convenio y la Recomendación de la OIT”. *op. cit.*, p. 190.

pone el énfasis en el alto grado de complementariedad entre las normas de la OIT y otras normas de derechos humanos del ámbito internacional y regional⁹².

En atención a este último elemento, en la siguiente sección de este capítulo se analizará la postura política de la Unión Europea sobre el trabajo doméstico y del cuidado que se realiza en el marco de una relación de empleo y, en concreto, la postura política de la Unión Europea frente a la ratificación de los Estados del Convenio 189 de la OIT y posteriormente se describirá la forma como la Unión Europea ha abordado el trabajo doméstico y del cuidado informal a través de la figura del cuidador no profesional. Se trata de una simple mención a la situación regional que debe anteceder al análisis sobre los ordenamientos jurídicos nacionales de España y Colombia que se realizará en esta investigación.

3. EL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO EN LA UNIÓN EUROPEA: LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO ANTE LA TENUE VISIBILIZACIÓN EN LAS DOS ESFERAS DE PRESTACIÓN

Finalmente, el tercer objetivo de este capítulo es describir la regulación del cuidado tanto en su arista remunerada como no remunerada en la Unión Europea. Para ello, el punto de partida será la descripción del trabajo decente y el piso mínimo de derechos para el trabajo doméstico y la presentación de un ejemplo paradigmático (la UE) en el que se visibiliza el trabajo doméstico y del cuidado realizado por familiares de personas en situación de dependencia a través del reconocimiento de la figura del cuidador informal a través de una norma de *soft law*.

Estos dos elementos serán un punto de apoyo para el análisis de los siguientes capítulos en los cuales se abordará la regulación del trabajo doméstico en España y en Colombia. De esa manera, a lo largo de la investigación se completará la descripción sobre el entendimiento del trabajo doméstico y del cuidado realizado por familiares de personas en situación de dependencia tanto a nivel teórico como a nivel normativo en esos dos países.

Esta base teórica y la descripción de los casos de España y Colombia permitirán dibujar un mapa en el que se identificarán dos elementos vertebrales para esta investigación. Por una parte, el que se denominará a lo largo de esta memoria como ‘efecto espejo’ entre el trabajo doméstico y del cuidado remunerado y no remunerado. Por otra parte, la relevancia de los procesos de transición de la informalidad a la formalidad en el caso del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado o realizado por familiares de personas en situación de dependencia que tenga en cuenta una perspectiva bidimensional, es decir, desde la persona que necesita atención como de quien desarrolla el trabajo del cuidado.

⁹² OELZ, MARTÍN. “El Convenio y la Recomendación de la OIT”. op. cit., p. 190.

En el ámbito de la UE, por ejemplo, se ha reconocido que el trabajo doméstico y del cuidado realizado por los familiares de las personas en situación de dependencia es un trabajo informal. El reconocimiento a nivel comunitario de que esta actividad del cuidado es un trabajo que se encuentra en un segmento informal es paradigmático porque tiene efectos directos en los Estados parte de la UE, a pesar de la poca fuerza jurídica del instrumento que lo reconoce.

En definitiva, la UE ha entendido el cuidado como un asunto holístico. Por esa razón, el Parlamento Europeo ha instado a los Estados y a la Comisión para que adopten las medidas de protección social y laboral que garanticen una protección más amplia y efectiva para quienes desarrollan este trabajo en todos los niveles de prestación⁹³.

3.1. ELEMENTOS GENERALES DE LA POLÍTICA DE LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO 189 DE LA OIT

La Unión Europea ha asumido una posición favorable en relación con el Convenio 189 de la OIT. En efecto, en el año 2014 se autorizó a los Estados miembros para que ratificaran e implementaran el Convenio 189 porque la garantía de unas condiciones de trabajo justas y equitativas en materia de protección social fue considerada compatible con las normas comunitarias⁹⁴.

Además de la ratificación del Convenio 189, en el ámbito comunitario, el Parlamento Europeo ha discutido sobre la situación de las trabajadoras domésticas y cuidadoras en todos los países de la UE. En el Parlamento se ha destacado el aporte de estas trabajadoras y cuidadores a la consecución de los objetivos de la *Estrategia Europa 2020* en materia de igualdad de género. En efecto, se ha señalado que estas formas de trabajo han permitido que muchas personas y familias encuentren mecanismos de conciliación entre la vida familiar y laboral⁹⁵.

También se ha reconocido que, a pesar de su aporte, las condiciones de empleo, sociales y económicas que deben enfrentar la mayoría de las mujeres que realizan este trabajo no se corresponden con un nivel adecuado de derechos sociales y laborales. Se ha señalado que las mujeres que realizan el trabajo doméstico y del cuidado enfrentan situaciones de discriminación, de trabajo no declarado o de trabajo dentro de la economía informal y, por

⁹³ Parlamento Europeo. “Informe 2015/2094 sobre las trabajadoras domésticas y las cuidadoras de la Unión Europea”, 28 de abril de 2016.

⁹⁴ Consejo Europeo. “Decisión 51/2014. Por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar en interés de la Unión Europea, el convenio sobre el trabajo digno para los trabajadores domésticos de 2011 de la OIT (Convenio n° 189)”, de 28 de enero de 2014.

⁹⁵ Parlamento Europeo. “Informe 2015/2094 sobre las trabajadoras domésticas y las cuidadoras de la Unión Europea”, 28 de abril de 2016.

esas razones, se encuentran marginadas del acceso y disfrute de sus derechos laborales y de protección social⁹⁶.

Además del plano normativo, a través de la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales se ha reconocido que el trabajo doméstico y de los cuidados es uno de los trabajos que presenta un mayor riesgo de explotación laboral dentro de la UE porque ocurre en el marco de relaciones en las que no se respetan los derechos laborales mínimos⁹⁷. El diagnóstico sobre la realidad del trabajo doméstico y del cuidado en la UE coincide con los elementos que se han descrito a lo largo del primer capítulo. Ilustra que el cuidado es una actividad productiva pero invisible y con una mala valoración social y económica en todos los niveles de prestación.

A pesar de todo, es importante que en el diagnóstico se reconoce que, en sus diferentes escalas de prestación, el trabajo doméstico y del cuidado es un trabajo en sí mismo. También se analizan las diferentes implicaciones físicas, emocionales, mentales, económicas y sociales del desarrollo de esta actividad. Igualmente, se evidencia el impacto negativo de la crisis económica actual, de la precariedad en el empleo y de las condiciones laborales, económicas y de protección social para quienes lo desarrollan.

A este avance en el marco de la OIT se agrega el mayor protagonismo del cuidado en la agenda de la Unión Europea. En efecto, la denominada crisis del cuidado se ha hecho más evidente en los países del norte global. Esta situación ha abierto nuevos interrogantes sobre todas las implicaciones sociales del cuidado. Por esa razón, el cuidado de las personas en situación de dependencia -principalmente adultos mayores- empezó a ocupar un lugar inamovible en la agenda política de la UE, de tal manera que se reconocieron las diferentes aristas del cuidado, la necesidad de fortalecer la atención estatal y el imperativo de considerar al cuidado y a la dependencia como riesgos sociales.

3.2. EL LUGAR DEL CUIDADOR INFORMAL EN EL ESQUEMA SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

La política pública europea relativa al cuidado de las personas en situación de dependencia se puede dividir en dos grandes grupos de personas o colectivos. En el primero, el cuidado de las personas en situación de dependencia de larga duración (i.e. adultos mayores y las personas en situación de discapacidad). En el segundo, el cuidado de los niños y las niñas. Aunque en ambos casos se destaca la importancia de las políticas o medidas de conciliación

⁹⁶ Parlamento Europeo. “Informe 2015/2094 sobre las trabajadoras domésticas y las cuidadoras de la Unión Europea”, 28 de abril de 2016.

⁹⁷ Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales. “Migrants in an irregular situation employed in domestic work: Fundamental Rights challenges for the European Union and its Members States”. Luxemburgo, 2011, pp. 21-34.

y la profesionalización de las tareas del cuidado, a cada uno de los grupos le corresponde una respuesta institucional diferente. En esta sección solo nos ocuparemos de la política de la UE frente al primer grupo, esto es, el cuidado de las personas en situación de dependencia y, especialmente, el lugar del cuidador informal dentro del esquema social de la UE.

En esta sección se hará referencia al régimen del cuidador informal en el marco social de la UE. En consecuencia, se describirán las dos categorías de cuidador que existen en la UE, el reconocimiento del cuidador informal y los aspectos centrales de la Recomendación 98 (9) de 1998 sobre la dependencia. Finalmente, se destacarán las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran los cuidadores informales y la participación predominante de mujeres en el desarrollo de este trabajo.

Según se ha señalado en los dos capítulos anteriores, la dependencia debe ser entendida de una manera bidimensional, esto es, desde la perspectiva de la persona dependiente y desde la perspectiva del cuidador. Del mismo modo, es importante resaltar que, a pesar de los avances tecnológicos desarrollados en materia de cuidado de las personas dependientes, todavía es relevante e imprescindible que una persona se haga cargo de las labores relacionadas con el cuidado de la persona en situación de dependencia. La sustitución de las personas por las máquinas en el cuidado de los seres humanos todavía tiene un largo camino por delante⁹⁸.

Por esa razón, múltiples documentos e informes de la Unión Europea reconocen la existencia de dos tipos de cuidador: un cuidador con estatuto profesional y un cuidador informal o sin estatuto profesional. El primero, como su nombre lo indica, realiza el trabajo del cuidado como actividad profesional y permanente en el área de los servicios sociales y de la atención sanitaria. Por el contrario, el segundo es aquel que desarrolla el trabajo del cuidado en el marco de la solidaridad familiar y social motivado por lazos de afecto. Este último, por lo general, trabaja sin el reconocimiento pleno de su actividad como profesional o, si quiere, como una actividad laboral.

La Unión Europea ha reconocido las dos modalidades, pero ha conferido un trato diferente a cada una y esto incide en el diseño de las políticas públicas y en el grado de protección jurídica. En el caso del cuidador profesional, la Unión Europea ha llamado la atención sobre la necesidad de fomentar este sector de los servicios desde las políticas de empleo como una forma de cubrir la creciente demanda de atención de personas dependientes de larga duración y crear nuevos puestos de trabajo.

⁹⁸ No obstante, en la Unión Europea es interesante el avance en investigación nuevas tecnologías y robótica para el cuidado de personas dependientes, principalmente adultos mayores. En este último ámbito, destaca el programa 'Robin' dentro del cual se diseñó y puso en funcionamiento un robot asistente médico para el hogar. Este constituye una verdadera revolución en el ámbito del cuidado. Sobre este particular se puede consultar: Comisión Europea. Comunicado de Prensa "El robot Robin ayuda a cuidar a Lea, una tía italiana de 94 años", 6 de mayo de 2014. Información disponible en línea: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-515_es.html (30.06.2017).

Para la UE, el sector de los cuidados es un potencial generador de empleos cualificados. En ese sentido, la UE ha señalado que este sector necesita mayores estímulos y mejores condiciones laborales, económicas y de salud ocupacional⁹⁹. Asimismo, se ha focalizado en la necesidad de fomentar el cuidado domiciliario profesional porque este permite que la persona dependiente permanezca en su propio domicilio de manera que resulta más económico para los Estados porque no requiere la adecuación de infraestructuras para la atención externa. Esta última se reserva para las personas dependientes con enfermedades graves o crónicas. Desde luego, al dejar de construir infraestructuras para el cuidado, el Estado asume mayores obligaciones respecto de la adecuación de los domicilios de las personas en situación de dependencia. Según la propia Comisión:

“Existe un aumento de la demanda de un servicio de asistencia a domicilio que posibilita el cuidado en el entorno familiar de confianza y que este tipo de asistencia constituye un complemento útil a la hospitalización además de un servicio importante con un enorme potencial de creación de empleo”¹⁰⁰.

Por su parte, los cuidadores no profesionales han ocupado un papel marginal en la agenda política y jurídica de la Unión Europea. Sin embargo, eso no quiere decir que su labor haya estado totalmente oculta o invisible. En el año 1998 se profirió la Recomendación 98 (9) que definió a los cuidadores sin estatuto profesional como los “miembros de la familia, vecinos u otras personas que prestan cuidados y acompañan a las personas dependientes, de manera regular y sin beneficiarse de un estatuto profesional que les confiera derechos y obligaciones”¹⁰¹.

La Recomendación 98 (9) de 1998 es, sin duda, el acto comunitario de *soft law* más importante sobre el cuidado no profesional¹⁰². A pesar de que carece de carácter vinculante, esta ha guiado el reconocimiento de una labor desempeñada tradicionalmente en total invisibilidad. La Recomendación marca algunos criterios prevalentes sobre el cuidado de las personas dependientes de larga duración, por ejemplo, privilegia la garantía de la permanencia del

⁹⁹ *Vid.* Comisión Europea. Comunicación 2001/723. “El futuro de la asistencia sanitaria y de la atención de las personas mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera”, 5 de diciembre de 2001 COM (2001) 723 final, p.6 y Comisión Europea. Comunicación 2004/304. “Modernizar la protección social para el desarrollo de una asistencia sanitaria y una asistencia de larga duración de calidad, accesibles y duraderas: apoyo a las estrategias nacionales a través del ‘método abierto de coordinación’”, 20 de abril de 2004 COM (2004) 304 final, p. 9.

¹⁰⁰ Parlamento Europeo. Resolución sobre la modernización de la protección social y el desarrollo de una asistencia sanitaria de calidad. (2004/2189 (INI).

¹⁰¹ Recomendación 98 (9) de 1998. Anexo Numeral 4. Los cuidadores sin Estatuto Profesional, p. 7.

¹⁰² La Recomendación fue adoptada por el Comité de Ministros el 18 de septiembre de 1998 en el marco de la 641ª reunión de Delegados de Ministros.

dependiente en su propia casa para que allí se garantice su atención y se le proporcionen las condiciones necesarias de autonomía personal¹⁰³.

Además, la Recomendación consideró que la dependencia es un ‘riesgo social’ lo cual implica la asunción del cuidado como una responsabilidad compartida que requiere de atención pública de calidad y que debe ser incluida dentro de los esquemas de protección social. De la comprensión de la dependencia como riesgo social se deriva la necesidad de intervención pública que garantice la calidad del cuidado. En efecto, los Estados asumen la responsabilidad frente a ese riesgo con el fin de garantizar la calidad de los cuidados demandados y reforzar la protección de los cuidadores¹⁰⁴.

En relación con los cuidadores informales, la Recomendación 98 (9) de 1998 estableció unos principios orientadores de la actuación de los poderes públicos. Entre otros, esos principios se dirigen hacia el reconocimiento de la importancia y el valor del papel de los cuidadores como participantes indispensables del sistema de cuidados y de ayuda a las personas dependientes; la promoción de la satisfacción personal del cuidador en relación con el trabajo que realiza con las personas dependientes; la sensibilización a los allegados del cuidador en la corresponsabilidad frente a las personas dependientes con el objetivo de eliminar sesgos sexistas y elementos de discriminación en razón del género. Por último, se establece que los cuidadores deben beneficiarse de los programas de descanso (i.e. centros de día y tiempos de descanso y del derecho de conciliación)¹⁰⁵.

Además de los principios señalados previamente, la Recomendación establece una serie de medidas a favor de los cuidadores sin estatuto profesional. Dentro de esas medidas se encuentra la formación para cualificar el desarrollo de las tareas del cuidado al dependiente. En concreto, la formación de los cuidadores debe tener en cuenta dos criterios principales: la posibilidad de reciclaje o la formación para nuevos trabajos y la garantía por parte de los poderes públicos de “oportunidades para que el cuidado de personas dependientes tenga carácter temporal”¹⁰⁶. En el mismo sentido, se contemplan los siguientes aspectos vertebrales para los cuidadores: la creación de redes de apoyo, la garantía de tiempos de descanso o vacaciones, la conciliación de la vida profesional y familiar y el retorno al empleo “después de un periodo de ayuda a una persona dependiente”¹⁰⁷.

Los principios y derechos establecidos en la Recomendación de 1998 fueron un insumo para las reformas normativas sobre cuidado y atención a la dependencia que realizaron posteriormente varios Estados de la UE. De hecho, a partir de ese documento, algunos Estados diseñaron mecanismos de seguridad social que buscaban garantizar condiciones de

¹⁰³ Recomendación 98 (9) de 1998. Anexo Numeral 4. Los cuidadores sin Estatuto Profesional, pp. 4-6.

¹⁰⁴ Recomendación 98 (9) de 1998. Anexo Numeral 4. Los cuidadores sin Estatuto Profesional, p. 1.

¹⁰⁵ Recomendación 98 (9) de 1998. Anexo Numeral 4. Los cuidadores sin Estatuto Profesional, p. 8.

¹⁰⁶ Recomendación 98 (9) de 1998. Anexo Numeral 4. Los cuidadores sin Estatuto Profesional, p. 8.

¹⁰⁷ Recomendación 98 (9) de 1998. Anexo Numeral 4. Los cuidadores sin Estatuto Profesional, p. 8.

igualdad entre los diversos tipos de cuidadores, tanto aquellos con estatuto profesional como aquellos que prestan los cuidados de manera no profesional o que estaban en la informalidad.

Entre las medidas adoptadas se encuentran la creación de incentivos fiscales y laborales relacionados con la conciliación o la posibilidad de interrumpir el empleo en razón del cuidado de un familiar enfermo. También se crearon estatutos especiales de protección para los cuidadores informales a través de contratos que establecían derechos y obligaciones. De acuerdo con la UE, estos mecanismos diseñados por los Estados para el reconocimiento del trabajo desarrollado por el cuidador informal resultan menos onerosos que los cuidadores profesionales y que el cuidado a través de centros hospitalarios o externos al lugar de residencia. Además, son herramientas que permiten que las personas en situación de dependencia puedan ser cuidadas por personas de confianza. En cualquier caso, la UE ha resaltado la importancia de que los Estados miembros cuenten con una infraestructura de calidad y profesional que les permita garantizar el cuidado de larga duración para evitar que el cuidado recaiga exclusivamente en el sistema hospitalario y en las familias¹⁰⁸.

La pretensión de la Unión Europea y de algunos Estados era lograr una transición del cuidado informal y del cuidado no profesional hacia el cuidado profesional para lo cual se realizaron los mayores esfuerzos programáticos. Sin embargo, se trata de un objetivo incumplido porque no se ha logrado la plena formalización y el cuidado informal sigue siendo una constante. Además de que no se ha logrado la formalización, persiste una evidente vulnerabilidad normativa y social de los cuidadores no profesionales y de los informales. Algunos Estados diseñaron mecanismos de inclusión laboral y de protección jurídica para los cuidadores sin estatuto profesional o informales, sin embargo, estos programas son insuficientes y están mal retribuidos en comparación con actividades análogas o trabajos fuera del ámbito del cuidado¹⁰⁹.

Esta situación genera un alto riesgo de pobreza para los cuidadores. En efecto, recientemente, al analizar los mayores factores de vulnerabilidad y pobreza, la Unión Europea concluyó que el desempleo es la principal fuente de pobreza. Sin embargo, tener un empleo tampoco es una garantía para escapar de la pobreza lo cual se demuestra por el aumento del número de trabajadores pobres. En ese contexto, la UE ha señalado que algunos grupos vulnerables están expuestos a un riesgo mayor de pobreza; dentro de estos se encuentran las personas dependientes y sus familiares, los padres de familia monoparentales, los hogares con personas dependientes, las mujeres, las personas con discapacidad y los hogares de los que dependen, los inmigrantes y descendientes de inmigrantes y las personas mayores. Frente a este fenómeno, la UE ha propuesto un modelo de lucha contra la pobreza basado en:

¹⁰⁸ Conseil de L'Union Européenne. Conseil de Emploi, politique, sociale, santé et consommateurs / Ecofin au Conseil européen. Rapport conjoint de la Commission et du Conseil. Soutenir les stratégies nationales pour l'avenir des soins de santé et des soins aux personnes âgées. Bruxelles, le 10 de mars 2003. (13.03), p. 14.

¹⁰⁹ Comisión Europea. Comunicación 2010/0758. "La Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social: Un marco europeo para la cohesión social y territorial", 16 de diciembre de 2010.

“(…) el crecimiento y el empleo, así como en la protección social moderna y eficaz. Además, la intervención de una protección social innovadora debe combinarse con un conjunto amplio de políticas sociales, como son la educación con fines específicos, la asistencia social, la vivienda, la sanidad, la conciliación y las medidas a favor de la familia, ámbitos todos ellos en los que los sistemas de bienestar han intervenido hasta ahora con programas más bien residuales”¹¹⁰.

El grado de vulnerabilidad y de pobreza aumenta de manera proporcional con la demanda de servicios sanitarios y sociales porque existen barreras económicas o burocráticas que impiden el acceso de algunas personas a estas prestaciones. Esta exclusión en el acceso a los servicios sociales para las familias de las personas en situación de dependencia, contribuye a su “distanciamiento del mercado de trabajo ya que se ven forzadas a asumir la responsabilidad de los cuidados”¹¹¹ y, en consecuencia, deriva en menos ingresos familiares a través del salario, las prestaciones sociales y los derechos pensionales¹¹². La Comisión señala que, en medio de la crisis económica, el “reto para las políticas, de nuevo en el contexto de la presión presupuestaria, es garantizar un aprovisionamiento suficiente de cuidados de gran calidad eficientes y asequibles”¹¹³.

Dentro de ese panorama, es importante señalar la relevancia económica de la participación de las mujeres en el mercado laboral en la medida que, además de reforzar la viabilidad financiera de los sistemas pensionales, permite a las mujeres adquirir independencia económica y disponer a largo plazo de pensiones propias, un mayor empoderamiento y el desarrollo de sus capacidades. Para garantizar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo se debe incrementar la oferta de servicios del cuidado de personas dependientes y de mecanismos de conciliación de la vida laboral con la personal.

Este elemento ha sido tenido en cuenta por la Unión Europea en sus políticas de igualdad de género a través de normas europeas de *soft law* y *hard law* que han vinculado los objetivos de la igualdad de género con condiciones adecuadas para el cuidado de personas¹¹⁴. En el

¹¹⁰ Comisión Europea. Comunicación 2010/0758. “La Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social: Un marco europeo para la cohesión social y territorial”, 16 de diciembre de 2010, pp. 4-6.

¹¹¹ Comisión Europea. Comunicación 2010/0758. “La Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social: Un marco europeo para la cohesión social y territorial”, 16 de diciembre de 2010, p. 8.

¹¹² Comisión Europea. Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “Sobre igualdad de mujeres y hombres”, 14 de febrero de 2005 COM (2005) 44 final, p. 10.

¹¹³ Comisión Europea. Comunicación 2010/0758. “La Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social: Un marco europeo para la cohesión social y territorial”, 16 de diciembre de 2010, p. 8.

¹¹⁴ La igualdad de género vinculada con las políticas de trabajo y empleo ha sido señalado, por ejemplo, en instrumentos fundacionales como el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta de la Mujer y en distintas directivas como: la Directiva 2006/ 54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al principio de igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, la Directiva 2010/18/UE del Consejo sobre

entendido que la vinculación de las mujeres al mercado del trabajo y su independencia económica está fuertemente relacionada con políticas familiares que garanticen la conciliación, tiempos de trabajo flexibles y medidas antidiscriminatorias vinculadas con la maternidad y las responsabilidades familiares. En suma, con políticas de trabajo y empleo que tengan en cuenta los cambios en el mundo del trabajo vinculados con la mayor participación de las mujeres y la incidencia de las políticas familiares y de cuidado como un mecanismo necesario para la igualdad de género¹¹⁵.

En ese sentido, un aspecto vertebral que no se puede omitir es que el cuidado informal tiene una incidencia de género de gran intensidad. Las recientes políticas de la Unión han resaltado la importancia de garantizar los servicios del cuidado como una herramienta para que las mujeres puedan acceder al mercado del trabajo y permanecer allí toda su vida¹¹⁶. Este es un objetivo prioritario porque, a pesar de la mayor participación de las mujeres en el mercado laboral, se mantiene la alta participación de las mujeres del trabajo del cuidado informal¹¹⁷.

Por esa razón, los objetivos de Barcelona del año 2002 señalaron la importancia de que los Estados miembros de la UE potenciaran la oferta de guarderías de calidad accesibles a precios razonables, en especial, para atender a la población de niños menores de tres años. Esos mismos objetivos se centraron en la necesidad de adoptar urgentemente acciones y compromisos que garanticen una oferta adecuada de servicios del cuidado de adultos dependientes para evitar la salida de los trabajadores, especialmente de mujeres del mercado laboral¹¹⁸.

En el contexto de la crisis económica, la UE se ha limitado a reconocer los importantes recursos aportados por la ‘economía social’ o ‘tercer sector’ dentro del que se encuentran algunos agentes no gubernamentales (e.g. organizaciones locales o de voluntariado y empresas sociales¹¹⁹) que realizan actividades en beneficio de la sociedad a través de la

permiso parental, la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

¹¹⁵ Este enfoque es ampliamente desarrollado en: LÓPEZ, JULIA; CHACARTEGUI, CONSUELO y CANTÓN, CESAR. “Social Rights in Changing Labor Markets”. *op. cit.*, pp. 333-340.

¹¹⁶ Comisión Europea. Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “Sobre igualdad de mujeres y hombres”, 14 de febrero de 2005 COM (2005) 44 final, p. 8.

¹¹⁷ *Vid.* Comisión Europea. Comunicación 2004/304. “Modernizar la protección social para el desarrollo de una asistencia sanitaria y una asistencia de larga duración de calidad, accesibles y duraderas: apoyo a las estrategias nacionales a través del ‘método abierto de coordinación’”, 20 de abril de 2004, COM (2004) 304 final, p. 6.

¹¹⁸ Consejo Europeo. Consejo Europeo de Barcelona, 15 y 16 de marzo de 2002, pp. 11-12, 47.

¹¹⁹ Las empresas sociales son aquellas con objetivos primordialmente de carácter social que reinvierten sus superávits en la propia empresa o en la comunidad en lugar de buscar el máximo beneficio para sus propietarios o socios. Comisión Europea. “Comunicación 2013/083. Hacia la inversión social para el crecimiento y la cohesión, incluida la ejecución del Fondo Social Europeo 2014-2020”, 2013, p. 6.

solidaridad social y los aportes familiares en el marco de las políticas sociales¹²⁰. En términos de la propia Comisión:

“Los recursos para políticas sociales no se limitan a los del sector público. Una parte no despreciable proviene de las personas y las familias. Además, las organizaciones sin ánimo de lucro ofrecen servicios sociales a una escala importante. Tales servicios van desde centros de acogida para personas sin hogar, pasando por la ayuda a personas mayores y personas con discapacidad, hasta centros de asesoramiento sobre prestaciones sociales en general. Las empresas sociales pueden complementar los esfuerzos del sector público y ser pioneras en el desarrollo de nuevos mercados, pero necesitan más apoyo del que tienen ahora”¹²¹.

Sin embargo, la Comisión deja de lado la perspectiva de género de alta intensidad en el análisis y la valoración de la contribución familiar al cuidado como un elemento de garantía de igualdad material¹²².

Por otra parte, tampoco se da cuenta de un aspecto de vital importancia en relación con el trabajo del cuidado en el ámbito familiar de las personas en situación de dependencia en virtud de que una gran parte de este trabajo es asumido por personas migrantes y, en su mayoría, por mujeres en situación migratoria irregular¹²³. Por sus condiciones de especial vulnerabilidad, ellas se ven expuestas a mayores riesgos de pobreza, exclusión y discriminación múltiple¹²⁴.

¹²⁰ Comisión Europea. “Comunicación 2013/083. Hacia la inversión social para el crecimiento y la cohesión, incluida la ejecución del Fondo Social Europeo 2014-2020”, 2013, p. 6.

¹²¹ Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones. Hacia la Inversión Social para el crecimiento y la cohesión social incluida la ejecución del Fondo Social Europeo. 2014-2020. Bruselas, 2013.p. 6.

¹²² Sobre el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres y la inclusión de la perspectiva de género en todas las políticas y actividades de la UE: SANZ CABALLERO, SUSANA. “El derecho a la igualdad”. En: BENEYTO PÉREZ, JOSÉ MARÍA (dir.); GÓNZALEZ-ORÚS, JERÓNIMO MAILLO y BECERRIL ATIENZA, BELÉN (coords.). *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*. Tomo II Derechos Fundamentales, Aranzadi - Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 684-699.

¹²³ “La Directiva sobre el desplazamiento de los trabajadores ha sido fundamental para promover la libre circulación de servicios y proteger, al mismo tiempo, a los trabajadores y las condiciones de trabajo. No obstante, destinar trabajadores de un Estado miembro a otro plantea varias cuestiones acerca de la aplicación de la legislación y las prácticas europeas y nacionales vigentes sobre los trabajadores desplazados. La Comisión ha adoptado recientemente una recomendación 12 relativa a una mayor cooperación administrativa para luchar contra el trabajo no declarado y garantizar un nivel de confianza adecuado entre los estados miembros”. Comunicado de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Agenda Social Renovada: Oportunidades acceso y solidaridad en la Europa del Siglo XXI. Bruselas. 2.7.2008. COM (2008) 412 final, p. 10-11. Ver Directiva 96/71/CE. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la garantía del cumplimiento de la Directiva 96//71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

¹²⁴ Sobre el concepto de discriminación múltiple: LOUSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO. *El principio de transversalidad de la dimensión de Género*. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007. También: LOMBARDO, EMANUELA. “Algunas consideraciones sobre la igualdad de Género en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. En: FERNÁNDEZ SOLA, NATIVIDAD (coord.). *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004., p. 338.

En conclusión, la UE ha reconocido la existencia de cuidadores informales como una de las modalidades del cuidado. No obstante, el lugar de los cuidadores informales dentro de las políticas sociales de la UE ha sido marginal. La alta participación de las mujeres en las actividades del cuidado, las relaciones entre el cuidado informal y la pobreza y entre el cuidado informal y la exclusión no han sido suficientemente abordadas por las instituciones europeas de manera que no hay un nivel fuerte de protección social comunitaria. En el mismo sentido, en relación con el trabajo doméstico remunerado, si bien, la UE ha considerado que es importante que los Estados ratifiquen el Convenio 189 es necesaria la adopción de medidas más fuertes en torno a la protección de las personas migrantes y otras políticas de que garanticen realmente los derechos de quienes hacen estos trabajos. Por consiguiente, si bien, la UE ha reconocido las dos modalidades de trabajo doméstico y del cuidado, su visibilización aún es tenue y, por consiguiente, esta situación requiere de medidas jurídicas con un mayor nivel de exigibilidad que tenga en cuenta un enfoque transversal y las implicaciones interseccionales de género, así como una mayor voluntad política.

Hasta aquí se ha descrito de manera general el marco de regulación sobre trabajo doméstico y del cuidado en la UE, tanto en relación con el trabajo doméstico y del cuidado remunerado como del no remunerado. Esta descripción permite identificar las diferentes posturas políticas frente a la actividad y su reflejo en materia jurídica. Así como la forma como incide el cambio internacional sobre informalidad y trabajo doméstico y del cuidado. En este sentido, se seguirá el mismo esquema, en los próximos dos capítulos, en los cuales se ilustrará el efecto cascada del que se ha hecho mención anteriormente a través de dos ordenamientos jurídicos nacionales: España y Colombia. El efecto cascada se abordará, primero a través del trabajo doméstico y del cuidado formal. El cual es realizado mediante un contrato de servicio doméstico. Posteriormente, en la misma idea del efecto cascada se descenderá hacia el trabajo doméstico y del cuidado no profesional que está en una zona gris de regulación entre la formalidad y la informalidad y finalmente, se analizará un caso de total informalidad en la prestación. En intermedio entre la zona gris de regulación y la informalidad se describirá un caso de transición progresiva de una zona gris de regulación hacia la formalidad a través de la figura de las denominadas *madres comunitarias* en Colombia.

En estos capítulos se espera ofrecer un contexto normativo adecuado para identificar las situaciones de vulnerabilidad y desprotección de los derechos laborales y sociales fundamentales de quienes se dedican al trabajo doméstico y del cuidado en la esfera del mercado, de la comunidad y de la familia. Esta descripción permite identificar los puntos en común de las diferentes formas de prestación (efecto espejo) y los diferentes niveles de vulnerabilidad e invisibilidad en la que se hace el trabajo (efecto cascada). En la siguiente sección se describirán algunas razones que justifican el estudio de los contextos nacionales de España y Colombia. Sin embargo, es importante advertir que la principal de estas razones es que, a través de estos dos ordenamientos jurídicos, se pretende identificar ejemplos paradigmáticos en los que las normas internacionales han tenido un impacto positivo en la

regulación interna en cualquiera de las esferas o niveles de prestación del trabajo doméstico y del cuidado.

4. ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES: LA IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE CASOS EN ESPAÑA Y COLOMBIA

En el primer capítulo de esta investigación se mencionó que los límites entre el trabajo formal e informal están condicionados por las fronteras del derecho del trabajo y por las condiciones jurídicas, económicas y sociales en las que se realiza el trabajo en cada ordenamiento jurídico. En este sentido, la valoración de si se trata o no de un trabajo formal es contextual y es posible que un trabajo sea formal en un ordenamiento jurídico mientras que en otro sea invisible e informal. Por consiguiente, los procesos de transición de la informalidad a la formalidad están condicionados por los sistemas jurídicos y el sistema de fuentes de cada uno de los países.

En el mismo sentido, los diferentes estándares o niveles de regulación y protección jurídica del mismo objeto de prestación también están determinados por el contexto. Por consiguiente, es posible identificar diferentes formas de regulación del mismo trabajo en uno u otro ordenamiento jurídico. Estas diferencias se marcan por los niveles de protección y regulación multinivel y también por lo que se ha denominado en esta memoria como efecto cascada o de la progresiva reducción de la protección de los derechos. El análisis de una forma de trabajo a través del efecto cascada permite identificar la forma como el mismo objeto de prestación se puede abordar de manera distinta por el derecho del trabajo y los diferentes niveles o estándares de protección jurídica.

El efecto cascada se puede ilustrar con claridad en el caso del trabajo doméstico y del cuidado. Es posible identificar que este trabajo es formal, está regulado y protegido a través de diferentes formas contractuales en función del lugar que ocupe dentro de la división social de los cuidados en cada contexto jurídico. No obstante, también es posible identificar que el mismo objeto de prestación puede ser invisible al derecho laboral y a las formas contractuales que regulan y protegen la actividad por el hecho de ser realizadas por familiares, amigos y vecinos, y por no perseguir una finalidad económica. En mismo sentido, también puede ser reconocido de manera tenue a través de mecanismos de protección jurídica que están fuera de las fronteras de laboralidad.

Estudiar los niveles más invisibles de prestación tiene como dificultad justamente la imposibilidad de encontrar un marco normativo de derechos reconocidos. No obstante, en el caso del trabajo doméstico y del cuidado remunerado existe la particularidad de que el objeto de prestación es reconocido y regulado a nivel internacional y también lo es de manera más habitual en distintos ordenamientos jurídicos. Por consiguiente, en esta investigación se tendrá como punto de partida la actividad visible y reconocida en el ámbito internacional y

que presenta menor discusión en torno a su carácter laboral: el trabajo doméstico y del cuidado remunerado. Este punto de partida permitirá identificar modalidades de trabajo doméstico y del cuidado que están en zonas grises de regulación y en lugares menos visibles e informales. En estos generalmente se encuentra el trabajo doméstico y del cuidado realizado sin remuneración por familiares, amigos y vecinos de personas en situación de dependencia.

La identificación del marco jurídico internacional de protección del trabajo doméstico y del cuidado remunerado, en el que existe una relación de empleo, permite contar con un punto de referencia en la visibilización de la actividad. Asimismo, el nuevo marco regulatorio de la OIT también consiente identificar los distintos enfoques de protección jurídica para el trabajo como actividad humana que debe ser protegida y determinar un parámetro internacional para los estándares nacionales. Este punto de partida de regulación formal permite abrir el camino hacia mecanismos de protección para las formas de prestación del trabajo doméstico y del cuidado que están en zonas grises o invisibles.

Para el análisis de este efecto cascada en el trabajo doméstico y del cuidado desde el trabajo prestado de manera formal hacia el informal se utilizarán dos casos concretos. El contexto jurídico de España y Colombia. Las razones por las que se han elegido estos ordenamientos jurídicos son diversas. Entre estas está el sistema de fuentes, las cláusulas de apertura al derecho internacional, el modelo prevalentemente familiarista de atención a la dependencia, la alta participación de las mujeres en el desarrollo del trabajo doméstico y del cuidado y, por consiguiente, el alto impacto de género en la igualdad de oportunidades y en el desarrollo de las capacidades de las mujeres. Además, otra de las razones es que, al mismo tiempo, en estos contextos es posible identificar algunos cambios y transformaciones progresivas en la visibilización de la actividad en sus diferentes esferas de prestación remunerada y no remunerada.

Es conveniente aclarar que no se trata de un ejercicio estricto de derecho comparado. Los procesos entre los dos países no se vinculan a lo largo de los dos siguientes capítulos. Se abordarán como dos compartimentos estancos y transitivos que sirven de base para identificar dos formas de tratar la misma actividad por parte del derecho. Sin embargo, no se puede dejar de lado que existen puntos en común que hacen interesante el análisis de estos dos ordenamientos.

4.1. LAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES DE APERTURA AL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE ESPAÑA Y COLOMBIA

Una de las razones principales por las que en esta memoria doctoral se toma como referencia los casos de España y Colombia radica en sus cláusulas constitucionales de apertura al derecho internacional. Particularmente, la integración dentro del ordenamiento jurídico interno de los Convenios de la OIT y de otros instrumentos de derechos humanos. En los

dos ordenamientos jurídicos, estas cláusulas de apertura cumplen una función importante en la integración de los instrumentos laborales internacionales y de derechos sociales en el sistema de fuentes doméstico. La incidencia se hace evidente en el sistema judicial, en la motivación de las leyes y las reformas legislativas, en el diálogo social y en los convenios colectivos. Por consiguiente, estas cláusulas de integración facilitan que los Convenios de la OIT cumplan un papel transformador de los derechos sociales en los contextos nacionales¹²⁵.

En el caso de España, estas cláusulas de apertura están reconocidas en los artículos 10.2 y 96 de la Constitución y, en el caso de Colombia, en los artículos 53 y 93 de la Constitución. Una de las consecuencias principales de estas cláusulas de apertura al derecho internacional es la integración de los convenios fundamentales y los convenios ratificados al sistema de fuentes del derecho del trabajo. Además, en España operan también como parámetro interpretativo de la Constitución. En Colombia, además de lo anterior, la incorporación de estos instrumentos al ordenamiento jurídico nacional los ha convertido en parámetro de constitucionalidad y parte del ‘bloque de constitucionalidad’.¹²⁶

El reconocimiento del valor constitucional de los convenios de la OIT ha tenido una relevancia mayúscula en el ordenamiento jurídico español. La cláusula de apertura del artículo 10.2 ha permitido un mayor papel de los Convenios de la OIT en el ordenamiento jurídico español, tal y como lo destaca JULIA LÓPEZ:

“La aportación de los Convenios de la OIT al sistema de relaciones laborales español es clave para los derechos sociales y para una configuración de éstos desde una escala multinivel que actúa con normas y jueces nacionales, fortaleciendo la contractualización de las relaciones laborales y el papel de la jurisprudencia”¹²⁷.

Esta incidencia de los convenios en la actividad judicial también ha sido clara en el caso colombiano. Allí, los convenios han operado con un marco de contención frente a condiciones de trabajo abusivas o relaciones de trabajo encubiertas e, incluso, en la protección de trabajadores cuando están fuera de las fronteras de laboralidad. Sobre este tema se volverá más adelante.

¹²⁵ La relevancia de los Convenios de la OIT y su papel transformador en los ordenamientos jurídicos nacionales, en concreto, en la judicialización el caso español es ampliamente abordado por la profesora JULIA LÓPEZ en: LÓPEZ LÓPEZ, JULIA. “La construcción de derechos sociales: judicialización y aplicación de los convenios de la OIT”. En: LÓPEZ LÓPEZ, JULIA; FREEDLAND, MARK; CARUSO, BRUNO y STONE KATHERINE (coords.). *La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2011, p. 15.

¹²⁶ Una explicación más detallada sobre el bloque de constitucionalidad en Colombia se puede consultar en: OSTAU DE LAFONT DE LEÓN, FRANCISCO RAFAÉL y NIÑO CHAVARRO, LEIDY ÁNGELA. “Aplicación de los Convenios de la OIT en materia de Derechos de Asociación Sindical y Negociación Colectiva en las decisiones de los jueces laborales en Colombia”. *Prolegómenos – Derechos y Valores*, vol. XIII, nº 26, julio – diciembre, Bogotá, 2010, pp. 164-167.

¹²⁷ LÓPEZ LÓPEZ, JULIA. “La construcción de derechos sociales”. op. cit., p. 25.

Además, es importante tener en cuenta que estas cláusulas de apertura son relevantes en materia laboral en los dos contextos nacionales, si se tiene en cuenta que España es el país de la UE con mayor número de ratificaciones y de Convenios vigentes (133 ratificaciones y 87 en vigor). Colombia, por su parte, está entre los diez primeros países de América Latina con mayor número de ratificaciones (61 Convenios ratificaciones y 55 en vigor).

Las cláusulas de apertura al derecho internacional no solo se limitan al derecho internacional del trabajo. Por regla general, la apertura se aplica a los convenios en materia de derechos humanos, es decir, los instrumentos de *hard law* y *soft law* que generan obligaciones para los Estados. Además, a pesar de que los instrumentos de *hard law* son los que tienen mayor peso interpretativo, otros instrumentos de *soft law* -con diferente valor normativo- y las decisiones de los órganos jurisdiccionales y *cuasi jurisdiccionales* son tenidos en cuenta por los jueces como criterio interpretativo en la toma de decisiones. En el plano de los derechos laborales y sociales, estos instrumentos se configuran como una amalgama de herramientas que son utilizadas como fundamento jurídico de decisiones judiciales que comprometen derechos laborales y sociales¹²⁸.

En este sentido, en los casos de España y Colombia, los Convenios de la OIT y los demás instrumentos de la OIT -con independencia de su fuerza vinculante- tienen un poder transformador a nivel internacional y a nivel nacional. Especialmente, si se tiene en cuenta que estas cláusulas de integración constitucional operan como vasos comunicantes entre el derecho internacional del trabajo y el derecho interno.

Es importante destacar que la vinculación de España a la UE hace que su sistema jurídico sea más complejo que el colombiano porque las disposiciones comunitarias también inciden y tienen cláusulas concretas de incorporación en el ordenamiento jurídico nacional español. Los diferentes niveles regulatorios del ámbito comunitario desbordan el objetivo principal de esta investigación, por consiguiente, en el último capítulo de este trabajo solo se analizarán de manera general los sistemas de protección judicial de derechos humanos que son análogos en los dos países. En el caso de España se analizará el sistema de protección de derechos humanos del Consejo de Europa, en concreto, algunas decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el caso de Colombia se analizarán algunas de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en concreto, decisiones judiciales que comprometen o vinculan derechos laborales y sociales.

¹²⁸ LÓPEZ LÓPEZ, JULIA. “La construcción de derechos sociales”. op. cit., p. 16; ALFONSO MELLADO, CARLOS. “La aplicación en el ámbito interno de la Carta Social Europea y de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales”. En: ALFONSO MELLADO, CARLOS; JIMENA QUESADA, LUIS y SALCEDO BELTRÁN, MARÍA CARMEN. *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 251-261; ALONSO OLEA, MANUEL y CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA. *Derecho del Trabajo*. op. cit., pp. 946-947.

Para concluir, las cláusulas constitucionales de apertura al derecho internacional en España y Colombia hacen interesante el estudio de estos dos contextos para analizar la forma como se aborda la protección de aquellos trabajos que, como el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado, están prevalentemente fuera de las fronteras de laboralidad. No obstante, como ya se señaló, el análisis se hará a partir de la modalidad de prestación que se realiza en el contexto español y colombiano de manera formal y se avanzará hacia formas de prestación que tienen una menor protección jurídica.

Este análisis permitirá identificar el valor de estas cláusulas de apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos y su consideración como herramientas fundamentales en procesos de transición de la informalidad a la formalidad, en la modificación de las fronteras de laboralidad para que sean más incluyentes y aborden una perspectiva de género acorde con la realidad del mundo del trabajo, de las capacidades humanas y del derecho de agencia y autonomía. Además de esta característica común entre los dos ordenamientos jurídicos, existen otras razones que hacen interesante el estudio de los casos de España y Colombia.

4.2. LOS CASOS DE ESPAÑA Y COLOMBIA: EJEMPLOS DE VISIBILIZACIÓN PROGRESIVA DEL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO EN SUS DIFERENTES ARISTAS DE PRESTACIÓN

Además de las cláusulas constitucionales de apertura al derecho internacional por parte de España y Colombia, existen, por lo menos, cinco razones por las cuales la investigación se centra en estos dos ordenamientos jurídicos. En primer lugar, la alta participación mujeres en las tareas comprendidas dentro del objeto del trabajo doméstico y del cuidado. Este fenómeno se presenta, tanto en las actividades relacionadas con el cuidado y el mantenimiento del entorno físico del hogar, como en las actividades relacionadas con el cuidado de la vida. Como se comprobará en esta investigación, el impacto de género es altamente evidente en los dos ordenamientos nacionales objeto de estudio.

La segunda razón tiene una conexión directa con los perfiles del trabajo doméstico y del cuidado formal, esto es, con las condiciones de las personas que mayoritariamente desarrollan este trabajo. Por una parte, en España, el trabajo doméstico es realizado por mujeres migrantes provenientes, principalmente, de América Latina. En Colombia, la misma actividad también es desempeñada por mujeres. Sin embargo, en el caso colombiano, las trabajadoras domésticas además pertenecen a grupos tradicionalmente discriminados porque se trata de mujeres afrodescendientes, indígenas o campesinas con poca o nula formación académica y con bajos recursos económicos. Adicionalmente, una gran parte de ellas también son víctimas del desplazamiento forzado o de la violencia social y económica que ha afrontado el país durante los últimos cincuenta años.

De acuerdo con esta segunda razón, es plausible afirmar que, en los dos países, el perfil de las personas que realizan el trabajo doméstico y del cuidado formal coincide en que se trata de mujeres que forman parte de los colectivos más vulnerables dentro de la sociedad. Además, en los dos países, las trabajadoras se encuentran expuestas constantemente a situaciones de discriminación múltiple porque realizan una actividad que se caracteriza por: un alto déficit en el cumplimiento de los estándares sobre trabajo decente, condiciones laborales precarias y una escala salarial generalmente baja respecto de otras modalidades de trabajo.

La tercera razón para hacer un análisis de España y Colombia tiene que ver con la existencia de un factor común referido a la división social de los cuidados de tipo familiarista. Esto significa que, en los dos países, la responsabilidad del cuidado de las personas en situación de dependencia, de los niños, las niñas y de las personas mayores recae, principalmente, en la familia. Solo de manera subsidiaria se atribuyen responsabilidades al Estado, a las empresas y al mercado. En este último caso, una parte importante de la responsabilidad social del cuidado es asumida por quienes se dedican al trabajo del servicio doméstico remunerado.

Sobre esta tercera razón es importante señalar que, en España, existe un esquema de protección que promueve la autonomía y el cuidado de las personas en situación de dependencia. Sin embargo, este sistema es deficitario frente al estándar promedio que debería ser garantizado de conformidad con el nivel de protección de los demás países de la Unión Europea. Además, en el caso español, la garantía de los derechos de las cuidadoras no profesionales no ha sido progresiva y se ha generado una tendencia hacia la restricción de los derechos sociales de este grupo de trabajadoras. De esta manera, en el marco de la división social del cuidado, una parte importante del cuidado que no es garantizada por el Estado ha sido asumida por quienes se dedican al trabajo doméstico remunerado.

Como ya se dijo, el esquema familiarista también se presenta en Colombia. En ese país, el cuidado de las personas en situación de dependencia y de los más débiles corresponde exclusivamente a las familias; estas asumen la responsabilidad del cuidado de manera directa o mediante la contratación de personas para que subroguen a los familiares en la obligación del cuidado.

No obstante, en Colombia la situación es todavía más grave que en España porque allí no existe un sistema institucional para la promoción de la autonomía y el cuidado de las personas en situación de dependencia. Adicionalmente, hay un alto déficit de políticas y normas garantistas en materia de corresponsabilidad y conciliación entre la vida personal y familiar con la actividad laboral. Estos fallos del sistema afectan, tanto a quienes trabajan en el marco de la economía formal, como a la mayor parte de la población que trabaja en la economía informal, en la economía subterránea y en condiciones de trabajo precarias.

En este contexto, el cuidado de un familiar en situación de dependencia se convierte en una necesidad cuya satisfacción causa problemas a la familia y a las trabajadoras domésticas. A la

primera porque esta debe asumir la responsabilidad de manera solitaria a través de algunos de sus miembros, especialmente, cuando estos no tienen recursos económicos suficientes. Si los integrantes de la familia tienen capacidad económica para contratar a una trabajadora doméstica, esta última sufre una reducción de los estándares laborales hasta niveles muy inferiores respecto de otros trabajos remunerados en virtud de que su empleador es una familia. En este sentido, un análisis profundo de las condiciones laborales de quienes desarrollan el trabajo doméstico y del cuidado es de vital importancia para la elaboración de políticas públicas que garanticen el cuidado adecuado y en condiciones dignas para el cuidador.

Adicionalmente, el modelo familiarista es perjudicial en España y en Colombia porque ambas son sociedades con un contexto social y económico en el que una parte del ejercicio de los derechos de ciudadanía depende del trabajo productivo. Por esa razón, la participación de las personas en el mercado laboral es imprescindible para que estas puedan auto-garantizarse un mínimo de derechos económicos y sociales.

La cuarta razón que justifica el análisis de los ordenamientos jurídicos que se describen en este capítulo tiene que ver con el régimen jurídico aplicable al trabajo doméstico prestado a través del contrato de trabajo de servicio doméstico. En este caso, es posible inferir que, tanto en España como en Colombia, el estándar de protección y de reconocimiento de los derechos de quienes trabajan en el servicio doméstico es inferior respecto de los derechos reconocidos a otros trabajadores (*Tabla 3*).

Finalmente, la quinta razón por la que se estudian los ordenamientos jurídicos de Colombia y España es porque en los dos ordenamientos existe un avance progresivo -respecto de otros ordenamientos jurídicos- en la protección de diferentes modalidades de trabajo doméstico y del cuidado. En el caso de España, este avance es visible en el reconocimiento del cuidador no profesional. En el caso de Colombia el avance es visible a través del proceso de transición de las *madres comunitarias* hacia la formalidad y la ratificación del Convenio 189 de la OIT. Este último ha influido de manera positiva en la protección de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado de manera remunerada y ha permitido un efecto espejo que de manera tenue tendrá un impacto en la visibilización del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado.

| Criterio | España | Colombia |
|---|---------------|-----------------|
| Cláusula constitucional de apertura al derecho internacional del trabajo | Si | Si |
| Feminización del trabajo doméstico | Si | Si |

| | | |
|---|--|---|
| Feminización del cuidado | Si | Si |
| Perfil del trabajador doméstico y del cuidador formal | Mujeres Migrantes (latinoamericanas) | Mujeres Afrodescendientes Indígenas Campesinas Víctimas del conflicto |
| Discriminación múltiple (Vulnerabilidad + déficit de protección laboral) | Si | Si |
| División Familiarista de los cuidados | Si | Si |
| Participación del Estado en el cuidado | Nivel medio | Nivel deficitario o casi inexistente |
| Avance en la protección jurídica de modalidades de trabajo doméstico y del cuidado | Si | Si |

Tabla 3. Elaboración propia.

En razón de que el objeto principal de esta investigación se centra en analizar las fronteras de la laboralidad en el trabajo doméstico y el trabajo del cuidado remunerado y no remunerado, en cuarto capítulo se identificarán el conjunto de actividades que son consideradas dentro del objeto del trabajo doméstico y del cuidado remunerado como actividad laboral productiva y, por tanto, cubierta por el sistema de protección de las normas laborales. De esta manera, en el quinto capítulo se describirán las actividades que se realizan en el marco del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado.

Este ejercicio permitirá definir e identificar con mayor claridad el perfil de quienes realizan el trabajo doméstico y del cuidado, el objeto o ámbito de aplicación de las normas laborales, las fronteras de protección jurídica. Este es un paso previo para que, en el quinto capítulo, se analicen los mecanismos de transición de la informalidad hacia la formalidad en España y en Colombia y el grado de invisibilidad del trabajo del cuidado no remunerado en el caso español y colombiano.

Capítulo IV

EL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO FORMAL EN ESPAÑA Y COLOMBIA: ELEMENTOS DEL EFECTO CASCADA EN LA RELACIÓN LABORAL

EL OBJETO DE ESTUDIO DEL CUARTO CAPÍTULO DE ESTA investigación se centrará en el análisis del trabajo doméstico y del cuidado formal prestado a través del contrato del servicio del hogar o servicio doméstico en España y Colombia. Se identificarán el conjunto de actividades que son consideradas dentro del objeto del trabajo doméstico y del cuidado remunerado como actividad laboral productiva y, por tanto, cubierta por el sistema de protección de las normas laborales. A lo anterior se adiciona la posibilidad de identificar la influencia que han tenido las normas de carácter internacional -como el Convenio 189 de la OIT sobre trabajo decente para trabajadoras y trabajadores domésticos- en las regulaciones nacionales de España y Colombia, en los procesos de formalización de la actividad y, concretamente, en la visibilización del trabajo y el mejoramiento de las condiciones en que se realiza e identificar el efecto cascada en los diferentes estándares o niveles de regulación del mismo objeto de prestación en la esfera remunerada y no remunerada.

Los diferentes estándares o niveles de regulación y protección jurídica del mismo objeto de prestación generan lo que se ha denominado en esta memoria doctoral como el efecto cascada o de la progresiva reducción de la protección de los derechos. Este efecto demuestra que el mismo objeto de prestación (trabajo doméstico y del cuidado) está regulado y protegido a través de diferentes formas contractuales en función del lugar que ocupen dentro de la división social de los cuidados en cada contexto jurídico. No obstante, también es posible identificar que el mismo objeto de prestación puede ser invisible al derecho laboral y a las formas contractuales que regulan y protegen la actividad por el hecho de ser realizadas por familiares, amigos y vecinos y no perseguir una finalidad económica. Esto constituye un trato desigual entre una y otra forma de trabajo y una mayor vulnerabilidad a medida que descenden las condiciones jurídicas de protección hacia la informalidad.

De acuerdo con todo lo anterior, para identificar el efecto cascada o de progresiva reducción de derechos, en el presente capítulo se partirá del análisis de la regulación del trabajo doméstico y del cuidado formal y remunerado en España y Colombia. Para determinar los distintos estándares de protección jurídica. Este capítulo se dividirá en dos partes. En las que se describirá de manera separada el régimen jurídico del servicio doméstico formal en España y Colombia. En el caso de España, además se abordarán los aspectos de la regulación del servicio del hogar familiar y, en el caso de Colombia, la regulación del trabajo del servicio doméstico. En cada uno de los apartes se analizará de manera general la influencia del

Convenio 189 de la OIT. Este capítulo será el punto de referencia para avanzar hacia modalidades de prestación con una menor protección jurídica e informal que se abordará en el capítulo quinto.

1. EL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO EN ESPAÑA: UN EJEMPLO DE ALTA SEGMENTACIÓN Y DE FORMALIZACIÓN A TRAVÉS DE NORMAS ESPECIALES (EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL RD 1620/2011)

Con el fin de realizar una exposición integral del régimen jurídico del trabajo del servicio del hogar familiar en España, la primera sección de este capítulo está dividida en cuatro partes. En la primera parte se realizará una breve caracterización del servicio del hogar familiar en España. Esta caracterización permitirá identificar algunos de los perfiles del trabajo del servicio del hogar familiar en este país. En la segunda parte, se abordará el régimen jurídico del trabajo del servicio del hogar familiar en el marco de su calificación como una relación de carácter especial. En esta segunda parte se enuncian las razones que la doctrina ha utilizado para fundamentar la exclusión del servicio del hogar familiar de la regulación laboral general.

En la tercera parte se analizará el ámbito y alcance del objeto de protección del Real Decreto (en adelante RD) 1620/2011. Esta es la norma especial que regula el trabajo del servicio del hogar familiar en España. A partir de las razones que justifican la delimitación del objeto de protección del trabajo doméstico, se describirán brevemente los diferentes niveles de segmentación laboral que tienen el mismo objeto o algunos de los objetos de la actividad comprendida como trabajo del servicio del hogar familiar.

Finalmente, se presentarán algunas de las críticas que se han formulado contra el marco de regulación del trabajo del servicio del hogar familiar en España, en especial, por su condición de país demandante y receptor de trabajo del cuidado. En concreto, se hará mención a dos críticas. La primera, relacionada con las implicaciones que tiene el déficit de protección jurídica interno y la no ratificación, por parte de España, del Convenio 189 de la OIT como una muestra de la complejidad de la regulación multinivel. Se trata, como se explicará más adelante, de una crítica muy fuerte si se tiene en cuenta el alto número de mujeres migrantes que realizan este tipo de trabajo y el impacto en materia de derechos humanos e igualdad de género. La segunda crítica se concentrará en las implicaciones de la alta segmentación laboral de las actividades que tienen el mismo objeto o uno similar al del trabajo del servicio del hogar familiar. A continuación, se presentará una caracterización general del trabajo del servicio del hogar familiar en España.

1.1. EL PERFIL DE LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

Uno de los elementos más importantes para caracterizar y construir el mapa general del trabajo del servicio del hogar familiar en España es la estadística. Sobre este aspecto, lo primero que debe anotarse es que la información más reciente a la que se puede acceder se encuentra disponible en la Encuesta de Presupuestos Familiares (en adelante EPF). Esta permite conocer, entre otras cosas, la información sobre los hogares con servicio doméstico. Desafortunadamente, la última versión de esta encuesta fue realizada en el año 2009, es decir, antes del momento más complejo de la crisis económica. Por esta razón, esta sección de la investigación se construirá sobre la base de la EPF pero se complementará con otros datos más recientes, en especial, con la información sobre el número de altas en la seguridad social de las personas que trabajan en el servicio del hogar familiar.

Con base en la información disponible, se puede concluir que un aspecto constante en la prestación del trabajo del servicio doméstico en España es la alta participación de las mujeres en el sector. De acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística (en adelante INE) y con el módulo anual de la EPF del año 2009 sobre hogares con servicio doméstico, el 97.8% de las personas que realizan este trabajo son mujeres¹. Esta cifra coincide estadísticamente con la que se encuentra en la parte motiva del Real Decreto 1620/2011 en la que se establece que, del conjunto de personas que trabajan en este sector, el 94% son mujeres mientras que el 6% son hombres.

Los datos aportados por la EPF señalan que el 96.7% de las trabajadoras domésticas son contratadas para realizar las tareas de la limpieza de la casa, el cuidado de la ropa y la preparación de las comidas. De estas, el 10.6% son contratadas además para cuidar a las personas en situación de dependencia, los adultos, las personas mayores, los enfermos y las personas en situación de discapacidad. Finalmente, el 6.6% son contratadas para el cuidado de los niños y niñas².

En relación con el tiempo de trabajo y las modalidades contractuales es importante destacar que predominan las jornadas parciales. De acuerdo con la información estadística, solo un 8.3% de los hogares contrata un servicio doméstico de jornada completa y un 3.8% contrata el servicio del hogar interno. También se señala que la contratación y la responsabilidad económica para asumir el pago de las trabajadoras recae principalmente en el hogar (91.3%) y excepcionalmente es asumida por alguna institución pública (3.7%). También son pocos

¹ Instituto Nacional de Estadística. Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadística, Hogares y servicio doméstico, marzo de 2012, pp. 1-7.

² Instituto Nacional de Estadística. Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadística, Hogares y servicio doméstico, marzo de 2012, pp. 1-7.

los casos en los que la responsabilidad la asumen de manera conjunta la familia y una institución pública (3.5%)³.

Sobre el origen de las trabajadoras, la EPF del año 2009 muestra que la mayor parte de las mujeres contratadas para el servicio del hogar familiar en España son nacionales (58.1%). La otra parte es asumida por migrantes de origen rumano (21.45%), ecuatoriano (11.1%), boliviano (11.0%), colombiano (8.9%) y marroquí (5.3%). Estas estadísticas llaman la atención por dos aspectos. Por una parte, resulta importante determinar si dentro del porcentaje de trabajadoras domésticas españolas se contabiliza a las personas que han migrado a España y han obtenido la doble nacionalidad. Una omisión de ese tipo puede generar un cambio sustancial de las cifras, de manera que es importante tener en cuenta ese factor para determinar el porcentaje real de mujeres extranjeras que desarrollan esta labor⁴. En segundo lugar, resulta interesante señalar que, dentro del conjunto de trabajadoras extranjeras, la gran mayoría provienen de países de América Latina como Ecuador, Bolivia y Colombia⁵.

Sin embargo, como se advirtió que la información de la EPF no es reciente y corresponde a un periodo en el que la crisis económica no había llegado a su nivel más alto, es importante analizar algunos datos que pueden arrojar luces recientes sobre el trabajo doméstico en España y, en concreto, sobre el trabajo doméstico realizado por las mujeres migrantes. A estos efectos resultan relevantes las estadísticas sobre la afiliación de extranjeros a la seguridad social en España.

De conformidad con la información registrada, el sector de los servicios es el que presenta el mayor número de extranjeros con afiliación a la seguridad social. Dentro de este grupo, la hostelería, el trabajo agrícola y el servicio doméstico tienen los baremos más altos. Este último con 202.639 personas afiliadas, de las cuales 50.271 son ciudadanas de la Unión Europea y 152.368 no son ciudadanas de la Unión Europea. Como se puede inferir, el porcentaje no comunitario triplica el número de trabajadoras del servicio doméstico en relación con las ciudadanas de la Unión Europea⁶.

³ Instituto Nacional de Estadística. Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadística, Hogares y servicio doméstico, marzo de 2012, pp. 1-7.

⁴ De acuerdo con las estadísticas sobre concesiones de nacionalidad española por residencia del año 2014, América Central y del Sur es la región que tiene el número más alto de nacionalidades reconocidas (58.239), de las cuales 22.759 son hombres y 35.476 son mujeres. Sobre esta última cifra se puede destacar que la mayoría de las mujeres son de origen boliviano (6.643), colombiano (6.143), ecuatoriano (5.946), peruano (3.476), dominicano (3277) y paraguayo (1258). Cfr. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Secretaría General de Inmigración y Emigración. *Concesiones de Nacionalidad Española por Residencia. Estadística incluida en el Plan Estadístico Nacional 2013-2016* [<http://extranjeros.empleo.gob.es/es/estadisticas/operaciones/concesiones/index.html>] (25.06.2017)

⁵ Instituto Nacional de Estadística. Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadística, Hogares y servicio doméstico, marzo de 2012, pp. 1-7.

⁶ Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Secretaría de Estado de la Seguridad Social. *Afiliación de extranjeros a la seguridad social*, noviembre de 2015, p. 11.

Ahora bien, en cuanto a los países de procedencia, el país dentro de la Unión Europea con el mayor número de trabajadoras domésticas que se han dado de alta en la seguridad social española es Rumanía (38.067), a este le siguen Bulgaria (6.672), Polonia (2.256) y Portugal (1.614). Por otra parte, entre los países que no hacen parte de la Unión Europea y que aportan un porcentaje alto de trabajo doméstico y del cuidado se encuentra, en el primer lugar, Bolivia (24.831) y le siguen Paraguay (19.282), Marruecos (14.333), Ucrania (10.415), Ecuador (9.165), Colombia (7.327) y Perú (6.198). Entre los países de América Latina que aparecen en el informe de afiliación, Argentina, Bolivia, Ecuador, Colombia, Paraguay y Perú aportan un total de 68.893 trabajadoras del servicio doméstico registradas en el sistema de seguridad social⁷. En este sentido, el porcentaje de trabajadoras domésticas provenientes de América Latina sigue siendo uno de los más altos.

Por otra parte, también es importante tener en cuenta que un alto porcentaje de mujeres migrantes realizan el trabajo doméstico y del cuidado sin que su condición sea registrada en el sistema de seguridad social. En muchos casos, esto sucede porque las trabajadoras no tienen una condición migratoria regular y, por consiguiente, su situación de vulnerabilidad es mayor⁸.

Como se puede inferir de este mapa estadístico, el trabajo del hogar familiar en España es realizado en una proporción muy importante por mujeres migrantes. No cabe duda, como se mostrará más adelante, de que el trabajo doméstico y del cuidado realizado por migrantes permite la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, así como la incorporación de más mujeres españolas al mercado del trabajo.

No obstante, esta situación tiene implicaciones de género de gran intensidad, tanto para aquellas mujeres que contratan el trabajo doméstico como para aquellas mujeres que son contratadas para el servicio del hogar familiar. Las primeras porque tienen que cubrir con su salario el pago del servicio doméstico y del cuidado. Las segundas porque son contratadas para el servicio del hogar familiar y hacen parte de las denominadas *cadena globales del cuidado*. Este segundo grupo de mujeres, abandona sus países de origen en búsqueda de mejores ingresos económicos y, paradójicamente, en muchos casos dejan al cuidado de otros familiares a sus propios dependientes, principalmente a sus hijos e hijas.

Esta situación, se dirá en esta investigación, crea una cadena de cuidado que tiene implicaciones en el cuidado de las propias mujeres que ‘subrogan el cuidado’ que deberían

⁷ Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Secretaría de Estado de la Seguridad Social. *Afiliación de extranjeros a la seguridad social*, noviembre de 2015, p. 11-13.

⁸ Sobre este aspecto se puede consultar a: GRANDE GASCÓN, MARÍA LUISA; HERNÁNDEZ PADILLA, MARÍA y LINARES ABAD, MANUEL. “Análisis de los cuidados informales desde la perspectiva de género”. En: DE LA FUENTE, YOLANDA (coord.). *Situaciones de dependencia y derecho a la autonomía: una aproximación multidisciplinar*. Alianza Editorial, Madrid, 2009, p. 289.

realizar las familias u otras mujeres, pero que es realizado por mujeres migrantes a cambio de un salario.

1.2. EL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR COMO UNA RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL: LA REGULACIÓN COMO MECANISMO DE FORMALIZACIÓN

El Estatuto de los Trabajadores de España califica al servicio del hogar familiar como una modalidad de trabajo especial⁹. Esto significa, entre otras cosas, que la fuente jurídica que regula esta relación de trabajo es una norma de carácter especial, cuya aplicación es supletoria o secundaria frente al Estatuto de los Trabajadores que es la norma jurídica laboral principal por excelencia¹⁰.

Además del Estatuto de los Trabajadores, la parte motiva del RD 1620/2011 reitera el carácter especial del servicio para un hogar familiar. Esta calificación se fundamenta en tres razones principales que se refieren al beneficiario de la actividad, la condición del empleador y el objeto del contrato. En relación con el primer factor, se sostiene que la prestación del servicio se realiza a favor de un hogar familiar¹¹; en virtud del segundo elemento, se enfatiza en el carácter no empresarial del empleador¹² y, finalmente, se destaca que el objeto del contrato consiste en la prestación de servicios domésticos¹³. Como lo han señalado algunos autores, la especialidad se justifica porque la actividad ocurre dentro de un *ámbito empresarial especial*. Con esta expresión se hace referencia a la familia como un espacio en el que se produce una “intersección del trabajador en el círculo de convivencia e intimidad de la familia”¹⁴.

En relación con el primer aspecto, que se refiere al hogar familiar como el lugar de trabajo, la doctrina ha señalado que el desarrollo de las actividades laborales dentro del ámbito privado de la familia compromete derechos constitucionales fundamentales, por ejemplo, el derecho a la intimidad familiar y personal. Según este argumento, las relaciones de confianza

⁹ *Vid.* Estatuto de los Trabajadores (artículo 2.1.b). En esta disposición se encuentra el fundamento jurídico del carácter especial del servicio del hogar familiar.

¹⁰ Por regla general, las relaciones laborales especiales tienen un sistema de fuentes específico y autónomo que solo está limitado por los derechos constitucionales fundamentales. El sistema de fuentes contemplado en el RD 1620/2011 establece la prevalencia de las disposiciones sobre trabajo doméstico contenidas en el propio Real Decreto. Solo se podrán aplicar de forma supletoria las disposiciones del Estatuto. De esta regla se exceptúa al artículo 33 del Estatuto que se refiere al Fondo de Garantía Salarial.

¹¹ MIÑARRO YANINI, MARGARITA. *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*. Editorial Reus, Madrid, 2013, p. 15.

¹² LÓPEZ GANDÍA, JUAN y TOSCANI GIMÉNEZ, DANIEL. *El nuevo régimen laboral y de Seguridad Social de los trabajadores al servicio del hogar familiar*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2012, p. 11.

¹³ LLANO SÁNCHEZ, MÓNICA. “El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar”. *Actualidad Laboral*, nº 6, 2012, p. 2.

¹⁴ LÓPEZ GANDÍA, JUAN y TOSCANI GIMÉNEZ, DANIEL. *El nuevo régimen laboral*. op. cit., p. 11.

que se tejen entre el empleador y el trabajador y la obligación de reforzar la buena fe implican una diferencia relevante respecto de otras relaciones de trabajo¹⁵.

Sobre este aspecto es importante señalar que el derecho a la intimidad familiar y personal del empleador no solo se compromete con la contratación de un tercero externo a la familia. También se deben tener en cuenta otro tipo de factores, por ejemplo, el impacto que tiene la inspección de trabajo que confiere una dimensión pública a un trabajo desarrollado en el ámbito privado de la familia. En razón de su posición, el inspector tiene la tarea de velar por el cumplimiento de los derechos laborales y las condiciones de trabajo dentro del hogar familiar. Resulta evidente que, para cumplir con su objetivo, el inspector debe involucrarse en los aspectos internos de la organización familiar¹⁶. Adicionalmente, la intimidad familiar y personal se compromete de manera especial cuando se trata de trabajadoras y trabajadores domésticos que viven en el hogar familiar de su empleador. En estos casos se puede afirmar que la cohabitación causa una afectación de este derecho constitucional de tipo bidimensional porque implica una cesión de intimidad de la familia frente al trabajador y de este frente a su empleador.

El segundo elemento sobre el cual se ha sostenido el carácter especial de la relación laboral del servicio del hogar familiar es el carácter no empresarial del empleador. Esta condición ha servido de justificación para un trato diferenciado en asuntos relacionados con el salario y las prestaciones sociales. En efecto, el estatus no empresarial de la familia ha llevado a concluir, de manera equivocada, que la contratación de un trabajador del hogar familiar implica exclusivamente una disminución de los ingresos familiares que no contribuye de ninguna manera a aumentar las posibilidades de obtener ingresos por parte del núcleo familiar¹⁷. Con base en esta premisa, el trabajo realizado dentro del hogar familiar recibe una protección distinta de la que obtiene el mismo trabajo realizado por quienes son contratados por una persona natural o jurídica que obtiene beneficios mercantiles directos derivados del trabajo doméstico a través de contratos de trabajo en régimen general o a través de contratos de función pública.

En tercer lugar, la calificación de esta relación como especial se basa en el objeto de la actividad que consiste en la realización de tareas domésticas. Se considera que estas son actividades que velan por el mantenimiento físico del espacio del hogar familiar y de sus miembros. Estos últimos reciben del trabajador un conjunto de servicios de carácter emocional.

¹⁵ MIÑARRO YANINI, MARGARITA. *El trabajo al servicio del hogar familiar*. op. cit., p. 16 y CORDERO GORDILLO, VANESSA. *La relación laboral especial*. op. cit., p.13.

¹⁶ Algunos autores señalan la importancia del derecho a la intimidad familiar y los límites que este derecho impone a la inspección de trabajo dentro del hogar familiar. Sobre este tema se sugiere consultar: MIÑARRO YANINI, MARGARITA. *El trabajo al servicio del hogar familiar*. op. cit., p. 17.

¹⁷ Vid. SALA FRANCO, TOMÁS. “La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico”. *Relaciones Laborales*, tomo 1, 1986, p. 289.

En este punto, resulta importante señalar que la atribución de un carácter especial al trabajo del servicio del hogar familiar ha repercutido de manera negativa en el esquema de protección jurídica del trabajo doméstico. En concreto, la especialidad no ha sido un factor para garantizar una mayor protección o una protección reforzada para las trabajadoras, sino que ha justificado un estándar de protección menor.

Este efecto negativo de la especialidad ha sido criticado por algunos autores. Por ejemplo, LÓPEZ y TOSCANI sostienen que el estatuto personal del empleador dentro de un *ámbito empresarial especial* no puede justificar una disminución sustancial de sus garantías laborales. También rechazan que se utilice la potencial limitación de algunos derechos constitucionales del empleador (e.g. intimidad familiar) para fundamentar el desconocimiento de los derechos de ciudadanía de un trabajador que tiene como lugar de trabajo y desarrolla sus labores dentro del hogar. Estos dos autores proponen buscar un justo equilibrio entre los derechos constitucionales del empleador y los del trabajador, como ocurre en las demás relaciones laborales¹⁸.

A pesar de todo lo señalado hasta este punto, la norma que actualmente regula el servicio del hogar familiar en España (RD 1620/2011) ha significado un salto cualitativo respecto de la anterior regulación en la materia¹⁹. Uno de los objetivos de este nuevo régimen jurídico es generar una transición de la especialidad hacia el régimen general. Eso quiere decir que esta reforma se propone equiparar la relación laboral especial del servicio del hogar familiar con la relación laboral de carácter general. Como se verá más adelante, ese efecto puede ocurrir en todos los casos en los cuales el sistema normativo de carácter general y, en concreto, el Sistema de Seguridad Social, resultan aplicables²⁰.

En relación con la norma anterior, el actual régimen jurídico del servicio del hogar familiar ha dado un paso hacia la dignificación y el reconocimiento laboral de la actividad. La propia exposición de motivos del RD 1620/2011 advierte sobre el fuerte impacto del trabajo doméstico en las políticas de género en virtud de la alta participación de las mujeres en el sector²¹. Por esa razón, mediante las disposiciones de este Real Decreto se realiza una actualización normativa, se reconocen otros derechos o se mejora la protección de los que

¹⁸ LÓPEZ GANDIA, JUAN y TOSCANI GIMÉNEZ, DANIEL. *El nuevo régimen laboral*. op. cit., p. 13.

¹⁹ El Real Decreto 1620/2011 derogó tácitamente el Real Decreto 1424/1985.

²⁰ La parte motiva del Real Decreto 1620/2011 hace referencia expresa al mandato de la Ley 27/2011 que ordena la actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social. Esta orden implica la integración al régimen general del sistema de seguridad social especial dispuesto para las personas que trabajan en el servicio doméstico. También hace referencia al cumplimiento del Pacto de Toledo. El balance sobre el grado de aplicación de ese mandato permite inferir que, hasta ahora, la nueva regulación ha generado una mayor afiliación al sistema de seguridad social. En principio, esta situación se debería traducir en una mayor protección social y en una mayor visibilización del trabajo doméstico.

²¹ Además de incorporar cambios en el sistema pensional de los trabajadores y trabajadoras del servicio doméstico que tienden hacia la generalización del régimen especial del trabajo doméstico, la exposición de motivos del Real Decreto 1620/2011 establece que esta norma busca la dignificación de un trabajo que ha sido tradicionalmente marginal y que presenta una fuerte feminización.

ya estaban reconocidos y se introduce una regla sobre la diferencia frente al estatuto general. De acuerdo con esta última, la especialidad solo operará cuando concurren razones objetivas y razonables. Finalmente, el nuevo esquema introduce reglas sobre la contratación para garantizar una mayor estabilidad en el empleo, mecanismos de transparencia frente a las condiciones de trabajo y la prohibición de discriminación²².

1.3. EL OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DEL TRABAJO DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR ESTABLECIDO EN EL REAL DECRETO 1620/2011

El esquema de protección jurídica al trabajo doméstico en España contenido en el RD 1620/2011 se puede dividir en tres grandes ejes. En primer lugar, el ámbito de protección y el alcance de esta regulación; en segundo lugar, el contenido sustantivo de los derechos protegidos y, finalmente, el eje procedimental o de garantía.

El primer eje comprende el objeto y ámbito de aplicación del RD 1620/2011. Como se explicará más adelante, en esta parte se encuentra una definición de las actividades que pueden ser consideradas como trabajo del hogar familiar²³. Del mismo modo, se establece un régimen de exclusiones que impide la aplicación de las normas de este Real Decreto a dos tipos de actividades. Por una parte, se excluyen las actividades que, *ab initio*, coinciden con el objeto protegido por el Real Decreto, pero carecen de alguno de los elementos de laboralidad para ser consideradas como una relación laboral clásica: subordinación, ajenidad y remuneración. En segundo lugar, se excluyen las relaciones que no tienen alguno de los elementos propios del tipo contractual especial del trabajo doméstico. Eso quiere decir que se excluyen las relaciones que no implican la realización de actividades en el espacio material del hogar, un empleador cualificado no empresario, algunas actividades específicas del cuidado de personas en situación de dependencia, bien por el carácter contractual específico o por el móvil de la prestación²⁴.

El segundo eje hace referencia al contenido sustantivo de los derechos protegidos. En esta parte, se establecen los derechos y deberes de los trabajadores domésticos y se regulan aspectos como el tiempo de trabajo, los salarios y las condiciones contractuales. Por último, el tercer eje recoge diversas disposiciones relacionadas con el cumplimiento de la legislación laboral, la inspección del trabajo y el acceso a la justicia para dirimir los conflictos ante la jurisdicción social.

²² *Vid.* Real Decreto 1620/2011. Un análisis de estos cambios se puede consultar en: LÓPEZ GANDIA, JUAN y TOSCANI GIMÉNEZ, DANIEL. *El nuevo régimen laboral*. op. cit., p. 9.

²³ *Vid.* Real Decreto 1620/2011 (artículo 1).

²⁴ *Vid.* Real Decreto 1620/2011 (artículo 1).

De acuerdo con la estructura de esta investigación, esta sección se centrará exclusivamente en el primero de los tres ejes mencionados que se refiere al ámbito de aplicación y al objeto del contrato. En tanto lo que interesa en esta investigación es identificar que el mismo objeto de prestación recibe tratos jurídicos distintos en función de las fronteras de laboralidad (subordinación, dependencia y remuneración), del tipo de contrato y de las partes contratantes o prestadoras del trabajo.

El objeto y alcance de protección del trabajo doméstico está descrito en los artículos 1º y 2º del RD 1620/2011. La exposición de estas disposiciones se hará a través del análisis de las aristas subjetiva y objetiva. La primera (subjetiva) comprende la definición de las partes de la relación laboral (trabajadora o trabajador doméstico y empleador o empleadora) mientras que la segunda (objetiva) comprende la definición de la actividad jurídicamente protegida. Finalmente, esta sección se centrará en la arista objetiva y se explicará el ámbito material y el ámbito de cuidado.

En relación con la arista subjetiva, el artículo 1.2. del RD 1620/2011 define expresamente la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Esta se entiende como aquella que se pacta entre el titular del hogar familiar -a título de empleador- y un empleado; este último presta unos servicios dentro del ámbito del hogar familiar de manera dependiente y por cuenta del empleador a cambio de una retribución²⁵. A pesar de la existencia de esta definición, el Real Decreto no establece taxativamente quién puede ser considerado como un trabajador doméstico. Como se ha enunciado, la norma se limita a estipular que la actividad debe ser prestada cumpliendo con una de las características de las relaciones laborales clásicas: la remuneración²⁶.

Por su parte, el artículo 1.3. del RD 1620/2011 define al empleador como la persona titular del hogar familiar, del lugar de residencia o del lugar en cual se prestan los servicios domésticos. La disposición establece que en los casos de convivencia de varias personas que no constituyen una familia y que tampoco están constituidas como personas jurídicas (e.g. agrupación parafamiliar), la categoría de empleador o empleadora deberá ser asumida por la persona titular de la vivienda. Este efecto se produce con independencia que el titular de la vivienda la habite o que solo tenga a cargo el sostenimiento de la misma²⁷. En todo caso,

²⁵ Los componentes de subordinación, ajenidad y remuneración son determinantes para establecer si una actividad, que puede tener el mismo o similar objeto, se encuentra protegida por el RD 1620/2011 o si hace parte de alguno de los regímenes de excepción.

²⁶ MOLERO MANGLANO, CARLOS (dir.). *Manual de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch, 13ª ed., Valencia, 2013, p. 145. El autor señala que se requieren los elementos de ajenidad, dependencia y remuneración. En el caso de que no exista este último, se debe probar la existencia de los dos primeros para desvirtuar una presunción de no laboralidad.

²⁷ Sobre la responsabilidad solidaria en los casos de agrupación parafamiliar, se ha señalado que el origen de la relación laboral de carácter especial es independiente de las relaciones de parentesco entre quienes conviven en el hogar. En su criterio, el aspecto determinante tiene relación con las exigencias particulares que se derivan de la convivencia de los moradores con independencia de su parentesco. *Vid.* RUANO ALBERTOS, SARA. *El régimen jurídico de los empleados del hogar*. Atelier, Barcelona, 2013, p. 47.

existe responsabilidad solidaria entre las personas que cohabitan en la misma vivienda o de la agrupación parafamiliar frente al cumplimiento de las obligaciones laborales que asuman con la trabajadora o trabajador doméstico²⁸.

Por otra parte, el artículo 1.4. del RD 1620/2011 establece la arista objetiva que comprende la definición de la actividad jurídicamente protegida. Esta se define como el conjunto de servicios o actividades que son prestadas para el hogar familiar. Según la norma, las anteriores pueden:

“(…) revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección y el cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos”²⁹.

Como se puede inferir, esta definición del objeto de la actividad protegida tiene varios aspectos que es necesario precisar. El primero está ligado a uno de los elementos definitorios de la especialidad, esto es, la prestación del servicio *para* el hogar familiar. El uso de la preposición *para* permite ampliar el margen interpretativo de lo que se entiende por relación laboral del servicio del hogar familiar respecto de la anterior regulación establecida en el RD 1424/1985³⁰. En efecto, la redacción de esta nueva disposición permite incluir dentro de esta modalidad de trabajo a aquellas actividades que se realizan por fuera del hogar pero que contribuyen a su sostenimiento. Se trata de una interpretación finalista del objeto contractual que supera el criterio formal previo, de acuerdo con el cual, solo se entendían comprendidas las actividades que se realizaban dentro del espacio físico del hogar familiar³¹.

Es importante señalar que no existe pleno acuerdo sobre la posibilidad de interpretar extensivamente el objeto del contrato. A favor de la interpretación extensiva se afirma que se trata de una práctica consolidada en la jurisprudencia sobre el RD 1424/1985. En efecto, mediante decisiones judiciales se había establecido que el objeto del contrato comprendía actividades que se desarrollaban por fuera del hogar familiar, por ejemplo, el cuidado de personas dependientes o el cuidado y la recogida de niños. Ninguna de estas actividades era desarrollada dentro del espacio físico del hogar.

²⁸ Una explicación detallada de la responsabilidad solidaria de las personas que son beneficiarias de los servicios domésticos se puede encontrar en: LLANO SÁNCHEZ, MÓNICA. “El nuevo contrato laboral especial”. op. cit., p. 2.

²⁹ *Vid.* Real Decreto 1620/2011 (artículo 1.4).

³⁰ Algunas autoras señalan que el RD 1620/2011 refleja una recepción de los criterios establecidos en veinticinco años de jurisprudencia sobre el RD 1424/1985. *Vid.* LLANO SÁNCHEZ, MÓNICA. “El nuevo contrato laboral especial”. op. cit., p. 2.

³¹ Sobre la posibilidad de hacer una interpretación extensiva de los elementos definitorios del trabajo doméstico con el fin de incluir actividades adicionales a las que se realizan dentro del hogar familiar: CORDERO GORDILLO, VANESSA. *La relación laboral especial*. op. cit., p. 27.

De otra parte, SARA RUANO considera que la interpretación extensiva es contraria a las disposiciones que justifican la especialidad de esta relación laboral. Según esta autora, en el preámbulo del RD se establece que son objeto de protección las actividades que se realizan: “(...) en el ámbito del hogar y la palabra ámbito hace referencia a un espacio concreto”³². La autora también se refiere al artículo 1.2 del RD porque considera que la interpretación extensiva desvincula los servicios prestados del lugar en el que se “(...) desarrolla la actividad del lugar en el que se prestan, ampliando el objeto a los servicios no efectuados en el hogar familiar (...) no debemos olvidar que no deben efectuarse interpretaciones extensivas de su objeto. Serán los tribunales, de nuevo, los encargados de interpretar el contenido de la norma, habiéndose perdido la oportunidad de hacer una redacción sin ambigüedades”³³. Por consiguiente, la autora resalta que, en razón del criterio de especialidad, las relaciones laborales realizadas por fuera del ámbito doméstico de la familia deben ser consideradas como relaciones laborales regidas por el régimen general del Estatuto del Trabajo³⁴.

Por otra parte, la arista objetiva también comprende las actividades *propias del hogar familiar*. Estas pueden ser realizadas en el ámbito material o en el ámbito del cuidado. El primero, se refiere a aquellas actividades cuyo objetivo es garantizar el sostenimiento y el cuidado del espacio físico del hogar. El segundo corresponde a aquellas actividades que se desarrollan para garantizar el cuidado de la vida y la protección de los miembros que componen el hogar familiar³⁵.

Dentro del ámbito material se incluyen las denominadas actividades domésticas por extensión, por ejemplo, la jardinería, la conducción de vehículos, los servicios de guardería y otros conexos. Del mismo modo, este ámbito involucra las tareas domésticas relacionadas con la limpieza y cuidado del entorno físico del hogar, la preparación de alimentos, la realización de la compra y la dirección del hogar³⁶.

En cuanto al ámbito del cuidado, se produce un salto cualitativo respecto de la regulación establecida en el RD 1424/1985. Este restringía la protección normativa del trabajo doméstico al cuidado o la atención que se prestaba a los miembros de la familia o quienes convivían en el domicilio. En cambio, el RD 1620/2011 tiene un marco de protección que comprende el cuidado de aquellas personas que forman parte del ámbito doméstico y

³² RUANO ALBERTOS, SARA. *El régimen jurídico de los empleados del hogar*. op. cit., pp. 47-50.

³³ RUANO ALBERTOS, SARA. *El régimen jurídico de los empleados del hogar*. op. cit., pp. 47-50.

³⁴ RUANO ALBERTOS, SARA. *El régimen jurídico de los empleados del hogar*. op. cit., pp. 47-50.

³⁵ En relación con el objeto de la relación laboral del servicio del hogar familiar, MARÍA SALCEDO analiza los pronunciamientos jurisprudenciales recientes en materia de trabajo doméstico. En concreto, la autora cita las sentencias del STSJ Castilla-La Mancha, 15 de noviembre de 2012, (Rec. 1271/2012); STSJ Contencioso administrativo, 31 de mayo de 2012, (Rec/2011) y STSJ Comunidad Valenciana, 19 de julio de 2012, (Rec. 1636/2012). El análisis se puede consultar en: SALCEDO BELTRÁN, MARÍA CARMEN. “La relación laboral especial”. op. cit., pp. 113-114.

³⁶ LLANO SÁNCHEZ, MÓNICA. “El nuevo contrato laboral especial”. op. cit., p. 3.

familiar, incluso aquellas que no residan en este³⁷. Sobre este aspecto, autoras como MÓNICA LLANO sostienen que:

“(…) el nuevo texto confirma que la especialidad del contrato no puede establecerse únicamente sobre el elemento locativo sino que debe delimitarse el objeto del contrato atendiendo también al contenido y finalidad de las actividades o servicios que deben ser necesariamente “tareas domésticas” en cualquiera de sus modalidades”³⁸.

Por otra parte, la doctrina ha señalado tres características para que una actividad pueda ser considerada como tarea doméstica y, por consiguiente, sea protegida dentro del marco regulatorio del RD 1620/2011. En concreto, la doctrina se ha referido al carácter inespecífico, indefinido y universal. Según SARA RUANO, estas características permiten establecer las diferencias entre el trabajo doméstico y otras actividades que son realizadas, por ejemplo, por los cuidadores profesionales³⁹. Estas últimas tienen un objeto similar al de algunas tareas domésticas, tanto en el plano material como en el cuidado, pero ostentan un mayor nivel de especificidad y especialización⁴⁰.

Para que una relación pueda ser considerada como de carácter especial del servicio del hogar familiar, esta debe tener los tres componentes exigidos en una relación laboral clásica⁴¹. Esta tesis es independiente de la mención expresa que se hace al requisito de la remuneración⁴². Además, debe tener los elementos contractuales especiales: empleador con cualificación no empresarial, realizarse en el espacio material del hogar o para el hogar familiar y las actividades realizadas deben corresponder a tareas domésticas materiales y/o emocionales, afectivas o de cuidado. Estas, a su vez, deben ser inespecíficas, universales e indefinidas. De lo contrario, las actividades harán parte del régimen de exclusiones contemplado en el artículo 2º del RD 1620/2011 y, por consiguiente, se encontrarán por fuera de los límites y

³⁷ CORDERO GORDILLO, VANESSA. *La relación laboral especial*. op. cit., p. 29 y MIÑARRO YANINI, MARGARITA. *El trabajo al servicio del hogar familiar*. op. cit., p. 22.

³⁸ LLANO SÁNCHEZ, MÓNICA. “El nuevo contrato laboral especial”. op. cit., p. 3.

³⁹ RUANO ALBERTOS, SARA. *El régimen jurídico de los empleados del hogar*. op. cit., p. 50.

⁴⁰ “(…) la progresiva normalización del sector del servicio doméstico exige superar la idea de que las tareas del hogar son inespecíficas, indeterminadas y universales, lo que ha llevado a expulsar del ámbito del contrato especial las tareas técnicas y especializadas”. LLANO SÁNCHEZ, MÓNICA. “El nuevo contrato laboral especial”. op. cit., p. 3.

⁴¹ La ausencia de subordinación y de ajenidad es el fundamento para la exclusión de algunas actividades, por ejemplo, las realizadas por el cuidador no profesional. Este último se encuentra regulado por la Ley 39/2006. De esta manera, se puede inferir que los requisitos esenciales de una relación laboral clásica son los que marcan una de las líneas divisorias con los regímenes laborales excluidos.

⁴² La remuneración es el requisito que aparece expresamente en el artículo 2.1.e) del RD 1620/2011. Esta disposición establece el régimen de excepciones en los siguientes términos: “Las relaciones concertadas entre familiares para la prestación de servicios domésticos *cuando quien preste los servicios no tenga la condición de asalariado* en los términos del artículo 1.3. e) del Estatuto de los Trabajadores”. (cursiva fuera de texto). Sobre este aspecto, MÓNICA LLANO señala que el RD 1620/2011 eliminó los requisitos de ajenidad y dependencia. Esta tesis se encuentra formulada en: LLANO SÁNCHEZ, MÓNICA. “El nuevo contrato laboral especial”. op. cit., p. 3.

alcances de protección de esta norma especial, incluso, cuando las actividades implican el mismo objeto o uno similar.

En este orden de ideas, es posible agrupar el régimen de exclusiones en dos grandes grupos. El primero contiene las exclusiones por ausencia de ajenidad, subordinación y, especialmente, de remuneración. El segundo se refiere a las exclusiones por ausencia de uno de los elementos del tipo contractual especial⁴³.

Dentro del primer grupo de actividades excluidas están los trabajos de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia prestados en el propio domicilio⁴⁴. Estos se encuentran regulados en la Ley 39/2006 cuyo contenido será analizado en el siguiente capítulo. También están excluidas las relaciones que son concertadas entre familiares para la prestación de servicios domésticos, siempre que quien los desarrolle no tenga la condición de asalariado⁴⁵. Adicionalmente, se exceptúan los trabajos que son realizados a título de amistad, benevolencia y buena vecindad⁴⁶. Finalmente, se excluyen las relaciones que corresponden a las actividades de colaboración y convivencia familiar denominadas *au-pair*⁴⁷. Estas consisten en la prestación de servicios del cuidado de niños, la enseñanza de idiomas u otras prestaciones que correspondan al mismo objeto del trabajo protegido en el RD 1620/2011, siempre que estas tareas tengan un carácter marginal⁴⁸.

Algunos autores señalan los dos requisitos formales que deben darse para la exclusión del régimen jurídico de protección del RD 1620/2011 de las actividades domésticas desarrolladas por familiares. Por una parte, establecen un límite de carácter subjetivo que se refiere a la existencia de un vínculo familiar de cónyuge, descendientes y ascendientes en línea directa sin limitación de grado, demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado y, cuando corresponda, por adopción. De otra parte, se refieren a un límite objetivo relativo a la convivencia. Sin embargo, no es claro si la convivencia tiene que ser física o alimenticia, esta última entendida como:

“(…) la dependencia económica con el empresario. Dado el fundamento de la exclusión, parece que debería bastar con esta última, al quedar difuminada la ajenidad cuando se prestan los servicios en el ámbito familiar. La convivencia se constituye, así como una presunción de no laboralidad, sin embargo, como se señaló de manera precedente incluso esta presunción

⁴³ Esta división permite identificar claramente los esquemas de exclusión a partir del criterio de especialidad y de los criterios de *hiperespecialidad*. Estos últimos excluyen otras labores que comparten identidad de objeto con la relación protegida por el RD 1620/2011 pero que poseen características especiales. La clasificación es realizada por: LLANO SÁNCHEZ, MÓNICA. “El nuevo contrato laboral especial”. op. cit., pp. 4 y 5.

⁴⁴ *Vid.* Real Decreto 1620/2011 (artículo 2.1.c).

⁴⁵ *Vid.* Real Decreto 1620/2011 (artículo 2.1.e).

⁴⁶ *Vid.* Real Decreto 1620/2011 (artículo 2.1.f).

⁴⁷ *Vid.* Real Decreto 1620/2011 (artículo 2.2.).

⁴⁸ *Vid.* Real Decreto 1620/2011 (artículo 1.4).

iuris tantum a través de una prueba en la que concurra la ajenidad y la dependencia, incluso si no es posible demostrar el pago de salario o bien el empleador esté cumpliendo o no este requisito”⁴⁹.

De acuerdo con lo anterior, se puede inferir que los componentes de la relación laboral clásica (ajenidad, subordinación y remuneración) operan como piedra de toque para determinar algunas de las actividades que están excluidas del régimen de protección del RD 1620/2011. Adicionalmente, resulta muy interesante analizar el fundamento de cada una de estas exclusiones. Por ejemplo, el principal argumento doctrinal para la exclusión de los trabajos domésticos familiares se basa en la idea de que estas actividades revierten en beneficio del propio hogar familiar. Según esta tesis, más allá de la búsqueda de retribución económica directa, quien desarrolla estas labores persigue “otras compensaciones de índole material y espiritual”⁵⁰.

Como se anunció previamente, el segundo grupo de exclusiones se basa en la ausencia de uno de los elementos del tipo contractual especial. Dentro de este conjunto se encuentran todas las demás actividades mencionadas en el artículo 2º del RD 1620/2011. En primer lugar, las relaciones concertadas por personas jurídicas, de carácter civil o mercantil, incluso si contractualmente tienen el mismo objeto que la relación regulada por el RD 1620/2011, caso en el cual se regirán por las normas laborales comunes del Estatuto de los Trabajadores⁵¹. En segundo lugar, las relaciones concertadas a través de empresas de carácter temporal, de acuerdo con lo establecido en la Ley 14/1994 que regula este tipo de empresas⁵². Finalmente, las relaciones de los cuidadores profesionales contratados por instituciones públicas o por entidades privadas de acuerdo con la Ley 39/2006 para la promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia⁵³.

Por último, es importante señalar que todas las reglas que conforman el régimen de exclusión que se ha comentado previamente tienen la condición de presunciones de derecho. Esto significa que toda exclusión puede ser desvirtuada probatoriamente.

Por otra parte, en contra del régimen jurídico especial que regula el trabajo doméstico en España se pueden formular dos críticas principales. La primera de estas se encuentra relacionada con la no ratificación, por parte del Estado español, del Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) sobre trabajo doméstico para trabajadoras y trabajadores domésticos. La segunda crítica se refiere al alto grado de segmentación de las actividades cuyo objeto son las tareas domésticas y del cuidado.

⁴⁹ MOLERO MANGLANO, CARLOS (dir.). *Manual de Derecho del Trabajo*. op. cit., p. 145.

⁵⁰ MOLERO MANGLANO, CARLOS (dir.). *Manual de Derecho del Trabajo*. op. cit., p. 145.

⁵¹ *Vid.* Real Decreto 1620/2011 (artículo 2.1. a).

⁵² *Vid.* Real Decreto 1620/2011 (artículo 2.1.b).

⁵³ *Vid.* Real Decreto 1620/2011 (artículo 2.1.c).

En relación con la primera crítica, es importante señalar que la norma que regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar en España (RD 1620/2011) fue expedida casi de manera simultánea con la aprobación del Convenio 189 de la OIT. Sin embargo, hasta el momento de la elaboración de este capítulo, el Estado español no ha ratificado el Convenio 189.

Los propios informes de la OIT han tratado de explicar el hecho de que España no haya ratificado el Convenio 189⁵⁴. Sin embargo, esa situación ha sido evaluada con preocupación tanto a nivel nacional como internacional. En el primer caso, en mayo de 2013 la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de los Diputados “aprobó por unanimidad una enmienda transaccional a la Proposición no de Ley de la Izquierda Plural sobre la ratificación del Convenio (189) y su Recomendación”⁵⁵. Esta proposición fue negociada y consensuada con todos los grupos de la Cámara. Por otra parte, el Consejo de la Unión Europea autorizó a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión Europea, el Convenio 189 de la OIT. De acuerdo con el Consejo, esta autorización procede en virtud de que no hay incompatibilidades sustanciales entre la norma convencional y el derecho comunitario y existe un compromiso de la Unión para promover el trabajo decente dentro y fuera del ámbito comunitario⁵⁶.

La no ratificación del Convenio 189 de la OIT tiene un alto costo de oportunidad. En especial, por la incidencia positiva que puede tener una regulación garantista del trabajo doméstico en Europa y, especialmente, en España. En este último, la demanda de trabajadoras domésticas ha aumentado por diferentes causas, entre las cuales sobresalen, la mayor vinculación de las mujeres al trabajo fuera de casa, el envejecimiento de la población y el recorte de los servicios sociales del cuidado. También han causado un incremento de la demanda los procesos de la llamada modernización económica y la crisis financiera europea⁵⁷.

⁵⁴ “En España se optó por reglamentar la cuestión directamente por real decreto, sin perjuicio de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, que es la norma de aplicación general. Así lo aconsejaban la complejidad del empleo doméstico y la necesidad de adoptar medidas de aplicación efectiva más concretas”. OIT. *Trabajo decente para los trabajadores domésticos*. op. cit., p. 31 y QUESADA SEGURA, ROSA. *El contrato de servicio doméstico*. Distribuciones La Ley, Madrid, 1991, pp. 11-45.

⁵⁵ En el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados se advierte expresamente que el Convenio 189 de la OIT ha entrado en vigor y el Gobierno español no lo ha ratificado. Además, el Boletín resalta unos datos de interés sobre el trabajo doméstico en España. En efecto, señala que: “a nivel estatal ocupa a 658.000 personas de las cuales un 90% son mujeres. Según el movimiento laboral registrado el 54% de las personas afiliadas al régimen del hogar son extranjeras”. Desde las Cortes se insta al Gobierno a ratificar sin más demoras el Convenio 189 y la Recomendación 201 de la OIT. Cfr. Congreso de los Diputados. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, serie D, n° 348, 28 de octubre de 2013, p. 15.

⁵⁶ Comisión Europea. Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión Europea, el Convenio sobre el trabajo digno para los trabajadores domésticos de 2011 de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 189). Bruselas, 21 de marzo de 2013. COM (2013) 152 final.

⁵⁷ Sobre la situación del trabajo doméstico en la Unión Europea y en España se puede consultar: LÓPEZ GANDÍA, JUAN y TOSCANI GIMÉNEZ, DANIEL. *El nuevo régimen laboral*. op. cit., p. 7; GALA DURÁN, CAROLINA. “La protección en materia de seguridad social de los empleados del hogar tras el RDL 29/2012”. En: ESPUNY

En un escenario como el señalado, en el que la demanda del trabajo doméstico está en ascenso, resulta imperativo contar con mejores herramientas normativas que permitan alcanzar una mejor y mayor protección jurídica para contrarrestar fenómenos recurrentes en el trabajo doméstico como la precariedad, la alta participación de las mujeres, la desvalorización social y la informalidad económica. Adicionalmente, los instrumentos normativos internacionales pueden ser útiles para enfrentar los nuevos fenómenos globales relacionados directamente con la población migrante femenina, en concreto, las *cadena internacionales del cuidado*⁵⁸ y las conductas delictivas como el trabajo forzado, el trabajo por deudas, la trata de personas y la esclavitud laboral doméstica. Sobre este aspecto, MARGARITA BONET señala:

“El servicio doméstico es una actividad económica de difícil regulación en cualquiera de las disciplinas jurídicas que nos planteemos puesto que en ella concurren dos elementos de escurridizo control, por una parte, que se ejerce en gran número en la economía sumergida y, por otra, que existen un gran número de empleados del hogar inmigrantes. Estas premisas permiten una gran serie de abusos en las condiciones laborales y también favorecen los procesos migratorios no solo ilegales sino la trata de personas para su explotación laboral, entre otras”⁵⁹.

Para contestar a la primera crítica frecuentemente se afirma que, a pesar de estar por fuera del marco del Convenio 189 de la OIT, el RD 1620/2011 mejoró las condiciones de las trabajadoras domésticas. Esto es especialmente cierto si se compara la regulación vigente con la norma anterior sobre la materia, la cual tenía un carácter jurídico más cercano a las normas civiles. En concreto, respecto de la anterior regulación, los avances del RD 1620/2011 se centran en aspectos como el reconocimiento de más derechos, la incorporación al sistema general de seguridad social y la búsqueda de una transición progresiva de la especialidad a la generalidad de la regulación laboral del Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, la anterior respuesta no es suficiente para superar esta crítica. Es necesario advertir que, a pesar de los avances del RD 1620/2011 frente a la regulación anterior, el estándar de protección trazado en esta norma nacional se mantiene por debajo del

TOMÁS, MARÍA JESÚS y GARCÍA GONZÁLEZ, GUILLERMO (coords.). *Relaciones laborales y empleados del hogar*. op. cit., pp. 142- 143; CORDERO GORDILLO, VANESSA. *La relación laboral especial*. op. cit., p. 5 y VILLOTA, PALOMA (dir.); FERRÁN HERRERO, IGNACIO y VÁZQUEZ CUPEIRO, SUSANA. *Impacto de la crisis económica en el trabajo doméstico remunerado domiciliario y propuestas de medidas políticas, fiscal, social y laboral para estimular su formación y profesionalización*. Fondo Social Europeo, 2011, pp. 11-17 (disponible en línea: <http://www.inmujer.gob.es/observatorios/observIgualdad/estudiosInformes/docs/impCrisisEcoTrabDom ic.pdf>) (20.06.2017)

⁵⁸ Sobre las cadenas internacionales del cuidado: FUDGE, JUDY. “Global Care Chains”. op. cit., pp. 63-69.

⁵⁹ BONET ESTEVA, MARGARITA. “El sentido de la intervención penal en el desarrollo de una regulación del servicio doméstico: Explotación laboral, tráfico de trabajadores y trata de personas con finalidad de explotación laboral severa”. En: ESPUNY TOMÁS, MARÍA JESÚS y GARCÍA GONZÁLEZ, GUILLERMO (coords.). *Relaciones laborales y empleados del hogar*. op. cit., p. 275.

establecido en el Convenio 189 y en la Recomendación 201 de la OIT. En concreto, la mitigación del parámetro de especialidad que significó el Real Decreto de 2011 no ha llegado al punto de incluir la protección de aspectos sustanciales fundamentales como, entre otros, el derecho de asociación, la sindicalización laboral, la formación profesional y los riesgos profesionales⁶⁰.

Como se anunció previamente, la segunda crítica se refiere al alto nivel de segmentación de las actividades que tienen objetos similares o idénticos al objeto del servicio del hogar familiar. La segmentación se presenta tanto en las actividades relacionadas con el mantenimiento físico del hogar como en aquellas que recaen sobre el cuidado de la vida.

En algunos casos, la segmentación puede ser más favorable para quien realiza la actividad (e.g. cuidadores profesionales) mientras que en otros puede resultar menos favorable para quien realiza el trabajo del cuidado como cuidador no profesional o familiar. Estos últimos, aunque desarrollan actividades que son indeterminadas y difusas -como en el trabajo doméstico, tienen un estatuto de protección que no es claro y que se encuentra en una zona gris entre la protección laboral y el régimen administrativo de la promoción de la autonomía y la dependencia regulado en la Ley 39/2006.

Para finalizar la exposición del sistema español, es necesario señalar las razones que fundamentan la exclusión del cuidador no profesional del estatuto especial del servicio del hogar familiar. En primer lugar, se afirma que en el caso del cuidado no profesional no existe un reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre el cuidador no profesional y la persona en situación de dependencia. Por otra parte, se señala la inexistencia de remuneración y, por consiguiente, la consecuente ausencia de una relación contractual especial del servicio doméstico⁶¹. En tercer lugar, se apela al carácter familiar que marca una frontera para el estándar de protección entre actividades que tienen objeto similar. De acuerdo con este argumento, el servicio se presta con motivaciones diferentes porque en uno de los casos se realiza de manera altruista mientras que en el otro tiene un carácter oneroso. Finalmente, se aducen las diferencias en el mecanismo de contratación porque el servicio doméstico se contrata a través del hogar familiar mientras que el reconocimiento del cuidador no profesional se hace por vía administrativa⁶².

⁶⁰ Sobre este aspecto, MÓNICA LLANO no hace una comparación expresa entre el RD 1620/2011 y el Convenio 189 de la OIT. Sin embargo, menciona algunos retos pendientes en la regulación igualitaria del trabajo doméstico que coinciden con los avances del Convenio 189 en relación con las normas nacionales. Cfr. LLANO SÁNCHEZ, MÓNICA. “El nuevo contrato laboral especial”. op. cit., p. 17.

⁶¹ CORDERO GORDILLO, VANESSA. *La relación laboral especial*. op. cit., pp. 25-26.

⁶² CORDERO GORDILLO, VANESSA. *La relación laboral especial*. op. cit., p. 19.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJO DEL SERVICIO DOMÉSTICO EN COLOMBIA: UN TRABAJO FORMAL EN UN SISTEMA NORMATIVO DE EXCEPCIONES Y EXCLUSIONES Y EL IMPACTO DE LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO 189

En la sección anterior se describió el régimen jurídico del trabajo del hogar familiar en España. Al final de la exposición se resaltó que ese país no ha ratificado el Convenio 189 de la OIT y que existe un alto nivel de segmentación de las actividades relacionadas con el trabajo doméstico y del cuidado. Como se verá en esta sección del capítulo, a diferencia de lo que sucede en España, el Estado colombiano ratificó en el año 2014 el Convenio 189 de la OIT. Como también se dirá, la ratificación de ese Convenio ha tenido efectos positivos de tipo normativo, jurisprudencial y social. En una visión de largo plazo, se espera que estos beneficios contribuyan a superar algunos de los problemas relacionados con el déficit de protección de esta modalidad de trabajo. Adicionalmente, existe un alta expectativa sobre la discusión que se puede generar en torno al objeto del trabajo doméstico remunerado y las condiciones en que este se realiza.

Por otra parte, en Colombia tampoco existe un nivel de segmentación tan específico como el que existe en España respecto de las actividades en las que el objeto contractual es igual o similar al que se realiza en el trabajo doméstico. Sin embargo, del hecho de que en Colombia no haya un nivel de hipersegmentación, no se puede inferir directamente que existan mejores condiciones laborales para el trabajo doméstico regulado por el Código Sustantivo del Trabajo o para otros colectivos que realizan actividades que se enmarcan en el objeto del trabajo doméstico y del cuidado.

Por el contrario, como se señalará a continuación, en Colombia existe un alto déficit de protección de varias actividades que son desarrolladas sin ningún tipo de reconocimiento. Este el caso, por ejemplo, del trabajo doméstico y del cuidado informal. Esta es una diferencia notable con España porque en ese país existe la figura del cuidador no profesional desarrollada principalmente por cuidadores familiares, cuya relación jurídica se rige por la Ley 39/2006 sobre promoción a la autonomía personal y atención a la dependencia como se analizará en el próximo capítulo.

A modo de introducción, se puede afirmar que las diferencias en cuanto al nivel de segmentación y la ratificación del Convenio 189 de la OIT permiten identificar las diferencias en la regulación del mismo objeto de prestación en los dos ordenamientos jurídicos analizados. Como se verá, existen puntos comunes y también problemas propios derivados del sistema jurídico sobre el trabajo doméstico en Colombia y de su contexto. En ese sentido, esta parte del capítulo también consta de cuatro secciones. En la primera se realiza una breve caracterización de los perfiles del trabajo doméstico en Colombia. En la segunda se analiza la definición y el objeto contractual del servicio doméstico. En el tercer apartado se describe el marco jurídico de protección del trabajo doméstico. Finalmente, en la última sección se

analiza la incidencia de la ratificación del Convenio 189 de la OIT en los ámbitos normativo, jurisprudencial y social.

2.1. EL PERFIL DE QUIENES SE DEDICAN AL TRABAJO DEL SERVICIO DOMÉSTICO EN COLOMBIA: LA URGENCIA DE ANÁLISIS TRANSVERSAL E INTERSECCIONAL DE GÉNERO

Para analizar los perfiles de quienes se dedican al trabajo doméstico remunerado en Colombia se utilizará la información estadística. Esta metodología es la misma que se aplicó al análisis de los perfiles del trabajo del hogar familiar en España.

En Colombia, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (en adelante DANE) realiza la Encuesta sobre participación porcentual del mercado del trabajo. Esta encuesta señala que, entre octubre y noviembre de 2015, el 3.2% de la población ocupada trabajaba en el servicio doméstico. Con base en este dato, algunas autoras sostienen que el servicio doméstico es la primera fuente de trabajo remunerado desarrollado por las mujeres. Sobre este punto, VIVIANA OSORIO y CARMEN TANGARIFE advierten que:

“(…) en Colombia, existen 18 veces más mujeres trabajadoras del servicio doméstico que hombres: el 95% del trabajo doméstico es realizado por mujeres, lo que equivale alrededor de 600 mil empleadas en este sector, que es por lo general, precario, poco regulado y aún sin derechos sociales en la mayoría de los países latinoamericanos: actualmente solo 8.000 personas que trabajan en el servicio doméstico en Colombia tienen un contrato de trabajo”⁶³.

De acuerdo con el Ministerio del Trabajo, para el año 2013 el número de personas que trabajaban en el servicio doméstico era de 753.333. De esta cifra, el 95% correspondía a mujeres. Adicionalmente, es importante resaltar que, de acuerdo con datos de la OIT, en Colombia entre el 7% y el 10% de las mujeres ocupadas se desempeña como trabajadora del servicio doméstico⁶⁴.

De otro lado, un estudio empírico realizado por la Escuela Nacional Sindical (en adelante ENS) en la ciudad de Medellín indica que las mujeres que se dedican al trabajo doméstico remunerado viven en los sectores más deprimidos de la ciudad⁶⁵. Adicionalmente, el estudio

⁶³ OSORIO PÉREZ, VIVIANA y TANGARIFE, CARMEN LUCÍA. “De Cuidados y Descuidos. La Economía del Cuidado en Colombia: el (des)balance mercado-familia-Estado”. En: OSORIO PÉREZ, VIVIANA (coord.). *De cuidados y descuidos. La economía del cuidado en Colombia y perspectivas de política pública*. Ediciones Escuela Nacional Sindical, Medellín, 2015, p. 104.

⁶⁴ OIT. “Panorama Laboral 2012. América Latina y el Caribe”. Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Lima, 2012, p. 60.

⁶⁵ MORALES MOSQUERA, MARÍA EDITH (coord.). *Barriendo la invisibilidad de las trabajadoras domésticas afrocolombianas en Medellín*. Escuela Nacional Sindical-Corporación Afrocolombiana de Desarrollo Social y

revela que se trata de personas con pocas alternativas de movilidad social y nulas posibilidades de ascenso o cambio de labor⁶⁶. Del mismo modo, en los resultados de este trabajo se identificó que el trabajo doméstico es una actividad realizada por:

“(…) mujeres de origen campesino, varias de estas madres solteras, que lo han hecho buscando reemplazar los salarios deteriorados de sus cónyuges y para mantener el nivel de consumo familiar. La mayoría de ellas solo terminaron la primaria, situación que las expone a ser más violentadas laboralmente, sexualmente, explotadas y discriminadas desde la infancia”⁶⁷.

También resulta interesante señalar que en el estudio coordinado por MARÍA EDITH MORALES se destaca que entre las razones presentadas, que llevan a las mujeres a dejar sus ciudades de origen y trasladarse a Medellín para trabajar en el servicio doméstico se encuentran: “la falta de oportunidades laborales un (57.1%), el desplazamiento forzado un (23.8%) y otras lo hacen buscando oportunidades para estudiar (7.1%), otro porcentaje de mujeres que corresponde al (11.9%) manifestaron que su motivación se generó por otras razones”⁶⁸. En su mayoría, las mujeres que trabajan en el servicio doméstico en Medellín provienen del departamento del Chocó⁶⁹.

A la contundencia de estas cifras es importante agregar el hecho cultural de la negación del trabajo doméstico como un verdadero trabajo. Esta negación deriva de una comprensión errada, dentro de la cual el trabajo doméstico se considera como inherente al rol asumido tradicionalmente por las mujeres. Según esta visión, las mujeres que se dedican al trabajo doméstico lo realizan sin ningún esfuerzo.

Esta concepción cultural tiene diversas implicaciones. Por una parte, se convierte en el fundamento de la *deslaboralización* de la actividad y de su precarización en términos de derechos laborales mínimos. Además, profundiza la marginalidad, la discriminación y los círculos de pobreza. Desde este punto de vista, es posible afirmar que el trabajo doméstico es una de las actividades laborales que se desarrolla principalmente dentro de la economía subterránea.

Adicionalmente, existe la idea de que el trabajo doméstico es una fuente de oportunidades para personas que requieren de alguna ayuda, bien sea a través de algunos ingresos o incluso de bienes mínimos como la alimentación y el hospedaje. De acuerdo con el estudio

Cultural, Medellín, 2012 y MUÑOZ CAÑAS, SANDRA MILENA. “El trabajo doméstico: una mirada desde la economía del cuidado”. En: OSORIO PÉREZ, VIVIANA (coord.). *De cuidados y descuidos*. op. cit., p. 240.

⁶⁶ MUÑOZ CAÑAS, SANDRA MILENA. “El trabajo doméstico: una mirada”. op. cit., p. 240.

⁶⁷ MUÑOZ CAÑAS, SANDRA MILENA. “El trabajo doméstico: una mirada”. op. cit., p. 240.

⁶⁸ MUÑOZ CAÑAS, SANDRA MILENA. “El trabajo doméstico: una mirada”. op. cit., p. 253.

⁶⁹ MORALES MOSQUERA, MARÍA EDITH (coord.). *Barriendo la invisibilidad*. op. cit., p. 9.

anteriormente citado, existen estereotipos que llevan a concebir a “la mujer afro como una buena opción para la crianza, alimentación, cuidado, y manutención de los hogares y sus hijos, pues en el imaginario rondan las ideas de que la mujer afro cocina de muy buen sabor, son fuertes y necesitan el trabajo”⁷⁰.

La riqueza del estudio sobre la ciudad de Medellín permite hacer una caracterización aproximada del trabajo del servicio doméstico e identificar un alto nivel de vulnerabilidad de quienes se dedican a esta actividad. No obstante, ese estudio contrasta con la inexistencia de otros datos similares que permitan hacer un perfil estadístico completo del trabajo doméstico en toda Colombia. Sin embargo, a nivel nacional la mayor parte de este trabajo es realizado por mujeres en situación de riesgo o exclusión social, mujeres de origen campesino e indígena⁷¹, mujeres afrodescendientes y desplazadas por la violencia⁷². De allí la necesidad y la urgencia por buscar mecanismos jurídicos, sociales y económicos que permitan remediar el alto impacto de género en la población más vulnerable que se dedica al trabajo doméstico y del cuidado en Colombia. Para empezar, será necesario que todos los estudios y estadísticas nacionales sobre trabajo doméstico y del cuidado tengan un enfoque transversal e interseccional que permitan adoptar medidas adecuadas para las mujeres.

2.2. DEFINICIÓN Y OBJETO DE REGULACIÓN DEL TRABAJO DEL SERVICIO DOMÉSTICO EN COLOMBIA

Antes de analizar el régimen jurídico del trabajo doméstico en Colombia es importante advertir sobre el carácter escaso o limitado de la bibliografía sobre la materia. Se trata de una prueba de que el trabajo doméstico no ha sido abordado como una de las preocupaciones jurídicas nacionales, sino que ha ocupado un lugar marginal en la doctrina. Afortunadamente, después de la aprobación del Convenio 189 de la OIT y de su ratificación por parte de Colombia, el tema ha recobrado trascendencia. En concreto, se ha empezado a discutir sobre las reformas que son necesarias para implementar el Convenio 189 y se ha deliberado sobre las políticas públicas más idóneas para garantizar la eficacia de las normas laborales de los trabajadores domésticos y en la reparación de los déficits de protección.

La definición normativa del trabajo doméstico remunerado en Colombia se encuentra en dos normas. Por una parte, en la Ley 1595 de 2012 mediante la cual se aprobó e incorporó al

⁷⁰ MUÑOZ CAÑAS, SANDRA MILENA. “El trabajo doméstico: una mirada”. op. cit., p. 253 y MORALES MOSQUERA, MARÍA EDITH (coord.). *Barriendo la invisibilidad*. op. cit., pp. 4-24.

⁷¹ Sobre la situación de vulnerabilidad de las mujeres que trabajan en el servicio doméstico en Colombia: AA.VV. “Mujeres rurales gestoras de esperanza”. *Cuaderno del Informe de Desarrollo Humano*. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Colombia, 2011, pp. 54-55.

⁷² ARANGO, LUZ GABRIELA y MOLINIER, PASCALE. “El cuidado como ética y como trabajo”. op. cit., p. 21 y POSSO QUICENO, JEANNY LUCERO. “El proceso de socialización de la empleada doméstica: mujeres inmigrantes negras en Cali”. En: ARANGO, LUZ GABRIELA y MOLINIER, PASCALE (comps.). *El trabajo y la ética del cuidado*. op. cit., pp. 212-227.

ordenamiento jurídico interno el Convenio 189 de la OIT⁷³ y, por otra, en el Decreto 824 de 1988. Este último estableció el régimen de excepción para los trabajadores domésticos que devengan menos de un salario mínimo regulado en la Ley 11 de 1988. Esta última - actualmente derogada- regulaba algunas excepciones en el antiguo régimen de Seguro Social para los trabajadores del servicio doméstico.

En efecto, antes de la ratificación y posterior incorporación al ordenamiento jurídico interno del Convenio 189 de la OIT, la relación laboral del trabajo doméstico estaba definida en el artículo 1º del Decreto 824 de 1988⁷⁴. En esta norma se establecía que el trabajador doméstico era una persona natural que prestaba su servicio personal de manera directa y habitual en las tareas de aseo, cocina, lavado, planchado, vigilancia de niños y demás labores inherentes al hogar de una o varias personas naturales⁷⁵. Estos servicios los prestaba bajo continuada subordinación y dependencia y a cambio de una remuneración⁷⁶. Desde el punto de vista del empleador, el artículo 2º del Decreto 824 de 1988 definió como *patrono* a la “persona natural que remunera los servicios personales del trabajador doméstico que ha contratado y se beneficia de ellos”⁷⁷.

Es importante destacar varios aspectos de la definición de trabajadora o trabajador doméstico establecida en el Decreto 824 de 1988. Por una parte, vale la pena subrayar que se incluían las denominadas actividades *inherentes al hogar*. Dentro de estas se encontraban aquellas relacionadas tanto con el cuidado físico del hogar como el cuidado emocional. Este último limitado a la vigilancia de niños y otras actividades que pudieran ser incluidas en el marco de la cláusula abierta que implicaba la fórmula: *inherentes al hogar*.

En segundo lugar, se reconocían dos modalidades de trabajo doméstico. Por una parte, una modalidad específica a la que pertenecía la trabajadora o el trabajador doméstico interno. Por otra parte, una modalidad genérica que abarcaba a aquellos que no estuvieran en el grupo de

⁷³ La Ley 1595 de 2012 tuvo control automático de constitucionalidad mediante la Sentencia C-616 de 2013. El instrumento de ratificación fue depositado en la Oficina Internacional del Trabajo el día 9 de mayo de 2014. Colombia fue el decimocuarto país que ratificó el Convenio 189 de la OIT.

⁷⁴ Este Decreto fue expedido en desarrollo de una autorización establecida expresamente en el artículo 3º de la Ley 11 de 1988. Esta ley se encuentra derogada actualmente. Sin embargo, fue la primera norma específica sobre trabajo doméstico expedida en el país. Entre los aspectos más destacables de esa ley se encuentra que permitía la cotización al sistema de seguridad social a los trabajadores domésticos que trabajaban por días y que devengaran menos de un salario mínimo. Esta norma respondió a una exigencia de las trabajadoras por días. *Vid.* LEÓN, MAGDALENA. “Proyecto de Investigación-Acción: trabajo doméstico y servicio doméstico en Colombia”. *Revista de Estudios de Sociales*, n° 45, enero-abril, Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, pp. 207-208.

⁷⁵ Antes de esta norma no existía una definición normativa del servicio doméstico, ni siquiera en las reglas de derecho civil que regulaban el contrato de arrendamiento de criados domésticos. En estas se regulaba el servicio doméstico antes de la expedición del Código Sustantivo del Trabajo de 1950.

⁷⁶ El Decreto 824 de 1988 estableció que el trabajador doméstico podía vivir dentro o fuera del hogar en el que prestaba los servicios. Esta estipulación fue novedosa porque la costumbre era que el servicio doméstico fuera interno.

⁷⁷ *Vid.* Decreto 824 de 1988 (artículo 2).

trabajadores domésticos internos mediante las categorías de trabajadores domésticos por días, a tiempo completo o por periodos inferiores a treinta días. La finalidad de esta clasificación era crear un marco de protección jurídica en materia pensional y de seguridad social para las trabajadoras y trabajadores por días de manera que se les permitiera cotizar dentro del sistema por una cuantía inferior al salario mínimo.

Lo anterior quiere decir que esta norma también contemplaba un régimen de excepciones o exclusiones. Estas recaían sobre personas naturales que no podían ser consideradas como trabajadoras domésticas para efectos de la afiliación al sistema de seguridad social excepcional establecido en la disposición comentada previamente. Este régimen de excepción permitía que los trabajadores que percibían menos de un salario mínimo mensual cotizaran al sistema de seguridad social⁷⁸. Por el contrario, quienes recibían un salario mínimo debían estar dentro del régimen general. Este régimen excepcional creado por la Ley 11 de 1988 y desarrollado por el Decreto 824 de 1988 fue derogado posteriormente por la Ley 797 de 2003⁷⁹.

Sin embargo, esta última norma ha sido modificada recientemente mediante el Decreto 2616 de 2013. Este estableció que los trabajadores domésticos pueden tener dos situaciones

⁷⁸ Las normas del Código Sustantivo del Trabajo (en adelante C.S.T) sobre seguridad social en salud y pensiones contemplaban regímenes especiales y generales. Los trabajadores domésticos no tenían un régimen especial definido, sin embargo, estaban excluidos de algunos beneficios relacionados con prestaciones sociales como el pago por accidente de trabajo y enfermedades (art. 223 C.S.T) y el auxilio monetario por enfermedad no profesional (art. 229 C.S.T). El Decreto 824 de 1988 estableció el régimen especial en materia de seguridad social para los trabajadores domésticos por días que se había creado en la Ley 11 de 1988. En esta se permitía que los trabajadores domésticos que tuvieran una remuneración inferior al salario mínimo legal pudieran cotizar al sistema de seguridad social. Este régimen especial establecido por la Ley 11 de 1988 y el Decreto 824 de 1988 fue derogado por el artículo 5° de la Ley 797 de 2003. Esta ley reformó el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 que disponía que el Ingreso Base de Cotización (en adelante IBC) para calcular las cotizaciones no podía ser inferior al salario mínimo con la única excepción del régimen especial contemplado en la Ley 11 de 1988 para trabajadores domésticos. El parágrafo 1 del artículo 5° de la Ley 797 de 2003 eliminó dicha excepción y definió que en ningún caso el IBC podía ser inferior al salario mínimo mensual vigente. También estableció que las personas que percibieran ingresos inferiores a un salario mínimo mensual vigente podían ser beneficiarias del Fondo de Solidaridad Pensional con el fin de que este fondo complementara la cotización que hiciera falta alcanzar el nivel de un salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, los trabajadores debían realizar cotizaciones como si recibieran un salario mínimo, incluso cuando sus ingresos reales fueran menores.

⁷⁹ La Corte Constitucional de Colombia declaró la constitucionalidad de la disposición que eliminó el régimen especial para los trabajadores domésticos. El argumento principal de la Corte fue que la disposición perseguía una finalidad constitucionalmente relevante que era asegurar la pensión mínima de vejez para este colectivo de trabajadores y un ingreso mínimo vital de subsistencia cuando se reduzca definitivamente su capacidad laboral. La Corte argumentó que la citada reforma permitía la sostenibilidad del sistema de seguridad social y el fortalecimiento del Fondo de Solidaridad Pensional para garantizar la cobertura del sistema a otros colectivos vulnerables. La Corte reconoció que el caso de los trabajadores por días es especial, sin embargo, estableció que el sacrificio exigido a estos trabajadores no era desproporcionado ni vulneraba el principio de solidaridad. La Corte destacó que el régimen de excepción que se contemplaba para los trabajadores domésticos, en muchos casos, se convirtió en un abuso del derecho que consistía en cotizar fraudulentamente por debajo del ingreso real, aludiendo la condición de empleado doméstico con ingresos inferiores a un salario mínimo mensual. Esta práctica iba en detrimento de la financiación y cobertura del sistema de seguridad social. Actualmente, el Decreto 2616 de 2013 estableció nuevamente la posibilidad de cotización a la seguridad social para los trabajadores dependientes que laboren por periodos inferiores a un mes. *Vid.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-967 de 2003.

contractuales como trabajadores a tiempo completo o trabajadores a tiempo parcial. En el primer caso, la cotización al sistema de seguridad social en pensiones es obligatoria y se realiza sobre la base de un salario mínimo. En el segundo caso, cuando el trabajo sea inferior a un mes, el aporte al sistema de pensiones será proporcional al tiempo de trabajo con un cálculo de cotización semanal⁸⁰.

También es importante señalar que el régimen de excepciones del artículo 5º del Decreto 824 de 1988 estableció que no podían afiliarse como trabajadores del servicio doméstico aquellas personas naturales que realizaban tareas del servicio doméstico en lugares diferentes al hogar de una persona o de una familia, que no fuera el lugar de residencia permanente o el domicilio del empleador. Tampoco podía afiliarse como trabajadora doméstica a la cónyuge o compañera permanente del *jefe de familia*, ni los parientes del patrono o de sus familiares hasta el quinto grado de consanguinidad, tercero de afinidad y primero civil. Finalmente, también quedaban excluidas las personas que ejercían las funciones de chofer familiar.

Por otra parte, se debe destacar que, según el Decreto 824 de 1988, para que una relación pudiera ser considerada como del servicio doméstico resultaba imprescindible que esta cumpliera con los tres elementos clásicos de la laboralidad: la prestación de servicios de manera subordinada, dependiente y la percepción de una remuneración.

La anterior descripción normativa del trabajo doméstico cambió parcialmente a partir de la Ley 1595 de 2012 que incorporó integralmente el contenido del Convenio 189 de la OIT. Desde ese momento, en Colombia la definición normativa del trabajo doméstico es aquella establecida en el artículo 1º de ese instrumento internacional. Esa definición contiene unos criterios subjetivos que determinan quién puede ser considerado como trabajador doméstico y unos criterios objetivos que precisan la actividad considerada como trabajo doméstico.

De acuerdo con lo anterior, desde el punto de vista subjetivo, se pueden considerar como trabajadoras y trabajadores domésticos a aquellas personas que realizan o prestan sus servicios en el marco de una relación contractual en la que el trabajo doméstico sea la ocupación profesional del trabajador. Además, se requiere que la actividad sea realizada continuamente y no solo de manera ocasional o esporádica. Desde el punto de vista objetivo, la actividad jurídicamente protegida es aquella que se realiza en un hogar familiar y/o para un hogar familiar. Esto quiere decir que, como sucede en España, en Colombia no solo están protegidas las actividades que se desarrollan dentro del hogar, sino que se incluyen aquellas que se realizan para el hogar familiar.

En relación con el ámbito objetivo del trabajo doméstico en Colombia, a partir de la Ley 1595 de 2012 se extiende el marco de protección respecto de las actividades que pueden ser consideradas como trabajo doméstico. En efecto, esta norma incluye -como parte del trabajo doméstico- no solo los trabajos desarrollados dentro del hogar físico sino también aquel

⁸⁰ *Vid.* Decreto 2616 de 2013 (artículos 5 y 6).

trabajo que es desarrollado para el hogar. En este sentido, existe una antinomia entre el régimen de excepciones del Decreto 824 de 1988 y el establecido en la Ley 1595 de 2012. Desde luego, esa contradicción normativa deberá resolverse mediante la aplicación de la disposición que sea más favorable para el trabajador.

La existencia de estos dos regímenes permite inferir que todavía no existe en Colombia una definición taxativa del trabajo doméstico. Únicamente con el desarrollo legislativo, reglamentario y judicial de la Ley 1595 de 2012 se podrá precisar su alcance en relación con los ámbitos subjetivo y objetivo del trabajo doméstico, así como los mecanismos para hacer efectivas las garantías sustanciales del Convenio 189 de la OIT.

Sin embargo, es importante destacar que ya se han dado algunos pasos en este sentido en el ámbito judicial. Por ejemplo, la Sentencia C-871 de 2014 de la Corte Constitucional de Colombia (en adelante se empleará indistintamente Corte Constitucional o la Corte) incluyó la siguiente definición del trabajo doméstico:

“El trabajo doméstico remunerado comprende todas las actividades que una persona adelanta en su hogar de familia, incluyendo el aseo del espacio físico y sus muebles o enseres, la preparación de alimentos, el lavado y planchado del vestido, servicios de jardinería y conducción, y el cuidado de miembros de la familia o de los animales que residen en la casa de familia. El trabajo doméstico es, por regla general, contratado por otro particular, quien acude a los servicios de un tercero para tener la posibilidad de salir de la casa en busca de la generación de ingresos propios”⁸¹.

Esta es la primera sentencia sobre el trabajo del servicio doméstico que fue proferida por la Corte Constitucional después de la ratificación del Convenio 189 de la OIT. De manera que no resulta extraño que el contenido de esa definición coincida con la que aparece en el Convenio 189 y que sea más amplia que la comentada definición del artículo 1º del Decreto 824 de 1988.

2.3. REGULACIÓN DEL TRABAJO DEL SERVICIO DOMÉSTICO EN COLOMBIA EN EL RÉGIMEN GENERAL DEL TRABAJO CON EXCEPCIONES Y EXCLUSIONES

Como se afirmó en la sección anterior, el trabajo del servicio doméstico está definido parcialmente en la Ley 1595 de 2012 y en el Decreto 824 de 1988. En relación con el modelo de España, se puede afirmar que en Colombia existe un marco jurídico de protección que no indica expresamente que el trabajo doméstico es una relación de trabajo de carácter especial. Sin embargo, en los dos países se presenta una situación similar porque el Código Sustantivo del Trabajo (en adelante C.S.T) y otras normas laborales contienen disposiciones específicas

⁸¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-871 de 2014.

y diferenciadas que resultan menos favorables para quienes trabajan en el servicio doméstico en comparación con las garantías de los demás trabajadores dependientes. Como se dijo en la primera parte de este capítulo, esta es precisamente una de las características de la relación especial del hogar familiar en España.

En el caso de Colombia, es posible distinguir, por lo menos, tres aspectos en los cuales las garantías para el trabajo doméstico son menos favorables: la jornada de trabajo, el salario y las prestaciones sociales⁸².

En primer lugar, en relación con la jornada de trabajo, el C.S.T establece una regla general de acuerdo con la cual la jornada ordinaria de trabajo máxima es de ocho horas diarias. Sin embargo, el artículo 162 del C.S.T tiene un régimen de excepciones para los trabajadores domésticos que residan en casa o trabajadores domésticos internos. Para estos, la jornada máxima de trabajo puede ser hasta de diez horas diarias⁸³.

Del mismo modo, el artículo 175 del C.S.T se refiere al descanso dominical y festivo obligatorio. Sin embargo, cuando se trata de trabajadores domésticos, se establece que estos no son titulares del descanso obligatorio en días festivos. Sin embargo, dispone que los días festivos laborados deben ser retribuidos o que debe reconocerse un día de descanso compensatorio.

En segundo lugar, en relación con el salario, los artículos 127, 128 y 129 del C.S.T definen el contenido del salario, sus elementos integrantes, las exclusiones por pagos que no constituyen salario y el salario en especie. En ninguna de estas normas se hace alusión expresa al trabajo del servicio doméstico. Sin embargo, estas disposiciones sí tienen incidencia directa en el trabajo doméstico, en especial, sobre el pago en especie⁸⁴. En concreto, las normas del

⁸² Se podrían agregar más ejemplos de normas menos favorables para quienes realizan el trabajo doméstico. Sin embargo, algunas de esas disposiciones fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional de Colombia o se ha dado un cambio legislativo. Este ha sido el caso de los artículos 223 y 252.1 del C.S.T. El primero establecía algunas excepciones al pago del auxilio monetario por enfermedad no profesional y el segundo se refería al pago de cesantías restringidas. Esta última disposición establecía que los trabajadores del servicio doméstico tenían un régimen de excepción para el pago total de cesantías y los consideraba como titulares de cesantías restringidas. En efecto, la norma disponía que los trabajadores del servicio doméstico, entre otros trabajadores, solo tenían derecho al pago de cesantías correspondientes a quince días de salario por cada año de servicios prestados. En el régimen general, los trabajadores reciben treinta días de salario por cada año de servicios prestados. Esta norma fue declarada inconstitucional en la Sentencia C-051 de 1995. El mismo artículo señalaba que el salario base para liquidar el pago de las cesantías solo incluía lo pagado en dinero. La Corte Constitucional declaró inconstitucional esa restricción bajo el entendido de que el auxilio de cesantía siempre se pagará en dinero y, en ningún caso, será inferior a un salario mínimo por cada año laborado. *Vid.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-051 de 1995 y C-310 de 2007.

⁸³ El texto original no establecía ningún límite. Sin embargo, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad parcial de esa norma y estableció un límite máximo de 10 horas. *Vid.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-372 de 1998.

⁸⁴ Código Sustantivo del Trabajo (artículo 129). “Constituye salario en especie toda aquella parte de la remuneración ordinaria y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, tales como alimentación, habitación o vestuario que el empleador suministra al trabajador o a su familia (...)”.

C.S.T establecen que el salario en especie no podrá ser superior al 50% del total del salario. Además, cuando el trabajador devenga hasta un salario mínimo, el pago en especie no podrá ser superior al 30%.

En tercer lugar, debe señalarse que los trabajadores domésticos remunerados son, en principio, titulares de todas las prestaciones sociales. Esto quiere decir que tienen derecho a vacaciones, dotación, pago de cesantías e intereses sobre las cesantías, seguridad social en salud y pensiones. Además, desde el año 2013 se deben afiliar a las Cajas de Compensación Familiar, lo cual les permite tener acceso a los beneficios que ofrece el sistema de subsidio familiar⁸⁵.

A pesar de lo anterior, hasta antes del año 2016, los trabajadores domésticos estaban excluidos de una prestación social muy importante que se denomina prima de servicios y que se encuentra regulada en el artículo 306 del C.S.T⁸⁶. Esta exclusión se fundamentaba en dos razones principales. Por una parte, se sostenía que la prima de servicios era una prestación que debían pagar las empresas a sus trabajadores y la relación laboral del servicio doméstico no involucraba a una empresa sino a dos personas naturales. En segundo lugar, se afirmaba que la prima de servicios era un mecanismo para que el empleador compartiera con los trabajadores una parte de las utilidades de la empresa. Según este argumento, se consideraba que la familia tampoco percibía beneficios económicos o utilidades por el trabajo doméstico y, por consiguiente, no había lugar a la prima de servicios. Como se puede inferir, las dos razones para la exclusión de esta prestación para quienes se dedican al trabajo del servicio doméstico se vinculaban con el hecho de que la parte contratante era el hogar familiar.

La norma que contenía la exclusión mencionada previamente fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional. El demandante consideraba que se trataba de una exclusión discriminatoria contra las trabajadoras domésticas. En su criterio, el derecho a la prima de servicios estaba protegido por el Convenio 189 de la OIT. Por esas razones, el demandante le solicitó a la Corte Constitucional que declarara que la ley violaba los artículos 13 (igualdad y prohibición de discriminación), 25 (derecho al trabajo en condiciones dignas y justas), 53 (principios mínimos fundamentales del trabajo) y 93 (bloque de

⁸⁵ *Vid.* Decreto 721 de 2013 (artículos 2 y 3).

⁸⁶ Con anterioridad a la Sentencia C-871 de 2014 -que se comentará más adelante en el cuerpo de texto- la Corte Constitucional de Colombia había resuelto dos demandas de constitucionalidad relacionadas con el artículo 306 del C.S.T. En la Sentencia C-051 de 1995, la Corte Constitucional consideró que era improcedente el pago de la prima de servicios para los trabajadores domésticos porque la prima de servicios sustituyó a la figura de la participación de utilidades. De acuerdo con ese argumento, la prima de servicios se refiere a los dividendos o beneficios empresariales y el hogar de familia no es una empresa. Posteriormente, en la Sentencia C-100 de 2005, la Corte Constitucional resolvió una demanda cuyos cargos se fundamentaron en la exclusión de la prestación social de aquellos trabajadores cuyos empleadores no eran una empresa permanente. La demandante atacó específicamente la exclusión de este beneficio a los trabajadores ocasionales y transitorios. La Corte declaró inconstitucional dicha exclusión, pero se refirió al trabajo del servicio doméstico como una exclusión justificada. *Vid.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-051 de 1995 y C-100 de 2005.

constitucionalidad: primacía de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia) de la Constitución.

La Corte Constitucional decidió de fondo mediante la Sentencia C-871 de 2014. El tribunal consideró que la exclusión de las trabajadoras y trabajadores domésticos del derecho a la prima de servicios generaba una situación de discriminación desproporcionada para quienes desarrollan este trabajo. Además, reconoció que el hogar familiar es una unidad económica productiva y que el trabajo doméstico permite que los miembros de un hogar puedan generar más recursos económicos que si permanecieran de manera exclusiva el hogar familiar⁸⁷.

En consecuencia, la Corte exhortó al legislador para que regulara la materia de manera que se superara la situación de desigualdad. Como reacción a la decisión del tribunal, en la Cámara baja del Congreso de la República (Cámara de Representantes) fue presentado el Proyecto de Ley 003 de 2015 con el fin de reconocer el derecho a la prima de servicios para todas y todos los trabajadores. El Proyecto de Ley tenía una referencia especial a las trabajadoras y trabajadores domésticos⁸⁸. Finalmente, luego del trámite legislativo, se promulgó la Ley 1788 de 2016 “Por medio de la cual se garantiza el acceso en condiciones de universalidad al derecho prestacional de pago de prima de servicios para los trabajadores y trabajadoras domésticas”. Esta ley dejó clara la garantía de este derecho prestacional a los trabajadores y trabajadoras, a los choferes de servicio familiar, trabajadores por días o trabajadores de fincas, a todos los trabajadores del título III del C.S.T y a todos los trabajadores que cumplan la condición de empleado dependiente⁸⁹.

En conclusión, se puede reiterar que en Colombia el trabajo del servicio doméstico no está regulado por una norma con carácter especial, sino que su regulación hace parte del régimen general. Este factor puede llevar a pensar que se trata de una situación muy diferente a la del trabajo del hogar familiar en España. Sin embargo, como se anotó previamente, el régimen general también tiene normas especiales aplicables a quienes realizan el trabajo doméstico y el contenido de estas normas es menos favorable en materia de horas de trabajo, salario y, hasta hace poco, también lo era frente al derecho prestacional a la prima de servicio. Solo esta última ha sido objeto de un proceso de modificación legislativa a partir de la ratificación del Convenio 189 de la OIT.

⁸⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-871 de 2014.

⁸⁸ *Vid.* Proyecto de Ley 003 de 2015 (Cámara). “Por medio de la cual se garantiza el trabajo decente en condiciones de igualdad para las personas que prestan servicios domésticos”. En materia de prima de servicios, este proyecto modifica la expresión “toda empresa” por la de “todo empleador”. Sin embargo, el Proyecto no contempló las medidas diferenciadas que fueron indicadas por la Corte Constitucional. En el artículo primero del Proyecto de Ley se señaló: “Objeto: la presente ley tiene por objeto garantizar y reconocer el acceso en condiciones de universalidad, igualdad y progresividad del derecho prestacional del pago de prima de servicios para las trabajadoras y trabajadores domésticos”.

⁸⁹ En este grupo se encuentran: trabajadores a domicilio, agentes colocadores de pólizas de seguros, representantes, agentes viajeros y agentes vendedores, trabajadores de notarías públicas y oficinas de instrumentos públicos y privados, profesores de establecimientos particulares de enseñanza y choferes de servicio familiar.

2.4. LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO 189 DE LA OIT Y SU INCIDENCIA EN EL MARCO REGULATORIO DEL TRABAJO DEL SERVICIO DOMÉSTICO EN COLOMBIA

El régimen colombiano de protección jurídica de los trabajadores domésticos para hogares familiares está en proceso de transformación. Sin duda, detrás de este fenómeno se encuentran tres razones principales. Por una parte, la aprobación de la Ley 1595 de 2012 que ratifica el Convenio 189 de la OIT⁹⁰ y que incorpora el Convenio al ordenamiento jurídico nacional. En segundo lugar, la mayor aceptación de las directrices de la OIT para la formalización de quienes trabajan en la economía informal. Finalmente, el reconocimiento, cada vez más extendido, de que las normas laborales colombianas son ineficaces para la protección de las trabajadoras del servicio doméstico y que es necesario buscar mecanismos de política pública para impulsar y garantizar la protección de esta forma de trabajo.

2.4.1. Evolución normativa derivada de la ratificación del Convenio 189

Una prueba de este proceso de transformación la constituyen tres decretos proferidos por el poder ejecutivo en el año 2013 y una ley proferida por el poder legislativo. Cada uno de estos actos normativos tiene incidencia directa en el trabajo doméstico remunerado. Se trata del Decreto 604 de 2013⁹¹, el Decreto 721 de 2013⁹², el Decreto 2616 de 2013⁹³ y la Ley 1788 de 2016⁹⁴.

El Decreto 721 de 2013 establece, principalmente, el derecho de los trabajadores del servicio doméstico al subsidio familiar y, por consiguiente, la obligación de los empleadores de afiliarlos a las Cajas de Compensación Familiar. El fundamento directo de este Decreto se encuentra en los artículos 6 y 14 del Convenio 189 de la OIT.

⁹⁰ La Ley 1444 de 2011 escindió los Ministerios de Protección Social y del Trabajo. De acuerdo con la Escuela Nacional Sindical, la creación de un Ministerio del Trabajo y la ratificación del Convenio 189 de la OIT han mejorado las condiciones laborales de las personas que trabajan en el servicio doméstico. *Vid.* AAVV. *Cuatro años de incumplimiento del Plan de Acción Obama-Santos. Informe sobre los cuatro primeros años de implementación del Plan de Acción Laboral (PAL) (2011-2015)*, Escuela Nacional Sindical, abril, 2015, p. 22.

⁹¹ “Por el cual se reglamenta el acceso y operación del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos - BEPS”.

⁹² “Por medio del cual se reglamenta el numeral 4° del artículo 7° de la Ley 21 de 1982 y se regula la afiliación de los trabajadores del servicio doméstico al Sistema de Compensación Familiar”.

⁹³ “Por medio del cual se regula la cotización a seguridad social para trabajadores dependientes que laboran por periodos inferiores a un mes, se desarrolla el mecanismo financiero y operativo de que trata el artículo 172 de la Ley 1450 de 2011 y se dictan disposiciones tendientes a lograr la formalización laboral de los trabajadores informales”.

⁹⁴ “Por medio del cual se garantiza el acceso en condiciones de universalidad al derecho prestacional de pago de prima de servicios para los trabajadores y trabajadoras domésticos”.

Por su parte, el Decreto 2616 de 2013 se refiere al derecho de los trabajadores del servicio doméstico que trabajan a tiempo parcial y perciben ingresos inferiores a un salario mínimo mensual de realizar cotizaciones por semanas laboradas al sistema de seguridad social en pensiones, tal y como ocurría antes de la reforma del artículo 5° de la Ley 793 de 2003 que se comentó previamente⁹⁵. En la propia parte motiva de ese Decreto, se indica que su contenido se fundamenta en diversas normas internacionales dentro de la que destaca el Convenio 189 de la OIT⁹⁶.

Adicionalmente, el Decreto 604 de 2013 creó un sistema paralelo al sistema de seguridad social para la vejez. Se trata del sistema social complementario o de *beneficios económicos periódicos* (BEPS). Este último opera cuando los aportes al sistema de seguridad social de un trabajador o trabajadora resultan insuficientes para obtener una pensión mínima. En estos casos, se permite que los trabajadores puedan trasladar su dinero, en la modalidad de ahorro, al sistema de beneficios económicos periódicos.

De acuerdo con lo anterior, el *beneficio económico periódico* se convierte en un mecanismo de protección para la vejez mediante el ahorro individual voluntario de las personas con bajos ingresos económicos. A este capital se agrega un subsidio estatal correspondiente al 20% del total del dinero ahorrado. Con base en estos dos ingresos, se crea un fondo del cual se paga periódicamente el beneficio al trabajador desde el momento en que cumple con la edad de jubilación hasta su muerte. La cantidad de dinero recibido por el ahorrador como beneficio económico periódico puede ser inferior a un salario mínimo mensual. El monto exacto depende, como se señaló previamente, de los aportes de cada persona durante su vida laboral activa.

Algunas de las características específicas del trabajo doméstico, la baja remuneración, su condición de trabajo a tiempo parcial y por horas, permiten concluir que, *a priori*, las trabajadoras domésticas -especialmente mujeres- tendrán que acogerse al régimen de *beneficio económico periódico* porque no podrán cumplir con los requisitos de tiempo y de ahorro mínimo

⁹⁵ En la parte motiva del Decreto se indica que el contenido de ese acto normativo es compatible con el precedente establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-927 de 2003. Como se comentó previamente en este capítulo, en esta decisión judicial se declaró la constitucionalidad del artículo 5° de la Ley 797 de 2003 que eliminó el régimen especial de cotización para los empleados domésticos por día que existía desde la Ley 11 de 1988. Sobre este tema, en la parte motiva del Decreto 2616 de 2013 se afirma que: “(...) permitir a algunas personas cotizar sobre una base inferior al salario mínimo no se opone a la precitada interpretación que hizo la Corte Constitucional, toda vez que la jurisprudencia no ha señalado que la obligación de cotizar sobre al menos un salario mínimo sea un imperativo constitucional o que no se puedan adoptar medidas que permitan cotizar sobre montos inferiores al salario mínimo mensual, ni ha impedido que el salario mensual sea dividido por periodos. En este último sentido, la Corte ha reconocido el salario mínimo diario cuando se ‘determina proporcionalmente a partir de la suma establecida como mínimo legal mensual’ proporción que se toma en el presente decreto, pero agrupado en cuatro niveles o franjas de ingresos, para permitir el acceso de los trabajadores informales al Sistema de Seguridad Social”.

⁹⁶ En la parte motiva del Decreto 2616 de 2013 se establece que las normas de ese acto normativo son un desarrollo directo de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia, de los artículos 2 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, del Convenio 175 de la OIT sobre trabajo a tiempo parcial y del Convenio 189 de la OIT sobre trabajo doméstico.

requerido por el sistema general de seguridad social para ser beneficiarias de una pensión de vejez ordinaria. Como consecuencia de lo anterior, hasta el final de sus vidas, las trabajadoras domésticas tendrán un ingreso inferior al de otros trabajadores que desarrollaron actividades laborales diferentes al servicio doméstico. Este efecto tiene un impacto de género notable en razón de que las mujeres son quienes siguen desarrollando mayoritariamente esta actividad.

En este sentido, es importante advertir que la actualización de algunas normas que pretenden garantizar más y mejores derechos para quienes trabajan en el servicio doméstico no son suficientes y se requiere de un mayor grado de atención sobre los perfiles de las personas que desarrollan esta modalidad de trabajo. Como se dijo previamente, se trata de mujeres con baja cualificación académica que provienen de los sectores más marginados de la sociedad y que requieren de políticas de protección social efectivas y diferenciadas. Adicionalmente, es necesario que las políticas públicas sobre el trabajo doméstico tengan en cuenta aspectos como la etnicidad de la actividad, el desvalor económico y social o la división social de los cuidados y el papel del mercado en la provisión de los cuidados a través del trabajo doméstico remunerado.

Desde luego, también son necesarias políticas de capacitación que permitan y faciliten la movilidad social de quienes trabajan en el servicio doméstico. Las políticas de formación deben estar dirigidas, tanto a la cualificación y profesionalización de las actividades del servicio doméstico, como al aprendizaje de otras labores y, muy especialmente, a la formación técnica y profesional. Solo de esta manera se permitirá que las trabajadoras puedan obtener un empleo que tenga relación con actividades laborales diferentes a las relacionadas con el servicio doméstico.

De todo lo anterior se puede inferir que hace falta un largo camino por recorrer. Ahora bien, sin abandonar una postura crítica sobre las reformas normativas que buscan mayor protección de derechos, es importante reconocer que la ratificación, por parte de Colombia, del Convenio 189 de la OIT ha tenido un impacto positivo. Este efecto incuestionable ha recaído sobre aspectos sociales, políticos y jurisprudenciales. Adicionalmente, la ratificación del Convenio ha permitido identificar adecuadamente algunos de los retos actuales para la protección de las personas que trabajan en el servicio doméstico y discutir sobre problemas clásicos que deben ser afrontados con el fin de acabar con el alto grado de invisibilidad que existe sobre las condiciones laborales de este colectivo.

Dentro de los canales sociales es imprescindible mencionar, por ejemplo, la creación de sindicatos de trabajadoras domésticas bajo el liderazgo de mujeres como MARÍA ROA. Estas organizaciones han logrado visibilizar la situación de las trabajadoras domésticas en el país⁹⁷.

⁹⁷ Otro ejemplo de los canales sociales se puede encontrar en la actividad de la Escuela Nacional Sindical. Desde esta organización se ha trabajado en la visibilización de los problemas que afectan a las personas que trabajan en el servicio doméstico y en una serie de capacitaciones para que las trabajadoras domésticas conozcan sus derechos laborales. Además, la ENS ha contribuido en la creación del primer sindicato de trabajadoras

La consolidación de estos canales sociales ha tenido un impacto positivo en la divulgación de los derechos laborales, ha despertado un mayor interés por la eficacia normativa, la identificación de las condiciones reales de precariedad y vulnerabilidad de las trabajadoras domésticas y del cuidado en Colombia⁹⁸. Incluso, han suscitado el interés de grupos políticos que han comprendido la importancia de garantizar los derechos de este colectivo y han incluido en la agenda parlamentaria las necesidades de quienes desarrollan este trabajo⁹⁹.

2.4.2. Evolución jurisprudencial en el ámbito de los derechos humanos derivada de la ratificación del Convenio 189 de la OIT

Desde el punto de vista jurisprudencial, es inevitable mencionar la Sentencia C-871 de 2014. Se trata de la primera sentencia de la Corte Constitucional sobre la materia que fue proferida con posterioridad a la ratificación del Convenio 189 de la OIT. Esta decisión judicial estudió la demanda de constitucionalidad presentada contra el artículo 306 del C.S.T que excluía a las trabajadoras del servicio doméstico del derecho a la prima de servicios y que fue mencionada en el apartado anterior.

Esta decisión, es un claro ejemplo de la influencia de la ratificación del Convenio 189 en el ordenamiento jurídico interno y es un aporte importante tanto para el trabajo doméstico formal como se verá en esta capítulo como para el trabajo informal como se verá en el último capítulo. En este caso, la Corte Constitucional señaló varios aspectos que deben ser tenidos en cuenta como criterio interpretativo y de construcción de las políticas públicas, tanto para el trabajo doméstico formal como para el trabajo doméstico y del cuidado informal.

En efecto, en esa sentencia la Corte Constitucional calificó al Convenio 189 como un tratado de derechos humanos y, en concreto, como un compromiso internacional por la igualdad. De acuerdo con la Corte, quienes desarrollan el trabajo doméstico son, por lo general, mujeres que además hacen parte de grupos históricamente discriminados. Por esa razón, el tribunal advirtió que el Convenio crea obligaciones positivas para el Estado con el fin de

domésticas del país. El sindicato se llama Unión de Trabajadoras del Servicio Doméstico (UTRASD) y se encuentra conformado mayoritariamente por mujeres de origen afrocolombiano que viven en Antioquia.

⁹⁸ Sobre las condiciones de precariedad y vulnerabilidad del trabajo doméstico se recomienda consultar la conferencia impartida por la magistrada de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín ANA MARÍA ZAPATA. La conferencia se titula: “Derechos Laborales de Empleadas Domésticas en Colombia” y fue realizada en el marco del evento “Reflexiones Domésticas” que organizaron la Universidad EAFIT, la Escuela Nacional Sindical y Hablemos de Empleadas Domésticas. El evento tuvo lugar el 2 de octubre de 2013 en la ciudad de Medellín. La conferencia se encuentra disponible en material audiovisual: [<https://www.youtube.com/watch?v=PeQ38pII3uoI>] (20.06.2017)

⁹⁹ Este es el caso de las congresistas ÁNGELA MARÍA ROBLEDO y ANGÉLICA LOZANO del Partido de la Alianza Verde. En cumplimiento de la orden proferida por la Corte Constitucional en la Sentencia C-871 de 2014, las dos legisladoras presentaron el Proyecto de Ley para el reconocimiento de la prima de servicios para las trabajadoras y trabajadores domésticos.

revertir el déficit de protección y de derechos de las trabajadoras del servicio del hogar e imponen la garantía de unas condiciones dignas, justas y decentes para el trabajo.

La Corte Constitucional señaló que la ratificación del Convenio 189 implica una interpretación distinta de las normas laborales internas que regulan el trabajo doméstico. Además, el tribunal consideró que los cambios en el mercado laboral impiden sostener que el trabajo doméstico no genera valor para las familias que lo contratan porque gracias a este trabajo muchas personas pueden vincularse al mercado laboral remunerado y obtener mayores ingresos económicos y movilidad social. En este sentido, la Corte sostuvo que actualmente no existe una razón válida para excluir a las trabajadoras domésticas del derecho a la prima de servicios.

A pesar de estos tres aspectos positivos mencionados previamente, la decisión de la Corte Constitucional no está exenta de críticas. Por una parte, el tribunal concluyó que el déficit de protección de las trabajadoras domésticas en materia de prima de servicios debía ser superado y, en consecuencia, exhortó al Congreso de la República para que legislara sobre la materia. Sin embargo, al mismo tiempo la Corte Constitucional señaló que el Congreso debía tener en cuenta que no todas las familias que requieren del servicio doméstico tienen un nivel adquisitivo alto. En este sentido, el tribunal propuso que el pago de la prima fuera progresivo, de acuerdo con el nivel social y económico de la familia para la cual trabaja el personal del servicio doméstico¹⁰⁰.

En el criterio de esta investigación, este argumento de la Corte Constitucional tiene, por lo menos, dos deficiencias. En primer lugar, el tribunal omitió los problemas estructurales que generan la baja remuneración del trabajo doméstico en Colombia y la atribución a las familias de las responsabilidades del cuidado de las personas más vulnerables dentro de la sociedad.

Esto último implica que las familias deben buscar distintas alternativas para garantizar el cuidado de sus dependientes. Entre las opciones disponibles se encuentran: i) garantizar el cuidado por sí mismas mediante uno de sus miembros (principalmente mujeres), ii) buscar la ayuda de las redes de solidaridad barrial y comunal o iii) acudir al mercado mediante la contratación de una trabajadora del servicio doméstico. Lo anterior significa que sobre las

¹⁰⁰ Como se enunció, en esta decisión la Corte Constitucional declaró exequible la disposición demandada, pero exhortó al Congreso de la República y al Gobierno nacional para que adoptaran las medidas legislativas e implementaran las políticas públicas necesarias para avanzar hacia la universalidad del derecho prestacional al pago de la prima de servicios en el caso de los trabajadores y trabajadoras domésticas. Esta decisión no fue compartida por el magistrado JORGE IVÁN PALACIO quien consideró que la Corte ha debido declarar la inconstitucionalidad condicionada del artículo bajo el entendido de que las personas que trabajan en el servicio doméstico tienen derecho a la prima de servicios. La decisión propuesta por este magistrado era exhortar al Congreso para que, en un término máximo de un año, legislara sobre las particularidades en las que se garantizaría el derecho, de manera que si el legislador no cumple con el deber de legislar, se declarará la existencia de una omisión legislativa y se entenderá que todas las personas que trabajan en el servicio doméstico tienen derecho a la prima de servicios sin importar el tipo de contrato que tengan con sus empleadores y a prorrata del tiempo servido. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-871 de 2014. Salvamento de voto del magistrado JORGE IVÁN PALACIO.

trabajadoras del servicio doméstico recae una parte muy importante de la carga global de los cuidados de las personas dependientes en Colombia.

Al factor anterior es necesario agregar que el hecho de que las familias tengan la responsabilidad exclusiva del cuidado, de los procesos de contratación y pago del servicio doméstico para el cuidado en un contexto laboral precario, automáticamente genera un ciclo de precariedad tanto para las familias como para las trabajadoras domésticas. Las primeras, aunque quisieran cumplir con las normas laborales establecidas no siempre tienen la capacidad económica suficiente. Las segundas, tienen que asumir una responsabilidad que debería ser colectiva a cambio de una retribución que se encuentra muy por debajo del valor real de su trabajo.

En ese contexto, la orden de la Corte Constitucional legitima que las trabajadoras del servicio doméstico sean quienes asuman de manera gratuita la carga social de los cuidados. En la satisfacción de esta obligación el Estado debería tener una participación más activa. Además, la decisión del tribunal sigue una lógica, de acuerdo con la cual, las trabajadoras del servicio doméstico de las familias con menos recursos asumen las consecuencias de unas condiciones laborales menos favorables en comparación con las trabajadoras que, por suerte, prestan sus servicios para una familia con ingresos económicos más altos. Esta situación perpetúa las condiciones de pobreza y precariedad laboral de uno de los colectivos más vulnerables dentro de la mercantilización de los cuidados.

El segundo problema de la decisión de la Corte Constitucional deriva del anterior. La sentencia contiene un elemento legitimador de la estratificación social del cuidado que afecta de manera directa a las trabajadoras domésticas que trabajan en hogares con menores ingresos. En este sentido, las trabajadoras domésticas de los hogares más pobres asumirían una mayor carga social y económica por la inexistencia de políticas, medidas y normas sobre el cuidado y los tiempos de trabajo. En efecto, del criterio elaborado por la Corte se puede inferir que este grupo de trabajadoras podía resultar privada del derecho al pago de la prima de servicios si la familia empleadora demostraba carecer de recursos económicos suficientes para satisfacer esa obligación.

En este orden de ideas, la valoración de la Sentencia C-871 de 2014 tiene aspectos positivos como negativos. Los primeros, como ya se mencionó, se refieren al reconocimiento de: la naturaleza del Convenio 189 como un tratado de derechos humanos, la existencia de un déficit de protección de quienes trabajan en el servicio doméstico, el alto nivel de participación de las mujeres e impacto de género y los fenómenos de discriminación múltiple en razón de los perfiles de quienes desarrollan este tipo de trabajo. También destaca el llamado de atención sobre la importancia de visibilizar el valor económico y social del trabajo doméstico no remunerado y remunerado. Finalmente, fue una decisión judicial que impulsó al Congreso a legislar y a remediar el déficit de protección del que eran víctimas las trabajadoras del servicio doméstico al estar excluidas de la titularidad del derecho a la prima de servicios.

Sin embargo, la sentencia también legitimó la estratificación social de los cuidados, no identificó un problema estructural originado en un modelo familiarista asistencial, omitió toda referencia a la ausencia de medidas de conciliación y corresponsabilidad y descarga todos estos problemas estructurales sobre las trabajadoras domésticas de las familias con menos ingresos. En este orden de ideas, se echa de menos una lectura holística sobre las condiciones del trabajo doméstico en Colombia. Además, no tuvo en cuenta una perspectiva amplia que involucrará el derecho universal del cuidado que será abordado en el último capítulo de esta memoria doctoral.

Estas deficiencias llevaron a que la Corte Constitucional fijara unos criterios para el legislador que eran estratificados y excluyentes del derecho a la prima de servicios¹⁰¹. Afortunadamente, esos criterios no fueron acogidos en el Proyecto de Ley que se tramitó en el Congreso, y tampoco fueron contemplados en la versión final de la actual Ley 1788 de 2016. En la medida que la Ley reconoció el derecho al acceso en condiciones de universalidad del derecho a la prima de servicios para las trabajadoras y trabajadores domésticas, pago que debe hacerse de manera semestral y en proporción al tiempo trabajado.

Es importante destacar que, a través de la Ley 1788 de 2016, se creó la Mesa de Seguimiento a la implementación del Convenio 189 de la OIT que permite la continuidad del debate sobre la protección de las trabajadoras y trabajadores domésticos y la identificación de problemas estructurales que dificultan la eficacia normativa del Convenio y de las normas laborales que establecen la protección para estos trabajadores¹⁰².

A pesar de los avances en materia de reconocimiento efectivo de derechos laborales para las trabajadoras y trabajadores domésticos en Colombia, como se ha visto hasta ahora, se encuentran pendientes nuevos debates y tareas para la protección del trabajo doméstico formal en Colombia. Es necesaria la identificación de los problemas estructurales en torno

¹⁰¹ “(...) la Sala exhortará al Legislador para que regule el pago de la prima de servicios, tomando en cuenta los siguientes criterios, derivados de los mandatos constitucionales a los que se ha hecho referencia en los fundamentos de esta providencia: (i) Deberá asegurarse que los estratos más altos conozcan y paguen la prima de servicios; (ii) Deberá ampliarse progresivamente la obligación. (iii) Los órganos políticos deberán diseñar mecanismos y políticas públicas que operen como incentivos para que las familias asuman el pago de la prima de servicios, bajo la evaluación de conveniencia, oportunidad que deben asumir tanto el Congreso de la República como el Gobierno Nacional”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-871 de 2014.

¹⁰² Ley 1788 de 2016 (artículo 3). “Créese una Mesa de Seguimiento a la implementación del Convenio 189 de la OIT sobre trabajadoras y trabajadores del servicio doméstico, la cual se reunirá periódicamente y tendrá por objetivo formular y desarrollar de manera concertada entre el Gobierno, los empleadores y las organizaciones de trabajadoras y trabajadores, políticas públicas con la finalidad de promover el trabajo decente en el sector del trabajo doméstico remunerado, y en general hacer seguimiento a la implementación de dicho Convenio. El Ministerio del Trabajo, reglamentará de manera concertada con las organizaciones de trabajadoras y trabajadores, la estructura, composición, periodicidad y Agenda de la Mesa de Seguimiento a la implementación del Convenio 189 de la OIT dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley. Asimismo, presentará informes anuales al Congreso de la República sobre las acciones y avances en la garantía de las condiciones de trabajo decente en el sector”.

al trabajo y la prestación del servicio doméstico y su relación con la invisibilidad del trabajo doméstico y del cuidado informal en el ámbito familiar.

También se encuentran pendientes debates enfocados y especializados sobre la protección al trabajo doméstico realizado por personas que enfrentaron procesos de migración interna o que fueron víctimas del desplazamiento forzado. Del mismo modo, es importante deliberar sobre las políticas públicas que permitan el empoderamiento de las mujeres que desarrollan este trabajo, que impulsen el desarrollo de las capacidades, el acceso al sistema educativo formal, técnico, tecnológico y universitario; además de otros mecanismos que garanticen la movilidad social de las mujeres que desarrollan este trabajo.

El Convenio 189 de la OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos es un instrumento que facilitará el florecimiento de nuevas ideas y alternativas durante la deliberación sobre los aspectos señalados anteriormente. En nuestra opinión, el Convenio también implicará el reconocimiento de que el trabajo doméstico es un verdadero trabajo. A partir de este punto, se debe generar un efecto espejo entre la esfera formal del trabajo del servicio doméstico y del cuidado y la esfera informal del trabajo doméstico y del cuidado. Ese efecto debe llevar a que el trabajo del cuidado de los colectivos más vulnerables de la sociedad (niños y niñas, personas mayores, enfermas o en situación de discapacidad) que no se encuentra protegido jurídicamente hasta ahora porque es realizado, por ejemplo, por familiares y personas del entorno cercado, sea tenido en cuenta para crear un esquema de garantías y derechos sociales mínimos que permita a quienes lo realizan el disfrute de unas condiciones de vida dignas y un trabajo decente.

Por último, con esta explicación del sistema de protección del trabajo doméstico formal en España y Colombia, se puede avanzar en esta investigación hacia la descripción de la forma como es abordado jurídicamente el trabajo doméstico y del cuidado no profesional en España. Allí, esta actividad es considerada como un trabajo que está dentro de una zona gris de regulación, pero que idealmente, debería estar en vía de transición progresiva hacia la formalidad. Además, en el siguiente capítulo se hará referencia al trabajo doméstico y del cuidado informal en Colombia a través de un ejemplo de trabajo del cuidado comunal y otro predominantemente familiar. Este será el objeto principal del siguiente capítulo de este trabajo en el que se abordará el estatuto del cuidador no profesional en España y el marco normativo para el cuidado de las personas en situación de dependencia en Colombia.

Capítulo V

EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO INFORMAL EN ESPAÑA Y COLOMBIA: ZONAS GRISES E INVISIBLES COMO MANIFESTACIÓN DEL EFECTO CASCADA

EN ESTE CAPÍTULO SE CONTINUARÁ CON LO QUE SE HA denominado efecto cascada. Es decir, se transitará de la formalidad hacia formas de prestación del trabajo doméstico y del cuidado que están en una zona gris de regulación y en zonas de informalidad. Aquellas formas de prestación del trabajo doméstico y del cuidado se caracterizan por ser no remuneradas o por no perseguir la obtención de recursos monetarios y por ser desarrolladas por la comunidad o por las familias fuera de los márgenes del derecho del trabajo.

Este análisis se abordará a través dos ejemplos paradigmáticos. En el caso de España a través del análisis de la figura del cuidador no profesional regulado en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia o Ley de Dependencia, que puede ser considerado como un ejemplo de progresiva transición de la informalidad hacia la formalidad. En el caso de Colombia, el análisis se hará a través de la figura de las *madres comunitarias* quienes hacen actividades vinculadas con el trabajo doméstico y del cuidado, pero cuyo trabajo tiene una dimensión comunitaria. Posteriormente, se abordará un ejemplo de prestación informal del trabajo doméstico y del cuidado. El ejemplo del contexto colombiano permite identificar y visibilizar las implicaciones de la marginalidad jurídica en la que se encuentra el trabajo doméstico y del cuidado en Colombia y resaltar el aporte social y económico del trabajo. En este orden de ideas, este capítulo identificará las implicaciones del carácter informal del trabajo a través del hilo conductor del cuidado de las personas en situación de dependencia.

Este capítulo estará dividido en dos secciones. En la primera se describirá y analizará en caso de España, a través de la Ley 39/2006 denominada Ley de Dependencia. En concreto, se analizará la figura del cuidador no profesional. En la segunda sección se describirá y analizará el caso de Colombia con una breve referencia al cuidado comunitario que implica la experiencia de las *madres comunitarias* y ante la ausencia de un marco normativo legal para el trabajo doméstico y del cuidado informal, el análisis se hará a través de la sistematización de la jurisprudencia constitucional sobre esta modalidad de trabajo lo cual permitirá identificar el carácter informal de la actividad.

1. LA ZONA GRIS DE REGULACIÓN: ENTRE LA INFORMALIDAD Y LA FORMALIDAD EN EL SISTEMA DE CUIDADORES NO PROFESIONALES EN ESPAÑA

Con el objetivo de realizar una exposición holística del régimen del cuidador no profesional, esta parte del capítulo se dividirá en cuatro secciones. En la primera se analizan las implicaciones del reconocimiento en el ordenamiento jurídico español del cuidador no profesional mediante la Ley 39/2006. En la segunda, se hace referencia al alcance de la protección jurídica establecida para el cuidador no profesional y al régimen jurídico aplicable. En tercer lugar, se describirán las actividades que forman parte del objeto del cuidado no profesional. Finalmente, en la cuarta sección se presenta una caracterización de la figura del cuidador no profesional en relación con su potencial impacto de género. En esta última parte se hará un análisis de género desde la transversalidad, a la luz de la Ley Orgánica para la igualdad de efectiva de mujeres y hombres (LO 3/2007). Además, se utilizarán los datos sobre el uso del tiempo del INE y las estadísticas del IMSERSO sobre la tasa de afiliación al convenio especial de seguridad social de los cuidadores no profesionales.

1.1. EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DEL CUIDADOR NO PROFESIONAL: UN EJEMPLO DE TRANSICIÓN HACIA LA FORMALIDAD BASADO EN EL DERECHO AL CUIDADO

La Ley 39/2006 para la promoción de la autonomía personal y la atención de las personas en situación de dependencia implicó un cambio en el modelo de protección a las personas en situación de dependencia. En efecto, hasta antes de la expedición de esta norma, en España existía un modelo asistencial¹. Entre otras características, este modelo implicaba una cobertura limitada de carácter público y un sistema de protección destinado a aquellas personas consideradas más vulnerables².

La construcción teórica del modelo asistencial del cuidado se sostiene en el principio de solidaridad familiar. Esto implica que, en la práctica, la atención de las personas en situación de dependencia recae principalmente en el denominado tercer sector: las familias, las redes de apoyo comunitario y social (i.e. amigos y vecinos), las organizaciones sin ánimo de lucro y las asociaciones religiosas y de caridad. Dentro de este esquema, la familia adquiere un rol esencial en el trabajo del cuidado y, dentro de la organización familiar, las mujeres (hijas, hermanas o nietas) asumen el rol de cuidadoras informales dentro de un espectro de invisibilidad social, económica y jurídica³.

¹ El modelo asistencial es característico de los países del sur de Europa (e.g. España, Italia y Portugal).

² ARAGÓN MEDINA, JORGE; CRUCES AGUILERA, JESÚS y ROCHA SÁNCHEZ, FERNANDO. *Sector de la atención a la dependencia y negociación colectiva*. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, pp. 40-50.

³ La intensión de la Ley 39/2006 era desplazar esta red informal de cuidados por una “Red Profesional de Servicios Sociales de Atención a la Dependencia” con el objetivo de “liberar a las familias de esa función social”. Cfr. GÓMEZ ARAGÓN, CRISTINA. “Medidas Laborales de la Ley de Dependencia, Discapacidad y Derechos”.

En ese contexto, se puede afirmar que la Ley 39/2006 significó un giro de tuerca en el modelo de protección a la dependencia. Una primera razón a favor de esta tesis es que con la LAAD España pasó de un modelo asistencial a un modelo universal de protección mediante la creación de un esquema de servicios y prestaciones a cargo del Estado. Además, esta norma significó un cambio de paradigma y un desarrollo dinámico de los postulados establecidos en los artículos 41, 49 y 50 de la Constitución de España que se refieren a la atención de las personas en situación de discapacidad y de las personas mayores. En el nuevo sistema, las situaciones de dependencia dejaron de ser consideradas como un riesgo individual o exclusivamente familiar y pasaron a ser concebidas como un riesgo social⁴. Del mismo modo, la construcción teórica de la dependencia como un riesgo social y la protección de todas las personas como un derecho de ciudadanía permitieron que el cuidado haya sido catalogado como el cuarto pilar del Estado de Bienestar⁵. Como señalan algunos autores:

“(…) puede afirmarse, por tanto, que el derecho, de estructura compleja, de protección de las personas en situación de dependencia, reconocido por la LAAD, es un nuevo derecho social de ciudadanía que viene a realizar o dotar de efectividad a los principios constitucionales de la igualdad y la solidaridad”⁶.

La segunda razón por la cual la Ley 39/2006 se puede considerar como un giro de tuerca en materia de protección de la dependencia es porque esta norma implicó la visibilización de las denominadas *cuidadoras informales*⁷. Se trata de un trabajo que fue y sigue siendo desarrollado principalmente por las mujeres. Antes de esta norma y durante muchos años fue desarrollado de manera silenciosa e invisible al interior de los hogares sin ningún reconocimiento social a la labor desempeñada⁸. Además del papel formalizador de la LAAD, el reconocimiento de

En: BARRANCO AVILÉS, MARÍA DEL CARMEN (coord.). *Situaciones de Dependencia, Discapacidad y Derechos: Una mirada a la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia desde la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Dykinson, Madrid, 2011, p. 238.

⁴ CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO y SEMPERE NAVARRO, ANTONIO. *Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*. Thompson Aranzadi, Navarra, 2007, p. 97.

⁵ PÉREZ OROZCO, AMAIA y LÓPEZ GIL, SILVIA. *Desigualdades a flor de piel*. op. cit., p. 58.

⁶ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS; MORENO VIDA, MARÍA NIEVES; MALDONADO MOLINA, JUAN ANTONIO y GONZÁLEZ DE PATTO, ROSA MARÍA. *Manual de Derecho de la Dependencia*. Editorial Ténos, 2ª ed., Madrid, 2014, p. 313.

⁷ AA.VV. *Libro blanco sobre la atención a las personas en situación de dependencia en España*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales - Secretaría de Estados de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad - Instituto de Mayores y Servicios Sociales, diciembre, 2004, pp. 55-60.

⁸ Sobre este último aspecto, EMMA RODRÍGUEZ advierte que antes se concebía al cuidado de la dependencia como una necesidad privada: “Lo que significaba que el Estado tenía una intervención mínima y la protección era tutelada de manera individual a través de seguros privados”. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, EMMA. “El contenido constitucional de la dependencia”. *Revista de Derecho Social*, nº 36, 2006, p. 100. También se puede consultar a: MOLERO MARAÑÓN, MARÍA LUISA. “El incipiente reconocimiento legal de los cuidadores informales”. *Relaciones Laborales*, Editorial La Ley, nº 11, 2009, p. 1.

esta actividad y su visibilización también fue posible debido a la vinculación activa de las mujeres al mercado de trabajo porque su ausencia se hizo mucho más visible en el hogar familiar⁹. Como señala EMMA RODRÍGUEZ:

“(…) las mutaciones sociales referidas a las nuevas estructuras familiares (proliferación de familias monoparentales, desmembración y reducción de los núcleos familiares) y al nuevo rol de la mujer (que deja de permanecer en el hogar dedicada a las tareas domésticas en exclusividad y entra en el mercado del trabajo) hacen tambalearse a este sistema informal de cuidados de las personas dependientes. De este modo, un fenómeno que se mantenía en la esfera privada de familia, ante la inoperatividad sobrevenida de la estrategia de los informales y la insuficiencia de otros tipos de recursos, adquiere relevancia pública, con todas sus implicaciones”¹⁰.

Como se estableció previamente, en el centro del cambio del paradigma asistencial al modelo universal se encuentra la creación de una red institucionalizada y profesionalizada que presta cuatro tipos de servicios: prevención de situaciones de dependencia, promoción de la autonomía personal, teleasistencia y ayuda a domicilio. Adicionalmente, incorpora la atención de una amplia gama de necesidades del hogar dentro de las que se encuentran: los cuidados personales, el servicio de centro de día y centro de noche, el centro de día para mayores, el centro de día para menores de 65 años, el centro de día de atención especializada, el centro de noche, el servicio de atención residencial, la residencia de personas mayores en situación de dependencia y el centro de atención a personas en situación de dependencia en razón de los distintos tipos de discapacidad¹¹. Además de estos servicios se contemplan las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas (i.e. prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales).

Esta red de servicios y de prestaciones tiene elementos de carácter objetivo y subjetivo que permiten cumplir con la finalidad de la norma, esto es, garantizar que las personas en situación de dependencia puedan disfrutar de sus derechos fundamentales a través de la ayuda de terceros en la realización de las actividades básicas de la vida diaria. Dentro de los elementos de carácter objetivo se encuentran todos los recursos físicos, materiales y económicos destinados a cumplir la finalidad. Por su parte, el elemento subjetivo está compuesto por las personas que desarrollan las actividades del cuidado y que permiten que las personas en situación de dependencia puedan tener unas mejores condiciones de vida, mayor autonomía y condiciones de vida digna que permitan garantizar la finalidad de la norma.

⁹ BARCELÓN COBEDO, SUSANA y QUINTERO LIMA, MARÍA GEMA. “Las Situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de Protección Social”. *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 60, 2006, p. 14.

¹⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, EMMA. “El contenido constitucional de la dependencia”. op. cit., p. 100.

¹¹ *Vid.* Ley 39/2006 (artículo 15).

En el marco de la LAAD existen, por lo menos, tres grados distintos o niveles de protección jurídica para las personas que genéricamente pueden ser denominadas como cuidadores y cuidadoras. Las diferencias dependen del tipo de servicio o de la prestación dentro de la cual se enmarca la realización del trabajo. Dentro de la primera categoría se encuentra el cuidador profesional que tiene una vinculación laboral directa con los centros de atención. Estos cuidadores suelen ser trabajadores por cuenta ajena¹². En consecuencia, el régimen laboral aplicable -casi por regla general- es el establecido en el Estatuto de los Trabajadores y los convenios colectivos. Adicionalmente, les aplica el régimen general de la seguridad social¹³.

El segundo tipo de cuidadores profesionales está compuesto por aquellas personas que prestan sus servicios del cuidado de manera autónoma, es decir, sin tener una vinculación laboral directa con una empresa o entidad pública. En este caso, el cuidador presta sus servicios bajo la figura del asistente personal y su régimen de protección debe ajustarse a las normas del régimen de seguridad social general o especial para trabajadores por cuenta propia o autónomos¹⁴.

Dentro del tercer tipo de trabajadores se encuentran los denominados cuidadores no profesionales. La descripción del régimen jurídico aplicable a este tipo de cuidadores puede considerarse como especial o híbrida porque su régimen de protección oscila entre el marco laboral y el administrativo. Adicionalmente, estos trabajadores tienen un estándar de protección muy inferior respecto de las demás categorías del trabajo del cuidado, incluso por debajo del estatuto especial del trabajo doméstico. Como se analizará en la siguiente sección del capítulo, esta situación demuestra la alta segmentación del trabajo del cuidado y la existencia de un efecto cascada porque entre más bajo de la pirámide del cuidado se encuentre la persona que realiza el trabajo del cuidado, menores serán sus derechos y más precarias serán sus condiciones laborales (*Gráfico 12*).

¹² “Aunque no es imposible, de hecho, la norma lo prevé en su art. 2.6, el cuidado profesional por parte de un trabajador por cuenta propia. En tal caso la regulación será la correspondiente mercantil y su encuadramiento será el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social”. ÁLVAREZ CORTES, JUAN CARLOS. “Situación social de los cuidadores no profesionales”. En: CALVO ORTEGA, RAFAEL y GARCÍA CALVENTE, YOLANDA (dir.). *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*. Thompson Civitas, 1ª ed., 2007, p. 438.

¹³ ÁLVAREZ CORTES, JUAN CARLOS. “Situación social de los cuidadores no profesionales”. op. cit., p. 438.

¹⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO y NAVAS-PAREJO ALONSO, MARTA. “El cuidador informal, familiar o no profesional en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”. En: GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO y CARREÑO DOMÍNGUEZ, CARMEN. *El Estatuto Jurídico del Cuidador informal de las Personas en Situación de Dependencia*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2009, p. 55.

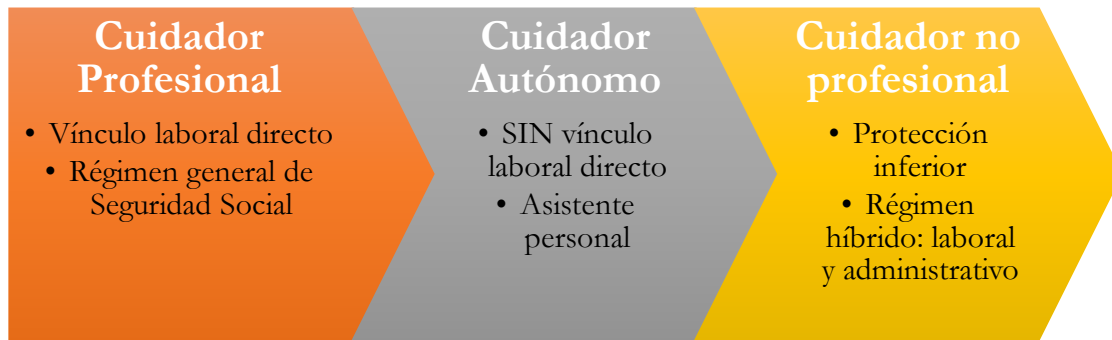


Gráfico 12. Elaboración propia.

La LAAD no define taxativamente cada una de las categorías de cuidador ni establece las actividades concretas que tienen que realizar los cuidadores de cada clase. Sin embargo, la doctrina mayoritaria ha señalado que los dos elementos diferenciadores entre las categorías mencionadas previamente son, por una parte, la profesionalización y especialización de la actividad y, por otra, la relación filial o vecinal que exista entre la persona que requiere del cuidado y su cuidador.

Con base en esos dos criterios se puede afirmar que tanto el cuidado en instituciones o centros de atención como la atención domiciliaria son prestadas por cuidadores con estatus profesional o especializado. Por su parte, el cuidado prestado a través de la prestación económica para el cuidado en el entorno familiar establecido en el artículo 18 de la LAAD es realizado por un cuidador cuyo estatus jurídico es el de cuidador no profesional.

Para considerar que se trata de una actividad de cuidado no profesional, además del criterio anterior, es necesario tener en cuenta el vínculo o la proximidad emocional de quien presta el cuidado con la persona en situación de dependencia¹⁵. Adicionalmente, el cuidado debe ser prestado en el ámbito del hogar familiar de la persona en situación de dependencia por un familiar y, solo en casos excepcionales, por un vecino o amigo del entorno cercano.

El reconocimiento jurídico del cuidador no profesional es, sin duda, uno de los elementos más relevantes de la Ley 39/2006. Esta norma visibilizó la labor del cuidado que es desarrollada por familiares y, dentro de estos, principalmente por las mujeres. En efecto, se trata de un trabajo que ha sido prestado *de facto* por las mujeres sin que recibieran un reconocimiento jurídico concreto. Históricamente se puede comprobar que las mujeres han asumido durante mucho tiempo la responsabilidad del cuidado de manera silenciosa, invisible y solitaria. Esta era la base de la pirámide sobre la que se sostenía el cuidado en España. Por esa razón, el reconocimiento normativo también ha permitido señalar las implicaciones y el impacto de género que implica el fenómeno de la informalidad en el cuidado.

¹⁵ MOLERO MARAÑÓN, MARÍA LUISA. “El incipiente reconocimiento legal de los cuidadores”. op. cit., p.5.

1.2. EL CUIDADOR NO PROFESIONAL: UNA MODALIDAD ESPECÍFICA, RESIDUAL Y SUBSIDIARIA

Dentro de las características del reconocimiento normativo del cuidador no profesional, la LAAD estableció que se trata de una modalidad específica, residual y subsidiaria. En relación con la especificidad, la ley señala que esta modalidad de cuidado solo puede ser prestada por familiares con una relación filial directa con la persona dependiente. Solo en casos muy excepcionales, la LAAD admite que los cuidadores sean amigos o vecinos del entorno cercano de la persona en situación de dependencia¹⁶.

De acuerdo con la doctrina, existen tres razones que justifican el carácter específico de la prestación del cuidado no profesional por parte de familiares con relación filial directa. Por una parte, la presunción de la existencia de cercanía emocional entre el cuidador no profesional (familiar) y la persona en situación de dependencia. En virtud de esa cercanía se puede prever que habrá un buen trabajo del cuidado por parte del cuidador. En segundo lugar, la estadística demuestra que el mayor número de personas cuidadoras hace parte del entorno familiar de la persona en situación de dependencia. La tercera razón está vinculada al valor subsidiario de la compensación económica porque esta se considera como un incentivo para el cuidado, pero no constituye la motivación esencial para prestarlo. Esto quiere decir que la asignación económica que se reconoce a los cuidadores familiares cercanos no es la razón principal para cuidar de la persona en situación de dependencia. Esta situación es diferente cuando se trata de un familiar lejano o de una persona ajena a la familia porque en estos casos es muy probable que la motivación del cuidador sea principalmente económica¹⁷.

A pesar de lo anterior, es necesario reiterar que la Ley de Dependencia establece que el cuidado no profesional tiene dimensiones familiares y comunitarias. La dimensión familiar del cuidado no profesional se refleja en el cuidado de la persona dependiente por parte de sus propios familiares, quienes consideran que esa carga forma parte de sus responsabilidades morales mutuas en virtud de las relaciones filiales y los vínculos de amor¹⁸. El cuidado no profesional de familiares, como señala ROSA GONZÁLEZ, se presenta cuando los propios familiares:

“(…) son en principio los únicos que pueden asumir la condición de cuidador no profesional cuando el domicilio del dependiente no esté ubicado en el entorno caracterizado por la

¹⁶ En relación con el requisito de parentesco debe consultarse el artículo 12 del RD 727/2007. En especial, después de la modificación por el RD 175/2011 y en concordancia con el artículo 1.2 RD 615/2007.

¹⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO (dir.). *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*. Consejo Económico y Social de España - Departamento de Publicaciones, Estudios n° 231, 2013, p. 352.

¹⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO y NAVAS PAREJO-ALONSO, MARTA. “La protección de las situaciones de dependencia personal y el papel del cuidador no profesional, informal o familiar”. En: GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO y CARREÑO DOMÍNGUEZ, CARMEN. *El Estatuto Jurídico del cuidador informal*. op. cit., p. 19.

insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, la población o circunstancia geográfica que dificulten o imposibiliten otras modalidades de atención. En este supuesto, quedan excluidos, pues, los familiares cuyo grado de parentesco supere el tercer grado, haya o no convivencia con la persona dependiente (...)”¹⁹.

Por otra parte, la dimensión comunitaria tiene un carácter excepcional y se traduce en la prestación del cuidado por un miembro del entorno (i.e. amigos o vecinos) o por personas cercanas a la persona en situación de dependencia. En estos casos, la motivación se basa en los sentimientos de solidaridad y afecto. De esta manera, la dimensión comunitaria implica que el cuidado se realiza por fuera del ámbito puramente familiar²⁰. En este supuesto, se hace referencia al cuidador del entorno que incluye a toda persona que:

“(...) carece del grado de parentesco -conviva o no con la persona dependiente-, o bien contando con dicho vínculo, no cumple el requisito de convivencia, aunque reside en proximidad, esto es, en el mismo municipio o en uno vecino al de la persona dependiente y lo venga haciendo con antelación mínima de un año a la solicitud del reconocimiento de la situación de la dependencia y de las prestaciones. Sin embargo, el reconocimiento jurídico-administrativo de este segundo tipo de cuidador no profesional está supeditado reglamentariamente a la condición de que el domicilio de la persona dependiente esté ubicado en un entorno caracterizado por la carencia o insuficiencia de servicios públicos concertados, la población o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que no hagan posible otra modalidad de cuidados”²¹.

En segundo lugar, el cuidado no profesional se trata de una modalidad residual²². En efecto, la misma ley establece una preferencia a favor del cuidado profesional a través del sistema de servicios profesionales sobre el cuidado prestado por familiares de manera no profesional²³. La prevalencia del cuidado profesional solo cede frente al cuidado no profesional en los siguientes tres casos: cuando el Programa Individual de Atención (en adelante PIA) establece que el cuidado no profesional constituye la mejor modalidad de cuidado para la persona en situación de dependencia, cuando la persona en situación de dependencia manifiesta su preferencia por el cuidado no profesional y cuando no existen medios institucionales y profesionales para garantizar el cuidado²⁴. En cualquiera de estos casos, quienes quieran ser

¹⁹ GONZÁLEZ DE PATTO, ROSA MARÍA. “La reforma de la protección social de los cuidadores” no profesionales de las personas en situación de dependencia. Retrocesos e incertidumbres”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Editorial Aranzadi, nº 11, Pamplona, 2014, p. 7.

²⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO y NAVAS PAREJO-ALONSO, MARTA. “La protección en situaciones de dependencia personal”. op. cit., pp. 22-24.

²¹ GONZÁLEZ DE PATTO, ROSA MARÍA. “La reforma de la protección social de los cuidadores”. op. cit., p. 7.

²² *Vid.* Ley 39/2006 (artículo 14.4).

²³ GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO (dir.). *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*. op. cit., p. 349.

²⁴ “Junto con las propias preferencias de la persona dependiente, otro factor que justifica la existencia de esta prestación económica radica en que las disponibilidades actuales de la red de servicios de atención a la dependencia pueden resultar insuficientes para atender con garantías determinadas necesidades”. MONREAL

cuidadores no profesionales deben cumplir con los requisitos específicos de convivencia y habitabilidad de la vivienda donde se garantizará el cuidado.

Además de la estructura física y emocional del hogar, la LAAD también establece una serie de condiciones para poder ser un cuidador no profesional. Entre las más importantes se encuentran, por una parte, vivir cerca o en el mismo domicilio cuando se trata de amigos o vecinos con un tiempo no inferior a un año al momento en el que se solicita la prestación. Por otra parte, se requiere dedicación casi permanente al dependiente por un tiempo no inferior a tres meses.

En tercer lugar, la modalidad de cuidado no profesional tiene un carácter subsidiario²⁵. Existen dos razones que justifican la subsidiariedad del cuidado no profesional. Por una parte, uno de los propósitos de la LAAD es la transición del cuidado familiar hacia la externalización de los trabajos del cuidado con el objetivo de incentivar la creación de nuevos puestos de trabajo y la consolidación de una estructura institucional dentro de la cual la familia y los miembros del entorno solo tienen una función marginal. Por otra parte, el esquema de la LAAD pretende promover la participación de las mujeres en el mercado del trabajo fuera del hogar familiar y desincentivar que estas continúen asumiendo el cuidado de las personas en situación de dependencia.

La vocación de excepcionalidad del cuidado no profesional frente a los demás servicios y prestaciones económicas conduce a que aquella solo sea aceptada en los casos en los cuales no existe otro mecanismo de atención al dependiente. En especial, cuando hay límites en la cobertura de los servicios y cuando la persona en situación de dependencia vive en el área rural. Adicionalmente, deben concurrir unas condiciones adecuadas de habitabilidad de la vivienda y un entorno óptimo de convivencia. En definitiva, como señalan MARTA NAVAS y SANTIAGO GONZÁLEZ, según la Ley de Dependencia, “la prestación para el cuidado en el entorno familiar es una prestación excepcional. Es decir que constituye una alternativa secundaria, no preferida ni prevalente”²⁶.

Sin embargo, el grado de excepcionalidad del cuidado no profesional familiar puede ser moderado en algunos supuestos. En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia han aclarado que la excepcionalidad es menor frente al dictamen del Programa Individual de Atención o frente a la decisión libre de la persona en situación de dependencia, quien puede

BRINGSVAERD, ERIK. “Las prestaciones económicas”. En: ROQUETA BUJ, REMEDIOS (Coord.). *La situación de dependencia (Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo reglamentario estatal y autonómico de la Ley de Dependencia)*. Tirant lo Blanch, España, 2009, p. 512.

²⁵ *Vid.* Ley 39/2006 (artículo 18).

²⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO y NAVAS PAREJO-ALONSO, MARTA. “La protección en situaciones de dependencia personal”. *op. cit.*, p. 47.

preferir el cuidado no profesional sobre otros servicios y prestaciones²⁷. Sobre este aspecto, la jurisdicción administrativa ha relativizado el elemento de subsidiariedad en relación con los demás servicios con el siguiente argumento:

“(...) ha de destacarse, que no es el hecho -puro y simple- de la inexistencia de centros asistenciales y/o empresas de asistencia a domicilio en el municipio, lo que determina la procedencia de autorizar los cuidados no profesionales; sino que, aun existiendo aquellos, se revele de mayor interés la opción de cuidador no profesional, siempre, eso sí, que concurren los requisitos establecidos en el ordenamiento, requisitos que en nuestro caso son concurrentes, así como la procedencia de los cuidados en el entorno familiar”²⁸.

Además de esta regla jurisprudencial, es importante señalar que el elemento de subsidiariedad no ha guiado efectivamente la política del cuidado. Esto ha sido así por tres razones. Por una parte, la inexistencia de un sistema institucional efectivo y suficiente para garantizar el cuidado de todas las personas en situación de dependencia. En segundo lugar, debido a que la prestación para el cuidado en el entorno familiar implica una menor carga económica para el sistema²⁹. Finalmente, desde el punto de vista sociológico las personas mayores prefieren permanecer en el entorno familiar.

Estas tres razones han impedido la disminución sustancial del cuidado en el entorno familiar a cargo de cuidadores no profesionales de manera que la participación del Estado no ha puesto fin a la prevalencia del esquema de responsabilidad familiar y feminizado³⁰. En ese sentido, es posible concluir que a pesar de que el reconocimiento de la figura del cuidador no profesional se configuró como un giro de tuerca en la comprensión del cuidado informal, las condiciones sociales y económicas actuales permiten afirmar que la protección jurídica reconocida en España a este colectivo es todavía deficiente.

1.3. EL CUIDADOR NO PROFESIONAL COMO SUJETO PROTEGIDO POR EL DERECHO: DEBATES SOBRE LA REGULACIÓN, PROTECCIÓN Y VISIBILIZACIÓN

La Ley 39/2006 no define taxativamente la figura del cuidador no profesional, sino que se refiere a la actividad del cuidado no profesional como aquella atención que se presta a una

²⁷ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS. *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia*. Editorial Comares, Granada, 2007, p. 328.

²⁸ Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª. Sentencia nº 14/2015 de 21 de enero. (JUR/2015/89467).

²⁹ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS et al. *Manual de Derecho de la Dependencia*. 2ª ed., op. cit., p. 222.

³⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO (dir.). *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*. op. cit., p. 351.

persona en situación de dependencia en su propio domicilio³¹. Estos cuidados son procurados al dependiente por su familia o por una persona de su entorno cercano y no están vinculados a un servicio de atención a la dependencia con carácter profesional³².

La LAAD denomina a esta modalidad de atención de tres formas distintas: ayuda informal³³, cuidado no profesional³⁴ y cuidado familiar³⁵. Esto demuestra un problema de precisión conceptual de la norma³⁶. En este sentido, metodológicamente en esta investigación se utilizará la expresión cuidador no profesional por ser la más usada en el cuerpo normativo de la Ley 39/2006 y porque permite identificar la zona gris de regulación frente a una zona de invisibilidad del trabajo doméstico y del cuidado informal y una zona de regulación formal en la que está el trabajo del servicio doméstico en el que se desarrollan actividades relacionadas con el cuidado.

El establecimiento del cuidador no profesional en la LAAD implicó un reconocimiento jurídico como verdaderos sujetos actores del cuidado de los familiares, amigos y vecinos del entorno cercano de las personas en situación de dependencia³⁷. Como se ha señalado

³¹ *Vid.* Ley 39/2006 (artículo 2.5).

³² De acuerdo con el artículo 1 del RD 615/2007 (por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia), la vinculación familiar se limita al cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad y adopción hasta el tercer grado de parentesco. Sin embargo, no es claro qué se entiende por personas del entorno cercano.

³³ Antes de la expedición de la Ley 39/2006 el trabajo realizado por el cuidador no profesional era denominado como *ayudas informales*. Una de las definiciones normativas de este tipo de actividad en España se puede encontrar en el artículo 67 de la Ley 11/2003 (de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid). En esta ley se definen los *cuidados informales* como: “(...) los prestados por miembros de la familia, vecinos, voluntarios u otras personas que atienden y acompañan a personas en situación de dependencia, sin tener un estatuto profesional ni contraprestación económica”. *Vid.* Ley 11/2003 (artículo 67.1.).

³⁴ *Vid.* Ley 39/2006 (artículo 14.4). “Prestaciones de atención a la dependencia: El beneficiario podrá excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser atendido por *cuidadores no profesionales*, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su programa individual de Atención”. (cursiva fuera de texto)

³⁵ *Vid.* Ley 39/2006 (artículo 18.1). “Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales. Excepcionalmente, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar y se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 14.4, se reconocerá una prestación económica para *cuidados familiares*”. (cursiva fuera de texto). La doctrina ha optado por señalar que, en principio, la relación filial entre el cuidador y la persona dependiente no es requisito *sine qua non* para que pueda darse la figura del cuidador no profesional porque la norma contempla un ámbito extensivo que incluye familiares y a otras personas (e.g. amigos, vecinos o personas de su entorno). Por consiguiente, el factor determinante: “es el lugar y el modo de la prestación. En este último sentido, los aspectos centrales para su identificación es que la atención se preste en el domicilio y no vinculada a un servicio de atención profesionalizada”. MOLERO MARAÑÓN, MARÍA LUISA. “El incipiente reconocimiento legal de los cuidadores”. *op. cit.*, p.4.

³⁶ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS; MORENO VIDA, MARÍA NIEVES; MALDONADO MOLINA, JUAN ANTONIO y GONZÁLEZ DE PATTO, ROSA MARÍA. *Manual de Derecho de la Dependencia*. Editorial Técno, 1ª ed., Madrid, 2010, p. 226.

³⁷ En estricto sentido, el cuidador familiar puede ser un familiar de la persona en situación de dependencia que tenga la condición de cónyuge, pareja de hecho o pariente hasta el tercer grado de parentesco o quien tenga vínculos de acogimiento o que conviva con la persona en situación de dependencia. MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS et al. *Manual de Derecho de la Dependencia*. 2ª ed., *op. cit.*, p. 223.

previamente, este nuevo esquema obedece a un modelo en el que la dependencia empieza a ser considerada como un riesgo social y el cuidado de las personas en situación de dependencia un pilar esencial del Estado de Bienestar.

Sin embargo, este reconocimiento está en una zona gris de regulación para el derecho del trabajo porque no se construyó un estatuto jurídico que les confiriera la condición de trabajadores dentro de los márgenes de la laboralidad. Lo anterior implicó un reconocimiento débil de derechos subjetivos que ha oscilado entre el ámbito administrativo y el laboral mediante la denominada relación especial de cuidados no profesionales. En contraste con la protección deficitaria de los derechos subjetivos reconocidos, los cuidadores no profesionales son considerados sujetos plenamente responsables, pueden ser objeto de las sanciones económicas y deben cumplir con todas las obligaciones del cuidado³⁸. Estas consisten en el desarrollo de las actividades de la vida diaria de las personas en situación de dependencia como: la preparación de los alimentos, el aseo personal, el suministro de los medicamentos, entre otras.

El régimen de protección de los cuidadores no profesionales es criticable y ha causado que la discusión doctrinal en torno a su estatuto no sea pacífica. Una parte de la doctrina niega de plano el carácter laboral de las actividades desarrolladas por el cuidador no profesional. Uno de los argumentos principales que respaldan esta tesis mantiene que los únicos sujetos titulares de los derechos establecidos en la LAAD son las personas en situación de dependencia. De acuerdo con esta posición, incluso cuando se trata de prestaciones económicas como las del cuidado en el entorno familiar por un cuidador no profesional, el titular de la prestación económica es la persona en situación de dependencia y no la persona que presta el cuidado³⁹.

De esta manera, la naturaleza de la prestación económica se utiliza como uno de los argumentos para negar el carácter laboral y la protección concreta del cuidador no profesional. Como ya se estableció, se considera que la prestación no tiene un carácter salarial, que el cuidador no profesional no es el titular de la prestación y que la finalidad de la misma no es recompensar de manera directa la labor del cuidador.

Algunos autores van más allá y plantean que las prestaciones económicas destinadas para el cuidado no profesional en el entorno familiar son de libre disposición para la persona en situación de dependencia⁴⁰. En este sentido, sostienen que la finalidad de esta prestación está destinada al hogar familiar para “contribuir a aliviar la situación económica de la unidad familiar y suplir la pérdida de ingresos provocada por tener que permanecer fuera del

³⁸ *Vid.* Ley 39/2006 (artículo 45).

³⁹ Cfr. CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO y SEMPERE NAVARRO, ANTONIO. *Ley de Dependencia*. op. cit., p. 100.

⁴⁰ GÓMEZ ARAGÓN, CRISTINA. “Medidas Laborales de la Ley de Dependencia, Discapacidad y Derechos”. op. cit., p. 238.

mercado laboral”⁴¹. En ningún caso aceptan que la prestación pueda tener como objetivo la retribución económica de la labor realizada por el cuidador familiar.

Otro sector de la doctrina considera acertada la decisión del legislador de excluir al cuidador como titular del derecho a la prestación económica. Se afirma que esta medida pretende evitar que los recursos económicos se configuren como un nuevo factor de dependencia. En este sentido, algunos autores consideran que establecer el derecho a la compensación a favor de la persona en situación de dependencia y no a favor de su cuidador “se compadece más de la dignidad de aquel”⁴².

Por su parte, la corriente doctrinal que niega el carácter laboral de la prestación económica para el cuidado no profesional se basa en la inexistencia de un vínculo contractual y laboral entre el cuidador y la persona en situación de dependencia⁴³. Desde esta posición, se afirma que la prestación económica reconocida a las personas dependientes en los artículos 14.4 y 18 de la Ley 39/2006 no representa, en sí misma, un salario para el cuidador sino una prestación a favor de la persona dependiente y de su familia. De esta forma, se elimina -por lo menos teóricamente- el elemento de la retribución. Quienes sostienen esta postura afirman:

“La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales se concibe en la normativa autonómica como esencialmente destinada a contribuir a la cobertura de los gastos derivados de la atención prestada por la persona que cumple la función de cuidador no profesional. Pudiendo ser reconocida en cualquier grado y nivel de dependencia. En otras ocasiones se encamina a contribuir a sufragar los gastos que la familia ha de soportar derivados de la atención específica que requiere la persona dependiente, añadiendo que *‘adicionalmente, la prestación económica cumple la finalidad social de apoyar económicamente la labor que el cuidador/a no profesional desarrolla en el entorno familiar, de conseguir la permanencia de las personas dependientes en su núcleo convivencial de origen evitando así, en la medida de los posible, su internamiento residencial’*⁴⁴. El dato a retener, en cualquier caso, es que el titular del derecho a esta prestación económica es la persona en situación de dependencia, no su cuidador”⁴⁵.

También se niega el carácter laboral del cuidado no profesional con el presupuesto según el cual el cuidado familiar no es una actividad de carácter profesional y permanente. Por el contrario, se presume que la persona cuidadora lo hace por razones de índole inmaterial como la responsabilidad intergeneracional, el amor y la solidaridad. Este tipo de razones

⁴¹ CORDERO GORDILLO, VANESSA. *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar*. op. cit., p. 24.

⁴² CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO y SEMPERE NAVARRO, ANTONIO. *Ley de Dependencia*. op. cit., p. 135.

⁴³ GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO (dir.). *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*. op. cit., p. 349.

⁴⁴ Comunidad valenciana. Orden 5 de diciembre de 2007, (artículo 9). (DOCV nº 10-12-2007).

⁴⁵ MONREAL BRINGSVAERD, ERIK. “Las prestaciones económicas”. op. cit., p. 514.

generalmente están ligadas a un vínculo emocional con la persona en situación de dependencia.

Bajo esta lógica, la ayuda que brinda el cuidador se hace sin perseguir ninguna compensación de tipo económico⁴⁶. Además, se asume que, una vez superada la situación de dependencia, el cuidador se integrará al mercado laboral. Esta situación contrasta con la relación laboral del servicio del hogar familiar de los cuidadores profesionales o asistentes personales regulados en el RD 1620/2011. Estos cuidan de las personas en situación de dependencia como parte de su actividad profesional, laboral, permanente y onerosa.

En conclusión, esta corriente señala que el cuidado que presta el cuidador no profesional carece de carácter mercantil, se desarrolla a título gratuito, sin que exista una relación contractual entre el cuidador y la persona en situación de dependencia y sin el interés de continuar con el cuidado cuando se ha superado la situación de dependencia del familiar. En este sentido, esta corriente ha resaltado enfáticamente que el estatuto del cuidador no profesional no está en los marcos de la laboralidad.

Por su parte, una parte de la doctrina y de la jurisprudencia reconoce las dificultades para encuadrar el cuidado no profesional como una actividad laboral. Por consiguiente, se ha señalado que lo adecuado es afirmar que no existe una relación de carácter laboral sino una relación especial de cuidados no profesionales⁴⁷. No obstante, esta vertiente señala otros elementos que hacen más complejo encuadrar jurídicamente el cuidado no profesional dentro de los márgenes de laboralidad. Por ejemplo, la naturaleza y la finalidad de la prestación o el impacto de género de cualquier medida que se adopte.

Desde este punto de vista, se sostiene que el reconocimiento de los cuidadores no profesionales era parte del objetivo más profundo de lograr la progresiva profesionalización e institucionalización de los cuidados con el fin de garantizar una mejor calidad en la prestación y sacar paulatinamente del ámbito familiar la prestación de los servicios del cuidado. Por esa razón, se afirma, el texto original de la LAAD señalaba que el cuidado no profesional sería la excepción y no la regla. En la misma dirección, se advierte que la LAAD y, en concreto, el cuidado no profesional no debía convertirse en un estímulo para que las

⁴⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO y NAVAS PAREJO-ALONSO, MARTA. “La protección en situaciones de dependencia personal”. op. cit., p. 22.

⁴⁷ Tribunal Superior de Justicia de Valencia. Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia nº 798/2013 de 3 de abril. (AS/2013/1881). En este caso, el tribunal desestimó los recursos de súplica presentados por la demandante. Entre los fundamentos, el tribunal estableció en su decisión confirmatoria que: “La sentencia de instancia determina que no hay despido porque no existe relación laboral, para llegar a dicha conclusión aplica los preceptos cuya infracción se denuncia y concluye afirmando tras la declaración de dependencia de la demandada, que ambas partes acordaron el inicio de una nueva relación cuyo objeto prestacional era el cuidado de la dependiente y cuyo régimen jurídico encontraba amparo en la Ley de dependencia y no en el Estatuto de los Trabajadores, por lo que no existe relación laboral (...). En el presente caso y a tenor de los hechos declarados probados que resultan vinculantes para esta sala, resulta claro que las partes constituyeron una relación especial de cuidados no profesionales de la persona dependiente”.

mujeres continuaran con el cuidado informal y, por tanto, se integraran al mercado laboral por fuera del hogar familiar.

Finalmente, existe un argumento de orden tributario que permite inferir que la prestación económica para el cuidado familiar no es una prestación laboral. De acuerdo con este postulado, el monto recibido como prestación es muy bajo y se trata de una renta exenta a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante IRPF). En este sentido, puede ser considerada como una “prestación económica pública por la comisión del servicio del cuidado y asistencia a una persona dependiente”⁴⁸ pero no se trata de un trabajo. En este orden de ideas se sostiene que es “difícil pues, si no imposible entender una relación laboral, especial o no, sin retribución como parte de la contraprestación debida por el empleador por el trabajo recibido o realizado a su servicio”⁴⁹.

Por consiguiente, se sugiere que la relación del cuidador no profesional salga del ámbito laboral y se considere como una “subvención familiar por la realización de un servicio de interés social”⁵⁰.

De acuerdo con las dos lecturas anteriores es posible concluir que, más allá de la protección al cuidador o cuidadora no profesional, la compensación va destinada a la familia y a la persona dependiente. En el marco de esta interpretación, el cuidador no profesional no es reconocido con pleno derecho como trabajador y tampoco es el titular de la prestación económica a la dependencia.

Algunas autoras han señalado de manera crítica que la Ley 39/2006 se haya decantado predominantemente hacia la protección de la persona en situación de dependencia mientras que el cuidador no profesional ha tenido un papel secundario e instrumental porque se le ha reducido a la condición de medio o instrumento para garantizar la autonomía de la persona en situación de dependencia. El contraste se agrava en la medida en que la LAAD sí impone el cumplimiento de algunas obligaciones como la dedicación por un tiempo no inferior a dos meses y exige ciertas condiciones para ser considerado como cuidador⁵¹.

Esta posición instrumental del cuidador lo ha relegado a un papel marginal, sin un estatuto de derechos subjetivos ni deberes o tareas concretas. Por consiguiente, se ha remarcado que el cuidador no profesional “interesa en tanto “recurso para la persona dependiente” pero no por sí mismo (...) perdurando sustancialmente la situación de desprotección en la que ha

⁴⁸ ÁLVAREZ CORTES, JUAN CARLOS. “Situación social de los cuidadores no profesionales”. op. cit., pp. 442-443.

⁴⁹ ÁLVAREZ CORTES, JUAN CARLOS. “Situación social de los cuidadores no profesionales”. op. cit., p. 443.

⁵⁰ ÁLVAREZ CORTES, JUAN CARLOS. “Situación social de los cuidadores no profesionales”. op. cit., pp. 442-443.

⁵¹ MOLERO MARAÑÓN, MARÍA LUISA. “El incipiente reconocimiento legal de los cuidadores”. op. cit., p. 3.

permanecido históricamente el cuidador familiar”⁵². Adicionalmente, esta afectación o limbo jurídico en la protección y reconocimiento de derechos tiene un impacto de género negativo. Por esa razón, se ha afirmado que la LAAD “(...) continúa desconociendo en su trascendental labor del cuidado, sin determinar con claridad la clase de relación jurídica que existe entre ésta y la persona dependiente o, en su caso, con el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia”⁵³.

En contraposición, otras autoras consideran que el reconocimiento de la prestación representa un avance importante en la valoración de la labor de las familias. De acuerdo con este argumento, estas han sido invisibilizadas durante siglos en los que se han dedicado al cuidado de las personas en situación de dependencia dentro de un escenario de total informalidad, de manera gratuita, desinteresada y aisladas de cualquier reconocimiento legal o jurídico⁵⁴. Además, se afirma que se generó un cambio de modelo en el que muchas personas que estaban confinadas al cuidado de las personas en situación de dependencia se lograron reintegrar al mercado del trabajo⁵⁵.

Desde luego, también existen algunas corrientes que son más favorables a considerar que el régimen del cuidado no profesional está en los márgenes de la laboralidad. Desde esta perspectiva, se sostiene que, si bien no se trata de una relación laboral plena, las cuidadoras no profesionales reguladas por la LAAD adquieren un estatus cuasiprofesional⁵⁶. De acuerdo con esta tesis, existe un reconocimiento de un estatuto jurídico de derechos sociales mínimos a aquellas personas -principalmente mujeres- que han desarrollado este trabajo en la invisibilidad social y jurídica. En este sentido, se afirma que la LAAD es un paso hacia la transición de la invisibilidad a una posición jurídica protegida⁵⁷. El estatus cuasiprofesional se sustenta en:

“a) Su encuadramiento en el sistema de Seguridad Social. b) Su inclusión en el sistema de Formación Profesional para el Empleo, a efecto de ser beneficiarios de acciones de formación y capacitación. A estas previsiones legales expresas se une. c) Su compensación económica a la que, en nuestra opinión, se endereza indirectamente la prestación monetaria de cuidados en el entorno familiar, lo que convierte a los cuidadores no en los titulares del derecho, pero sí en beneficiarios reflejos de la misma”⁵⁸.

⁵² MOLERO MARAÑÓN, MARÍA LUISA. “El incipiente reconocimiento legal de los cuidadores”. op. cit., p. 3.

⁵³ MOLERO MARAÑÓN, MARÍA LUISA. “El incipiente reconocimiento legal de los cuidadores”. op. cit., p.3.

⁵⁴ GÓMEZ ARAGÓN, CRISTINA. “Medidas Laborales de la Ley de Dependencia, Discapacidad y Derechos”. op. cit., p. 234.

⁵⁵ GONZÁLEZ DE PATTO, ROSA MARÍA. “La reforma de la protección social de los cuidadores”. op. cit., p. 1.

⁵⁶ Sobre la condición cuasi-laboral del cuidador no profesional se puede leer a: GONZÁLEZ DE PATTO, ROSA MARÍA. “La reforma de la protección social de los cuidadores”. op. cit., pp. 3-4.

⁵⁷ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS et al. *Manual de Derecho de la Dependencia*. 1ª ed., op. cit., p. 225.

⁵⁸ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS et al. *Manual de Derecho de la Dependencia*. 1ª ed., op. cit., p. 225.

A los anteriores criterios se podría adicionar, por lo menos, tres elementos más. En primer lugar, la estipulación de tiempos de descanso⁵⁹. En segundo término, el reconocimiento del cuidador no profesional como sujeto responsable, titular de obligaciones y destinatario de sanciones por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la LAAD⁶⁰. En tercer lugar, el establecimiento de requisitos sobre las condiciones físicas y de salud para desempeñar la actividad. En efecto, para ser beneficiario de la prestación económica para el cuidado en el entorno familiar, el cuidador principal debe tener unas condiciones óptimas tanto físicas y psíquicas para que pueda desarrollar las actividades que la persona en situación de dependencia no puede realizar por sí misma. En este sentido, se ha señalado que una persona mayor no puede asumir la situación de cuidadora principal⁶¹.

Esta corriente es coherente con la interpretación que algunos jueces han hecho de la actividad del cuidado. Estos han reconocido la labor desarrollada por el cuidador no profesional como un verdadero trabajo. En este sentido, los tribunales han resaltado, por ejemplo, que la naturaleza de la prestación económica está dirigida a garantizar el cuidado por un familiar de la persona en situación de dependencia:

“(…) el destinatario de la prestación no es otro que el cuidador, en razón de los cuidados por él prestados a su madre dada su situación de dependencia. No en vano la prestación económica que venimos analizando lo es “por cuidados en entorno familiar” y “ayuda a cuidadores no profesionales”, como compensación de una tarea vinculada a la promoción de la autonomía personal de los dependientes, objeto fundamental de la Ley de Dependencia”⁶².

En el mismo sentido, la jurisprudencia ha resuelto el problema jurídico relacionado con el derecho generado por el cuidado de una persona en situación de dependencia después de su fallecimiento. De acuerdo con la jurisprudencia, el titular del derecho subjetivo a la ayuda no profesional es la persona que se encargó de cuidar a su familiar en situación de dependencia y, por esa razón, la administración debe pagar las prestaciones adeudadas hasta el momento de la muerte del dependiente. La decisión destaca:

⁵⁹ El artículo 25 de la Ley 39/2006 regula el Servicio de Atención Residencial. Esta disposición establece que la atención residencial puede ser de carácter temporal para los “periodos de descanso de los cuidadores no profesionales”. De esta disposición se colige que durante ese periodo los dependientes tendrán el derecho a permanecer en estas instituciones mientras que su cuidador familiar cuenta con un periodo de descanso. En este sentido, surge la correspondiente obligación de los Servicios Sociales públicos de ofrecer plazas suficientes para que ello pueda efectuarse. Cfr. ÁLVAREZ CORTES, JUAN CARLOS. “Situación social de los cuidadores no profesionales”. op. cit., p. 444.

⁶⁰ *Vid.* Ley 39/2006 (artículos 34.1 y 36.1.2).

⁶¹ GONZÁLEZ DE PATTO, ROSA MARÍA. “La reforma de la protección social de los cuidadores”. op. cit., p. 6.

⁶² Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, Sentencia nº 175/2015 de 29 de abril. JUR 2015/273591.

“Pues bien, y concluyendo, por más que pueda considerarse que las prestaciones y servicios previstos en la Ley 39/2006 se encaminan a la consecución de la máxima autonomía de la persona dependiente, ello no significa de suyo que el fallecimiento del beneficiario extinga el derecho al abono de una prestación económica que ya se había generado por el reconocimiento de la situación de dependencia y el inicio de la prestación del servicio correspondiente (asistencia domiciliaria)”⁶³.

En el criterio de esta investigación, esta última corriente responde adecuadamente a la situación jurídica de las cuidadoras no profesionales. Sin embargo, la denominación idónea es la de una relación cuasilaboral por la influencia de los factores anotados previamente sobre la falta de claridad de la norma, el déficit de protección de los derechos laborales y sociales que deberían ser reconocidos a las cuidadoras no profesionales y la irrisoria cuantía reconocida por la labor desarrollada. Es una actividad que, en los términos que hemos usado en esta investigación, se encuentra en una zona gris de regulación entre la formalidad y la informalidad.

Por el contrario, una interpretación restrictiva de la prestación económica de los cuidados familiares que no reconozca esta actividad como un trabajo implica un desconocimiento del carácter bidimensional de la dependencia y su condición de riesgo social. De acuerdo con lo anterior, se prefiere la interpretación que tiene en cuenta tanto los derechos de la persona en situación de dependencia como los derechos del cuidador en su condición de titular pleno de derechos subjetivos.

En ese sentido, la LAAD y el reconocimiento de la figura del cuidador no profesional representan un avance indudable para la construcción de unos niveles mínimos de protección. En respaldo de esta tesis se pueden señalar, por lo menos, cuatro aspectos fundamentales. En primer lugar, la existencia de una prestación económica que, de manera directa o indirecta, representa un reconocimiento a la labor desempeñada⁶⁴. En segundo lugar, el establecimiento de mecanismos de formación y capacitación que sirven, tanto de apoyo para los cuidadores, como para obtener un cuidado cualitativo de las personas en situación de dependencia. Por otra parte, la inclusión de instrumentos como los centros de día para el cuidador no profesional con el fin de garantizar mecanismos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del cuidador⁶⁵.

El cuarto aspecto se refiere a la inclusión del cuidador no profesional en el sistema de seguridad social a través de los convenios especiales regulados por el RD 615/2007. Esta

⁶³ Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, Sentencia nº 175/2015 de 29 de abril. JUR 2015/273591.

⁶⁴ GÓMEZ ARAGÓN, CRISTINA. “Medidas Laborales de la Ley de Dependencia, Discapacidad y Derechos”. op. cit., p. 241.

⁶⁵ Para una explicación exhaustiva de los periodos de formación y descanso se puede consultar a: MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS et al. *Manual de Derecho de la Dependencia*. 2ª ed., op. cit., pp. 280-230.

norma estableció que los cuidadores no profesionales debían estar vinculados a la seguridad social de manera obligatoria y con cargo a la Tesorería General de la Seguridad Social. En este sentido, la situación de los cuidadores era similar a la de los trabajadores asalariados con la única excepción de que la titular de la carga de la afiliación y el pago de los aportes al sistema era la Administración Pública⁶⁶.

En este esquema, la administración se encargaba de los aportes de las cuidadoras no profesionales dentro de un régimen especial de la seguridad social que reconocía el derecho a prestaciones como la jubilación, la incapacidad y la enfermedad. No obstante, este régimen de seguridad social también era incompleto porque excluía a los cuidadores de otras prestaciones como el seguro al desempleo o la protección a la maternidad⁶⁷. Desde entonces se advertía que la denominada acción protectora de la LAAD tenía una serie de coberturas limitadas para las cuidadoras no profesionales, en el siguiente sentido:

“En lo atinente a la *acción protectora*, se extiende a una serie limitada de prestaciones: jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, pero aquí con independencia de que traigan causa de contingencia común o profesional (art. 3 RD 615/2007). Repárese en que el alcance de la tutela procurada es limitada: la incapacidad temporal se ha excluido de la acción protectora y el surgimiento mismo del derecho a la restantes prestaciones incluidas en su ámbito –jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia– se ve seriamente obstaculizado por las dificultades de que se cumplan en la práctica los periodos de carencia exigibles dada la edad avanzada que, como media, tienen las actuales cuidadoras; sin contar, por lo demás con los problemas de calificación de las contingencias profesionales en este específico supuesto, tanto por el entorno de prestación de los cuidados –el ámbito doméstico, cuanto por la naturaleza de la prestación-”⁶⁸.

La protección deficitaria de los derechos de las cuidadoras no profesionales a causa del diseño inicial de la norma representó una violación del principio de progresividad que ha debido ser reparada oportunamente. Sin embargo, las condiciones laborales y de seguridad social para las cuidadoras no profesionales no solo no han desarrollado el principio de progresividad de los derechos sociales, sino que se han adoptado medidas regresivas en el marco de la crisis económica.

Un ejemplo de esta situación se produjo con la aprobación del Real Decreto Ley 20/2012 que estableció medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Este RDL eliminó la garantía de la afiliación al sistema de pensiones a cargo de la administración pública y definió que, a partir del 15 de julio de 2012, la cotización al

⁶⁶ Para una explicación exhaustiva del régimen de la seguridad social de los cuidadores no profesionales se puede consultar a: MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS et al. *Manual de Derecho de la Dependencia*. 2ª ed., op. cit., pp. 226-228.

⁶⁷ PÉREZ OROZCO, AMAIA y LÓPEZ GIL, SILVIA. *Desigualdades a flor de piel*. op. cit., p. 59.

⁶⁸ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS et al. *Manual de Derecho de la Dependencia*. 2ª ed., op. cit., pp. 227-228.

sistema de seguridad social sería voluntaria y dependería exclusivamente del aporte que los cuidadores no profesionales hicieran al sistema de la seguridad social⁶⁹. Esta reforma también disminuyó de forma significativa la prestación económica de atención a la dependencia⁷⁰. En definitiva, se puede afirmar que el RDL mencionado constituye uno de los retrocesos más graves para la protección social de las personas que cuidan de sus familiares en situación de dependencia⁷¹. Como lo ha señalado MARÍA GONZÁLEZ, las últimas reformas introducidas a la LAAD tienen:

“(…) graves repercusiones de orden constitucional. En primer lugar, el cambio de régimen de seguridad social podría ser contrario al principio de igualdad art. 14 CE, por cuanto el traslado indiscriminado de la carga de la cotización a la persona cuidadora, sin tener en cuenta sus ingresos y cargas familiares, supondría una discriminación por razón de situación social y capacidad económica. Por ello, con el fin de soslayar la tacha de discriminación, sería necesario introducir medidas correctoras conforme a criterios de equidad e igualdad afectiva de oportunidades, que atendiendo a circunstancias como la capacidad económica personal, cargas familiares, edad de la persona dependiente y del cuidador, así como el historial previo de cotización de este último, facilitarían la inclusión en el Sistema de Seguridad Social de todos aquellos que tuvieran mayores dificultades para asumir el coste de la cotización”⁷².

Una forma de evaluar el impacto real que ha tenido la reforma comentada es la disminución sustancial anual de la afiliación de las cuidadoras y cuidadores al sistema de aportes a la seguridad social. Este fenómeno se ha producido a pesar de que no ha disminuido sustancialmente la demanda de cuidados no profesionales. Por esta razón, algunos autores señalan que esta reforma neutralizó los avances en materia de seguridad social de los cuidadores no profesionales⁷³. Este efecto tiene graves consecuencias si se tiene en cuenta que las cuidadoras familiares provienen de un “colectivo (que) está compuesto por mujeres de extracción social humilde”⁷⁴.

Con base en lo anterior se puede afirmar que el esquema cuasilaboral del cuidado de las personas en situación de dependencia diseñado en el año 2009 representó un avance para la visibilización y el reconocimiento social, jurídico y económico de las personas que cuidan de sus familiares en situación de dependencia. Además, en la versión inicial de la LAAD, para

⁶⁹ Una explicación exhaustiva de las implicaciones de las reformas incorporadas a la LAAD a partir del RD 20/2012 se puede consultar en: GONZÁLEZ DE PATTO, ROSA MARÍA. “La reforma de la protección social de los cuidadores”. op. cit., pp. 9-12.

⁷⁰ Sobre la reducción de la prestación económica se ha señalado que obedeció a la intención del Gobierno Central y de las Comunidades Autónomas de desincentivar el cuidado familiar e impulsar la garantía de cuidados a través de los servicios de asistencia. Cfr. GONZÁLEZ DE PATTO, ROSA MARÍA. “La reforma de la protección social de los cuidadores”. op. cit., p. 14.

⁷¹ GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO (dir.). *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*. op. cit., p. 15.

⁷² GONZÁLEZ DE PATTO, ROSA MARÍA. “La reforma de la protección social de los cuidadores”. op. cit., p. 15.

⁷³ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS et al. *Manual de Derecho de la Dependencia*. 2ª ed., op. cit., p. 226.

⁷⁴ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS et al. *Manual de Derecho de la Dependencia*. 2ª ed., op. cit., p. 227.

los cuidadores no profesionales se reconocieron unos derechos sociales mínimos que son importantes para solventar los altos niveles de vulnerabilidad que enfrentan las personas que tienen a cargo a otras en situación de dependencia.

Sin embargo, y sin dejar de desconocer la importancia de este proceso progresivo de formalización, ese modelo de cuidado no profesional no condujo a la esperada transición hacia un sistema de cuidado profesional que permitiera que menos mujeres se dedicaran al cuidado de sus familiares y se vincularan al mercado laboral formal. Del mismo modo, tampoco se han producido avances en relación con las prestaciones sociales de las cuidadoras no profesionales que respondan adecuadamente al principio de progresividad.

En consecuencia, existen varias razones que conducen a un balance negativo de la LAAD en el contexto económico actual. Por una parte, con la expedición de esta ley no ha disminuido sustancialmente el número de mujeres cuidadoras no profesionales y su vinculación activa al mercado laboral se ve limitada por la ausencia de un sistema robusto de tipo institucional y social para el cuidado. En segundo lugar, la precarización de las condiciones laborales de todos los trabajadores ha tenido un impacto negativo cuando las mujeres y las familias toman la decisión de mercantilizar los cuidados. En estos casos, las condiciones laborales precarias afectan tanto a la persona que es contratada para cuidar de otros como a la persona (generalmente una mujer) que contrata para que cuiden de uno de sus familiares. Esta última sufre una doble reducción de su ingreso por los efectos de las reformas laborales y por la carga de asumir el pago del salario del cuidador.

La precarización y la disminución de las garantías para el cuidado no profesional también es un hecho evidente que se proyecta a todo el esquema de prestaciones para la asistencia a la dependencia. Sin embargo, el argumento para justificar la precariedad en la prestación ha cambiado porque antes se hacía en nombre del objetivo de desestimular el cuidado por parte de familiares y trasladar el cuidado al sistema institucional público del cuidado. Actualmente, se apela a un argumento de tipo presupuestario y se impone a las familias más vulnerables los costos de la crisis y el cuidado de las personas en situación de dependencia⁷⁵.

En conclusión, la disminución del gasto público para el cuidado de las personas en situación de dependencia y, en particular, la reducción de las prestaciones y derechos de las cuidadoras no profesionales ha implicado una especie de hiperprecarización del trabajo de los cuidadores no profesionales. Esta situación ha causado un déficit de protección de gran intensidad en un sector en que el impacto de género es muy alto y aumenta en la medida en que se recortan los servicios sociales.

⁷⁵ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS et al. *Manual de Derecho de la Dependencia*. 2ª ed., op. cit., p. 225.

1.4. EL OBJETO DEL CUIDADO NO PROFESIONAL, LAS ACCIONES FORMATIVAS Y EL CONTENIDO DE LAS ACTIVIDADES BÁSICAS DE LA VIDA DIARIA

Con el fin de enmarcar el objeto de la Ley de Dependencia es importante aclarar unos presupuestos conceptuales básicos. En primer lugar, resulta necesario delimitar los elementos esenciales de la actividad de cuidar de otro. Como ha sido señalado por una parte de la doctrina:

“El ‘trabajo’ de cuidar incluye atención personal e instrumental, vigilancia y acompañamiento, cuidados sanitarios, y la gestión y relación con los servicios sanitarios. Cuidar también implica dar apoyo emocional y social. En definitiva, cuidar significa ‘encargarse de’ las personas a las que se cuida. Las mujeres suministran con mayor frecuencia los cuidados de atención personal y los instrumentales y están más implicadas en las tareas de acompañamiento y vigilancia, es decir, asumen los cuidados más pesados, cotidianos y que exigen una mayor dedicación”⁷⁶.

Además de la anterior definición, es necesario tener en cuenta que el objeto de la LAAD es promover la autonomía de las personas en situación de dependencia, quienes por razones físicas, psíquicas o sensoriales no pueden desarrollar por sí mismas las actividades básicas de la vida diaria (en adelante ABVD) y, en consecuencia, requieren de la ayuda de un tercero para realizarlas. En definitiva, se trata de personas que necesitan del trabajo del cuidado de otra persona. En ese contexto, lo más importante es determinar con claridad el conjunto de actividades que forman parte de las consideradas como básicas para la vida diaria. Solo de esta manera se podrá corroborar que el cuidado del otro no implica solo el desarrollo de actividades emocionales o de acompañamiento. Desde el punto de vista normativo, el artículo 2 de la Ley 39/2006 define las actividades básicas de la vida diaria como:

“las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas”⁷⁷.

Por su parte, el INE ha descrito algunas categorías que pueden agrupar a las actividades básicas de la vida diaria en función de su relación directa con i) la movilidad básica, ii) el

⁷⁶ GARCÍA-CALVENTE, MARÍA DEL MAR et al. “El sistema informal de cuidados en clave de desigualdad”. op. cit., p.134.

⁷⁷ Vid. Ley 39/2006 (artículo 2). Como señalan algunos autores, esta definición se aparta de: “(...) algunas leyes autonómicas, como la Ley 6/2001, de 20 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Cantabria que define la dependencia como la situación de quien: “precisa de la ayuda de otra u otras personas (...) para realizar las actividades de la vida diaria, entendiendo éstas como el cuidado personal, las actividades domésticas, la movilidad esencial y actos relacionales”. CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO y SEMPERE NAVARRO, ANTONIO. *Ley de Dependencia*. op. cit., p. 80.

autocuidado y iii) las tareas domésticas. Estos tres conjuntos de actividades resultan esenciales para que una persona pueda vivir de manera independiente. Entre las actividades descritas por el INE como parte de la movilidad básica se encuentran: el mantenimiento y los cambios de las diversas posiciones del cuerpo, levantarse, acostarse, permanecer de pie o sentado, desplazarse dentro del hogar y deambular sin medio de transporte.

Dentro de la categoría de las actividades de autocuidado se encuentran: la higiene y el cuidado del propio aspecto, el control de las necesidades fisiológicas y la posibilidad de ir solo al servicio, vestirse, desvestirse, comer, beber, quedarse solo durante la noche, hacer las compras, controlar los suministros y la preparación de las comidas. Finalmente, dentro de la categoría de las actividades domésticas se incluye el cuidado general de la casa, la limpieza y el planchado de la ropa, la limpieza y mantenimiento de la vivienda y el bienestar de los demás miembros de la familia⁷⁸.

Como se puede inferir de este catálogo de actividades, la función del cuidador no profesional implica cumplir el objeto de la LAAD, desarrollar directamente las tareas mencionadas previamente o ayudarle a la persona en situación de dependencia para que las realice por su cuenta. Sin embargo, desde el punto de vista de la laboralidad, el grado de diversidad de las actividades que finalmente tiene que realizar un cuidador corresponde al objeto de funciones que son desarrolladas por personas que tienen diversas profesiones.

De acuerdo con esa conclusión se puede afirmar que el cuidador no profesional también realiza trabajos propios del objeto del trabajo doméstico, en especial, cuando se trata del conjunto de actividades que se refieren al cuidado del entorno físico y emocional del hogar. En concreto, esto evidentemente sucede cuando el cuidador debe cocinar, lavar, limpiar y planchar; no obstante, también ocurre cuando realiza las actividades de acompañamiento y transporte a las citas médicas y cuando se encarga del transporte de la persona en situación de dependencia dentro y fuera del domicilio.

Adicionalmente, el cuidador no profesional hace trabajos que son desarrollados por personal de enfermería, profesionales del cuidado y psicólogos. Esto sucede cuando realiza las actividades para garantizar el aseo e higiene personal de un tercero que no puede hacerlo por sí mismo. También cuando ayuda en el baño diario, en la limpieza y el cambio de pañales, el peinado, el suministro de los medicamentos. Del mismo modo, cuando contribuye a resolver situaciones de conflicto, superar momentos de depresión y ansiedad o cuando interviene para ayudar en la comunicación del dependiente con el entorno. Aún más, el cuidador asume ocasionalmente responsabilidades propias de la curatela como la administración económica de los bienes de la persona en situación de dependencia.

Esta descripción de las actividades que realiza el cuidador no profesional demuestra que estas son múltiples, disímiles e implican la realización de labores que profesionalmente son

⁷⁸ Cfr. AA.VV. *Libro blanco sobre la atención a las personas en situación de dependencia en España*. op. cit., p. 30.

asumidas por diferentes personas con cualificaciones diversas. Como se ha visto hasta ahora, el trabajo del cuidador se intersecta con el de los trabajadores del servicio del hogar familiar, los psicólogos, los curadores, los enfermeros, los cocineros y los conductores, entre otros que están en diferentes escalas de prestación del trabajo del cuidado y que son reconocidos como trabajadores y tienen vínculos contractuales que reconocen una mayor protección por el trabajo realizado.

De esta manera, queda en evidencia que las actividades desarrolladas por el cuidador van más allá del acompañamiento, el cariño y el amor familiar. A lo anterior, debe agregarse que, en muchas ocasiones, la cuidadora de una persona en situación de dependencia también desarrolla los roles de madre, esposa o hija lo cual le impone una doble carga de tareas domésticas.

En ese contexto, las cuidadoras no profesionales quedan relegadas a la base de la pirámide de la precariedad laboral. Por una parte, como sucedía con el trabajo doméstico remunerado que se estudió en el capítulo anterior, ellas desarrollan un sinnúmero de tareas sin que exista plena claridad sobre el objeto real y concreto para el que fueron contratadas. Adicionalmente, tienen un nivel de protección social deficiente cuando son reconocidas como cuidadoras no profesionales o una protección social inexistente cuando se desempeñan como cuidadoras informales.

El nivel de precariedad de las cuidadoras aumenta porque, al contrario de lo que ocurre con las actividades que son desarrolladas de manera particular por enfermeras, psicólogos o conductores, a través de distintas formas contractuales de naturaleza laboral, el costo del trabajo de la cuidadora familiar no se puede medir en el número de horas destinadas al desarrollo de ciertas tareas concretas. Incluso, se puede afirmar que la persona que se dedica al cuidado de otra está sujeta a un rol que impone una obligación que se ejerce de manera permanente de manera que “no se trabaja de cuidadora, se es cuidadora”⁷⁹.

Dentro de este marco, uno de los elementos que destaca de la LAAD es la capacitación y formación del cuidador no profesional. Los programas de formación se realizan en el primer año desde el momento en que se expide la resolución que reconoce el derecho a la prestación económica para el cuidado en el entorno familiar. La formación se brinda de acuerdo con las necesidades de la persona en situación de dependencia y de la persona cuidadora. Entre las áreas de formación inicial se destacan:

“(..) el Papel del cuidador/a no profesional; Medidas higiénico sanitarias para el cuidador/a no profesional; Grupos de autoayuda; Competencias y habilidades para el cuidado; Cuidados sanitarios; Cuidados psicosociales; Técnicas para favorecer la libre determinación y la máxima autonomía individual de la persona en situación de dependencia. Técnicas para favorecer las

⁷⁹ GARCÍA-CALVENTE, MARÍA DEL MAR et al. “El sistema informal del cuidado en clave de desigualdad”. op. cit., p.135.

relaciones sociales; Actividades de acompañamiento y de relación social; Estrategias de intervención; Ocio y tiempo libre de la persona en situación de dependencia; Recursos existentes y generación de redes sociales e información sobre el SAAD”⁸⁰.

La capacitación implica el reconocimiento de que el cuidado engloba actividades y capacidades que requieren ser aprendidas. Adicionalmente, incorpora un elemento de bilateralidad toda vez que la capacitación es entendida como un derecho y un deber⁸¹. Como derecho persigue garantizar una mejor prestación del cuidado para la persona en situación de dependencia y, como deber, se dirige a proteger la salud de la persona cuidadora en el marco del autocuidado⁸².

De esta manera, la capacitación para el cuidado se configura como un elemento relevante en la LAAD porque implica el abandono de una visión determinista de acuerdo con la cual las actividades del cuidado responden a capacidades que son connaturales a las mujeres. Frente a esa visión, la LAAD optó por cualificar, potenciar capacidades y visibilizar las implicaciones del cuidado para la posterior incorporación de las cuidadoras al mercado de trabajo. Con esas medidas, se obtiene la cualificación de los cuidados brindados a la persona en situación de dependencia y la preservación de la salud de la cuidadora. Sobre la finalidad de esta medida la doctrina ha señalado:

“En lo que respecta a las medidas de formación e información, es claro que el propósito del legislador LAAD ha sido facilitar a los cuidadores una cualificación adecuada para el desempeño de prestación de los cuidados, que comprenda información de las necesidades que requiere la persona dependiente, explicación de las características de la concreta situación que provoca la dependencia, evolución del proceso, clase de cuidados a prestar, habilidades o técnicas para realizar tareas específicas, etc. Se trata, pues, de una formación que reporte a los cuidadores recursos para enfrentarse en mejores condiciones a sus funciones, previniendo posibles riesgos, pero que también redunde en beneficio de la persona dependiente, al contribuir a la mejora y calidad de los cuidados recibidos”⁸³.

Sin embargo, no se puede dejar de lado que este tipo de medidas adoptadas por la LAAD son insuficientes y que los procesos de formación e información de las cuidadoras no profesionales son ineficaces⁸⁴. Aún quedan rezagos del modelo asistencial que explican que a menudo se afirme que la protección jurídica, social y económica de quienes desarrollan el cuidado no es necesaria porque se asume que son actividades fáciles de realizar, que no

⁸⁰ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS et al. *Manual de Derecho de la Dependencia*. 2ª ed., op. cit., pp. 229-230.

⁸¹ *Vid.* Ley 39/2006 (artículos 18.4, 36.1 y 36.2).

⁸² En relación con los objetivos de los procesos de formación e información de las personas cuidadoras: MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS et al. *Manual de Derecho de la Dependencia*. 2ª ed., op. cit., p. 229.

⁸³ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS et al. *Manual de Derecho de la Dependencia*. 2ª ed., op. cit., p. 228.

⁸⁴ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS et al. *Manual de Derecho de la Dependencia*. 2ª ed., op. cit., pp. 229-230.

requieren de mayor esfuerzo y que forman parte de una obligación familiar intergeneracional. Del mismo modo, también se señala que para cuidar de otro solo se requiere estar motivado por razones de amor.

Frente a esas manifestaciones del modelo asistencial que se resisten a aceptar el modelo de riesgo social, es imperativo reiterar que, como se ha visto hasta aquí, las actividades que se desarrollan en el marco del trabajo del cuidado no solo consisten en brindar compañía y amor al dependiente. Por el contrario, estas implican la realización de diversas y disímiles actividades que, si fueran desarrolladas por profesionales o personas que se dedican a las mismas como actividad laboral remunerada, implicarían un alto costo económico para las familias y para el Estado.

1.5. LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN LA LEY DE DEPENDENCIA EN ESPAÑA

La LAAD es una ley que desarrolla el derecho a la igualdad tanto de las personas en situación de dependencia como de las mujeres. El derecho a la igualdad de las mujeres se manifiesta a través de la LAAD en el reconocimiento de las actividades domésticas y del cuidado e incide en la forma como las mujeres se relacionan con el mercado de trabajo y con sus propias familias. Por consiguiente, desde un enfoque transversal de género el impacto de la LAAD es positivo.

En efecto, la LAAD reconoció que: i) la dependencia es un riesgo social y que todas las personas como seres humanos frágiles y vulnerables están expuestas a situaciones de dependencia durante todo el ciclo de vida; ii) el derecho al cuidado es un derecho de ciudadanía que debe ser garantizado a todas las personas con independencia de sus recursos económicos y los recursos de sus familias; iii) el cuidado es una obligación social que implica una mejor división social de los cuidados y en el que el Estado tiene el deber de crear redes de servicios y de prestaciones sociales que garanticen servicios de calidad; y iv) el derecho de autonomía ostenta una perspectiva bidimensional que tiene en cuenta a la persona que demanda el cuidado y la persona que lo presta.

Estas medidas tienen un impacto de alta intensidad en materia de igualdad de género. El reconocimiento de la figura del cuidador no profesional constituye un avance importante en la visibilización de este trabajo, a pesar de ubicarlo en una zona gris de regulación. Además, dentro de todo el sistema de la LAAD, adquiere una dimensión especial que la vincula con el derecho a la libertad y el empoderamiento de las mujeres y, en general, un derecho de libertad para las familias tanto en su condición de dependientes o de personas llamadas a prestar el cuidado.

El derecho a la libertad se manifiesta en la posibilidad de elegir entre un catálogo de servicios y prestaciones estatales y la posibilidad de cuidar de manera directa y permanente a un

familiar en situación de dependencia. En este último caso, sin que esta decisión implique un desmedro absoluto de derecho. Esta opción, implica también el reconocimiento de derechos laborales y sociales mínimos como es el caso de un ingreso o una la asignación económica por el trabajo realizado. Sobre este aspecto JULIA LÓPEZ destacó que “por primera vez se contempla la necesidad de remunerar esos trabajos de cuidado que venían a ser parte de la tarea diaria de muchas mujeres como conjunto integrado dentro del llamado trabajo doméstico”⁸⁵.

Por consiguiente, uno de los avances de la LAAD fue visibilizar y dar una dimensión pública a este trabajo y reconocer que el cuidado de los familiares en situación de dependencia tiene un vínculo directo en la forma como las personas y, particularmente las mujeres, se relacionan con el mercado del trabajo. En este sentido, como lo señala JULIA LÓPEZ, la LAAD implicó una mayor corresponsabilidad de los poderes públicos frente a la dependencia⁸⁶.

Una de las manifestaciones de la dimensión pública del trabajo doméstico y del cuidado se refleja en la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres (LO 3/2007)⁸⁷. En el ámbito del trabajo y del empleo, esta Ley reconoció el derecho a la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral. El derecho a la conciliación es la garantía de tiempos para cuidar mediante permisos, excedencias y licencias remuneradas y no remuneradas. Estas garantías hacen parte del derecho a cuidar de los familiares en situación de dependencia y pretende que los periodos destinados al trabajo doméstico y del cuidado no sean factor de discriminación ni un obstáculo para las mujeres en el acceso, la movilidad y la permanencia en el empleo.

No obstante, a pesar de las bondades de la LAAD en materia de igualdad de género, las recientes reformas a la LAAD son contrarias al espíritu de la LO 3/2007 porque tienen un carácter regresivo. Además, constituyen una clara vulneración del artículo 6° de la LO 3/2007 porque generan una discriminación indirecta hacia las mujeres.

A pesar de las reformas, la LAAD y las normas sobre seguridad social, descanso y formación para los cuidadores no profesionales se configuraron como un mecanismo mínimo de contención frente al impacto del trabajo doméstico y del cuidado informal para las mujeres. Sin embargo, como ya se anticipó, la respuesta gubernamental a la crisis económica afectó

⁸⁵ LÓPEZ LÓPEZ, JULIA. “Conciliación y Sistemas de Seguridad Social Igualdad y Dependencia (2006): la corresponsabilidad desde la Seguridad Social”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n° Extra 1, 2007, p. 89.

⁸⁶ LÓPEZ LÓPEZ, JULIA. “Conciliación y Sistemas de Seguridad Social”. *op. cit.*, p. 85.

⁸⁷ Esta Ley tiene como sustento jurídico principal los artículos 14 y 9.2 de la Constitución Española, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el principio de igualdad del Tratado de Ámsterdam, y el acervo comunitario en igualdad de género, en particular la Directiva en materia de igualdad de trato, la 2002/ 73/ CE que modificó la Directiva 76/ 207 CEE relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de acceso al empleo, formación y condiciones de trabajo así como la Directiva 2004/113/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

de manera considerable el andamiaje institucional del Estado de bienestar con el consecuente daño colateral a las garantías de la LAAD y a todo el esquema de protección social de las cuidadoras no profesionales. En concreto, esta situación se tradujo en una disminución de los recursos para la atención a la dependencia, menores garantías para los derechos de las cuidadoras no profesionales y la ruptura del mecanismo mínimo de contención.

En consecuencia, la crisis económica tuvo una incidencia negativa en la igualdad de género de las mujeres en España. En especial, en aquellas que se encargan del cuidado y atención de familiares en situación de dependencia. La prestación económica de cuidados familiares no profesionales es, entre todos los servicios y prestaciones ofrecidos por la LAAD, la prestación con mayor demanda y la que más asignaciones recibe dentro de todo el esquema de servicios y prestaciones⁸⁸.

Adicionalmente, el cuidado continúa siendo desarrollado de manera abrumadoramente mayoritaria por las mujeres de la familia: madres, esposas e hijas⁸⁹. Y las medidas adoptadas que apostaron por un recorte de los derechos reconocidos afecta el principio de progresividad y no regresividad y la obligación positiva del Estado de corregir las situaciones de desigualdad. En este sentido, como ya se señaló, estas medidas constituyen una discriminación indirecta hacia las mujeres.

Para mostrar el impacto de género negativo con estas medidas regresivas se destacarán algunos datos estadísticos relevantes sobre la prestación del trabajo del cuidado no profesional y la vinculación de las mujeres en el mercado del trabajo, así como el impacto en materia de género frente a un sistema de cuidado y dependencia esencialmente familiarista.

⁸⁸ Los datos a enero de 2016 demuestran que la prestación económica de cuidados familiares no profesionales tiene una demanda equivalente al 36.12% frente al porcentaje de la demanda de los demás servicios y prestaciones económicas asignadas: prevención de la dependencia y promoción a la autonomía personal (2,95%), teleasistencia (14.05%), ayuda al domicilio (14.80%), centros de día y noche (8.46%), atención residencial (14.84%), prestación económica vinculada al servicio (8.39%) y prestación económica de asistencia personal (0.34%). En suma, el porcentaje de prestaciones por servicios corresponde al 63.88%, las prestaciones económicas vinculadas al servicio (8.39%), las prestaciones económicas de asistencia personal (0,34%) y la prestación económica para cuidados en el entorno familiar (36.12%). Este porcentaje equivale a 360.505 beneficiarios en todo el país. Estas cifras fueron tomadas de las estadísticas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO).

⁸⁹ Como han señalado algunos autores, en España las hijas constituyen un contingente del cuidado para suplir el cuidado de las madres y padres dependientes. Cfr. MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS et al. *Manual de Derecho de la Dependencia*. 2ª ed., op. cit., p. 310.

1.6. EL IMPACTO DE GÉNERO DE LA PRECARIEDAD DE LAS CONDICIONES JURÍDICAS DEL TRABAJO DEL CUIDADO NO PROFESIONAL EN ESPAÑA: APUNTES ESTADÍSTICOS

De acuerdo con las estadísticas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en enero de 2016 una media de 11.100 personas cuidadoras no profesionales estaban dadas de alta en la seguridad social y habían suscrito el convenio especial para cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia. De esta cifra global, 9.947 son mujeres y 1.153 son hombres; lo anterior quiere decir que actualmente más del 89% de las cuidadoras son mujeres⁹⁰.

Como se puede inferir de estos datos, la alta participación de mujeres en el cuidado es un elemento social inmodificable muy alarmante. Sin embargo, resulta mucho más preocupante que desde la reforma en materia de seguridad social y aportes para las cuidadoras no profesionales del RDL 20/2012, la tasa de afiliación ha descendido estrepitosamente y se observa una disminución porcentual significativa del número de altas a la seguridad social de los cuidadores no profesionales. Esta situación contrasta con el porcentaje de solicitudes y de asignaciones de la prestación económica para el cuidado familiar a través de cuidador no profesional, la cual también ha descendido, pero a un ritmo diferente.

Por ejemplo, en octubre de 2012 y antes de la entrada en vigor del RDL 20/2012, el número de cuidadores no profesionales era de 173.227, de los cuales 160.226 eran mujeres y 13.001 eran hombres. A partir del noviembre de 2012 las cifras descienden de manera alarmante y, en el mes de diciembre de ese mismo año, ya es posible hacer un diagnóstico negativo de las implicaciones de la reforma que estableció que la afiliación a la seguridad social era voluntaria y exclusivamente a cargo del cuidador no profesional.

En efecto, en diciembre de 2012 las cifras continuaron a la baja porque en ese momento solo una media de 24.554 personas estaban dadas de alta como cuidadoras no profesionales, de las cuales 21.949 eran mujeres y 2.605 eran hombres. El patrón de disminución de personas dadas de alta en la seguridad social se ha mantenido en los últimos años. Así, por ejemplo, en diciembre de 2013 la afiliación fue la siguiente: 16.858 personas afiliadas, de las cuales 15.113 eran mujeres y 1.745 eran hombres. En diciembre de 2014 el total de personas afiliadas fue de 13.633 con 12.211 mujeres y 1.422 hombres. En diciembre de 2015 la disminución fue aún mayor respecto del año anterior con una media de 11.263 de personas afiliadas, de las cuales 10.091 eran mujeres y 1.172 eran hombres⁹¹.

⁹⁰ Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Estadísticas de cuidadores no profesionales por Comunidad Autónoma, Provincias y Género. Serie enero 2016. Cfr. Sitio web de la entidad: [http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/AfiliacionAltaTrabajadores/SeriesAfiliacion/SerieCuidadoresNoProfesionales/CNPMedias/index.htm] (17.08.2017)

⁹¹ Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Cfr. Sitio web de la entidad: [http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/AfiliacionAltaTrabajadores/SeriesAfiliacion/SerieCuidadoresNoProfesionales/CNPMedias/index.htm] (17.08.2017)

En relación con las personas a quienes les fue reconocida la prestación económica de cuidados no profesionales la disminución entre los años 2012 y 2015 se puede inferir de los porcentajes de esa prestación en relación con el total de las prestaciones y servicios: en 2012 (44.46%), en 2013 (43.21%), en 2014 (40.25%) y en 2015 (36.2%). Como ya se señaló, a pesar de la disminución, la prestación para el cuidado en el entorno familiar por cuidadores no profesionales se mantiene como la prestación más demandada y la que tiene un mayor número de solicitudes.

Estas cifras confirman una advertencia formulada por algunos autores cuando realizaron el análisis de las condiciones mínimas garantizadas por la LAAD, de acuerdo con la cual esta norma podría propiciar “un estatuto de cuasiprofesionalización de los cuidadores familiares, en el que a cambio de una ‘renta mínima de compensación’, cierta cualificación y una básica protección social en materia de pensiones, se podría fomentar una bolsa de subempleo precario con un acusado impacto de género”⁹². Como ya se ha señalado previamente, lo cierto es que con las condiciones actuales la bolsa de subempleo se mantiene en un estado de hiperprecarización.

Esta situación es producto del acelerado proceso de desafiliación al sistema de seguridad social de las mujeres cuidadoras quienes provienen de los sectores más desfavorecidos de la sociedad⁹³. En efecto, se trata de mujeres que pertenecen a las clases sociales con menores ingresos y quienes se encuentran por fuera del mercado del trabajo o tienen un empleo precario o a tiempo parcial para poder cuidar⁹⁴. Del mismo modo, son mujeres con un nivel de estudio y formación profesional relativamente bajo cuya edad oscila entre los 45 y 64 años⁹⁵. Estas características perpetúan y profundizan la condición de pobreza y conducen a un aumento de la vulnerabilidad y desigualdad de las mujeres cuidadoras respecto de los hombres y de otras mujeres no cuidadoras⁹⁶.

Por otra parte, la carencia de un sistema institucional fuerte de atención a la dependencia y un mercado de trabajo precario y mal retribuido empuja a un contingente importante de mujeres al cuidado de personas en situación de dependencia. Aquellas deben realizar esa

⁹² MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS et al. *Manual de Derecho de la Dependencia*. 1ª ed., op. cit., p. 226.

⁹³ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS et al. *Manual de Derecho de la Dependencia*. 2ª ed., op. cit., p. 227.

⁹⁴ “(...) que no es raro que la persona dependiente decida ser atendida por familiares directos o personas de su más próximo entorno y también por otras razones igual de obvias, como por ejemplo que los cuidados no profesionales constituyen para muchas personas, mayoritariamente mujeres, una de las pocas ocasiones de desempeñar una tarea directamente productiva, garantizando la asistencia a la persona dependiente y favoreciendo la integración “semi-laboral” del cuidador informal que por motivos de formación o de edad difícilmente podría acceder de otro modo al mercado formal de prestación de servicios”. MONREAL BRINGSVAERD, ERIK. “Las prestaciones económicas”. op. cit., p. 519.

⁹⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO (dir.). *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*. op. cit., pp. 349 y 350.

⁹⁶ GARCÍA-CALVENTE, MARÍA DEL MAR et al. “El sistema informal de cuidados en clave de desigualdad”. op. cit., pp. 293-302.

actividad sin ningún tipo de protección social. Se trata de un contingente compuesto por cuidadoras informales encargadas de cuidar a las personas que no alcanzan a ser beneficiarias de la LAAD.

De la anterior situación dan cuenta las estadísticas de empleo y las dinámicas del mercado del trabajo en España. Según la encuesta sobre el uso del tiempo y conciliación del INE, en el año 2014 las mujeres dedicaron un mayor número de horas al cuidado de las personas en situación de dependencia, incluso a pesar del crecimiento de la participación de los hombres en esta modalidad de trabajo⁹⁷.

De acuerdo con el diagnóstico estadístico, las razones a las que se atribuye este fenómeno no solo se justifican en la ausencia de una correcta corresponsabilidad en el cuidado sino también por la falta de servicios para la atención a la dependencia, el alto costo que representa para las familias pagar a un tercero para el desarrollo de estas actividades a través del servicio del hogar familiar y a la ausencia de oportunidades para la conciliación entre el trabajo y la familia⁹⁸.

En este sentido, dentro del conjunto de trabajadores remunerados a tiempo parcial con reducción de jornada para realizar el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado, el 41.9% de las mujeres y el 37.2% de los hombres manifestaron que contratar los servicios del cuidado a un tercero resultaba muy oneroso. Adicionalmente, el 30.8% de las mujeres y el 24.3% de los hombres manifestaron que reducían su jornada de trabajo ante la ausencia de servicios del cuidado para las personas en situación de dependencia⁹⁹.

Sin embargo, la reducción de la jornada no es la única consecuencia de la existencia de un sistema institucional para el cuidado de tipo precario. A la anterior, hay que agregar la exclusión del mercado de trabajo porque la respuesta institucional para el cuidado no permite que las personas -especialmente las mujeres- puedan elegir libremente si quieren participar o no en el mercado de trabajo por fuera del hogar familiar cuando tienen una persona en situación de dependencia a su cargo. En estos casos, la permanencia en el hogar se convierte en una camisa de fuerza ante la ausencia de otras alternativas para el cuidado.

El desarrollo de las tareas del cuidado en la informalidad y principalmente por las mujeres implica una disminución del ingreso y también repercute en la participación activa en el

⁹⁷ Cfr. Instituto Nacional de Estadística - Ministerio de Sanidad - Servicios Sociales e Igualdad. Mujeres y hombres en España 2014. Empleo del tiempo, conciliación trabajo y familia. Cuidado de personas dependientes. Conciliación entre la vida laboral y familiar, p. 1.

⁹⁸ Instituto Nacional de Estadística - Ministerio de Sanidad - Servicios Sociales e Igualdad. Mujeres y hombres en España 2014. Empleo del tiempo, conciliación trabajo y familia. Cuidado de personas dependientes. Conciliación entre la vida laboral y familiar, p. 1.

⁹⁹ Instituto Nacional de Estadística - Ministerio de Sanidad - Servicios Sociales e Igualdad. Mujeres y hombres en España 2014. Empleo del tiempo, conciliación trabajo y familia. Cuidado de personas dependientes. Conciliación entre la vida laboral y familiar, p. 2.

mercado de trabajo de quienes lo desarrollan. Así lo han demostrado las estadísticas del INE porque señalan que las dos razones principales de las personas que no participan en el mercado de trabajo remunerado o que tienen una jornada a tiempo parcial son la imposibilidad para encontrar un trabajo o un trabajo con jornada completa y el hecho de tener a cargo a personas dependientes¹⁰⁰.

De acuerdo con la encuesta anual laboral del año 2014, la participación de las mujeres laboralmente activas en el mercado de trabajo en Andalucía, Aragón, Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Murcia, Navarra, País Vasco y la Rioja no superó el 40%. Aunque esta cifra no se atribuye directamente al desarrollo de trabajos del cuidado de manera informal, esta debe leerse de manera conjunta con los datos aportados por el INE en los que se advierte que del total de personas que no trabajan o que tienen un empleo a tiempo parcial, el 10.8% se dedica de manera total o dedica un tiempo considerable al cuidado¹⁰¹. De esta manera se denota que no se trata de inactividad de las mujeres sino de una alta dedicación de tiempo al trabajo del cuidado.

En consecuencia, las reformas que se implementaron a partir del año 2012 (RD 20/2012) en materia de afiliación al sistema de seguridad social en pensiones han tenido y tendrán a futuro unas consecuencias desastrosas sobre el número de cuidadoras cubiertas por el sistema pensional. A largo plazo se tendrá un balance negativo y un aumento de la pobreza entre las mujeres que durante este tiempo tuvieron a cargo a una persona en situación de dependencia. Por esa razón, es posible reafirmar que los “datos revelan un escenario en el que la dependencia opera como factor de desigualdad de género”¹⁰².

Frente a esta situación es importante plantear alternativas sociales, económicas y jurídicas que permitan afrontar el tema del cuidado como un asunto público de primer orden. Como lo han planteado algunos autores:

“Los cambios en la estructura y formas de cuidado familiares están poniendo en cuestión la disponibilidad de cuidadores. Disminuye la fecundidad y el tamaño del hogar, aumenta la movilidad de sus miembros, las familias adoptan formas de convivencia más diversas y

¹⁰⁰ Instituto Nacional de Estadística - Ministerio de Sanidad - Servicios Sociales e Igualdad. Mujeres y hombres en España 2014. Empleo del tiempo, conciliación trabajo y familia. Cuidado de personas dependientes. Conciliación entre la vida laboral y familiar, p. 1. Un informe del INE del año 2014 aporta la siguiente información. Por una parte, señala que las razones para tener un empleo a tiempo parcial varían entre hombres y mujeres. En los dos casos prevalece la razón de no poder encontrar un empleo de jornada completa (61.8%) en las mujeres y (70%) en los hombres. Ahora bien, entre los demás motivos se encuentran los siguientes datos en el caso de las mujeres: otros motivos no especificados (14.6%) y el cuidado de niños y adultos enfermos, incapacitados o mayores (13.5%). En el caso de los hombres este último criterio no aparece porque las dos variables principales son: motivos no especificados el (19.5%) y seguir cursos de enseñanza o formación (7.5%).

¹⁰¹ Instituto Nacional de Estadística - Ministerio de Sanidad - Servicios Sociales e Igualdad. Mujeres y hombres en España 2014. Empleo del tiempo, conciliación trabajo y familia. Cuidado de personas dependientes. Conciliación entre la vida laboral y familiar, p. 2.

¹⁰² MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS et al. *Manual de Derecho de la Dependencia*. 2ª ed., op. cit., p. 311.

complejas. Un factor crítico es la creciente incorporación de las mujeres al mercado laboral, a pesar de lo cual siguen asumiendo mayoritariamente la responsabilidad de cuidar¹⁰³.

En el panorama actual parece que el cuidado de las personas se ha mantenido en un lugar estático frente al dinamismo social y económico. Las mujeres se han incorporado al mercado de trabajo en condiciones muy disímiles a las de los hombres y han enfrentado diversos problemas como el techo de cristal, las diferencias salariales, la calidad del empleo, entre otras barreras. Además, las mujeres se han incorporado al mercado de trabajo y han continuado con la tarea de cuidar de los otros: los niños y niñas, los enfermos y enfermas, las personas mayores y las personas que están en situación de discapacidad. Se trata de una doble carga que resulta cómoda para el actual sistema económico y productivo.

A pesar de lo anterior, es importante señalar que las condiciones laborales de todos los trabajadores han tendido a la precarización. Esta situación ha afectado tanto a los hombres como a las mujeres. Por consiguiente, actualmente resulta difícil para las familias asumir los costes que se derivan de la dependencia y, para los futuros dependientes, se torna imposible el autosostenimiento o enfrentar la dependencia con sus propios recursos.

Del mismo modo, es necesario insistir en que las mujeres siguen asumiendo la doble carga laboral (trabajo fuera del hogar y trabajo del cuidado) en desmedro de sus propios derechos fundamentales y en el marco de un cuidado estratificado que es producto del agobio y la pobreza de muchas mujeres. Como lo señala JOSÉ LUÍS MONEREO:

“Como puede deducirse de los datos estadísticos, aún hoy, a la altura del siglo XXI y sobre todo en países como el nuestro (ejemplo emblemático del modelo de bienestar familista), las mujeres están haciendo de variable de ajuste entre las demandas del mercado y las necesidades de las personas del hogar, garantizando una gran elasticidad interna al sistema. Sin embargo, dicha elasticidad, no es infinita y en la actualidad se está viendo forzada al límite. Específicamente, por lo que concierne a las necesidades del cuidado derivadas de las situaciones de dependencia, todos los estudios demuestran que siguen siendo las mujeres las que mayoritariamente lo están asumiendo (84 por ciento del total), pero la magnitud del tiempo que dicha actividad exige y exigirá está desbordando la capacidad de éstas para poder asumirlo¹⁰⁴.

Por esa razón, es importante criticar y oponerse a las reformas en el mercado de trabajo que apuntan hacia la precariedad bajo el argumento de que los cambios económicos y de competitividad imponen ese tipo de medidas¹⁰⁵. No se puede dejar de lado que también existen

¹⁰³ GARCÍA-CALVENTE, et al. “El sistema informal de cuidados en clave de desigualdad”. op. cit., p. 133.

¹⁰⁴ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS et al. *Manual de Derecho de la Dependencia*. 2ª ed., op. cit., p. 311.

¹⁰⁵ Entre los impactos negativos de las políticas de austeridad y de las reformas laborales en Europa, en concreto en Italia, STEFANIA SCARPONI señala que estas reformas han incidido en la manera en la forma en que las mujeres se vinculan al mercado del trabajo, en los horarios y medidas de conciliación y la dificultad para alcanzar

cambios sociales con implicaciones económicas que deben ser atendidos como parte del modelo sobre el que se construyen las reglas para vivir en sociedad.

Finalmente, es importante resaltar que el trabajo doméstico y del cuidado es un trabajo que sigue subestimado tanto en su faceta remunerada como no remunerada. Esta situación es evidente e independiente al hecho de que el estatuto de derechos sea reconocido por medio del RD 1620/2011 que regula la relación laboral del servicio doméstico o de la LAAD. Quienes realizan el trabajo del cuidado están en un constante riesgo de exclusión social porque sus vidas se dedican, casi de manera exclusiva, al cuidado de personas en situaciones de dependencia dentro de un contexto laboral intramural y en la denominada esfera privada¹⁰⁶.

En síntesis, es necesario reconocer el perfil de todas las personas que en las diferentes esferas de prestación hacen el trabajo doméstico y del cuidado. Se trata de mujeres, prevalentemente pobres y migrantes. De este perfil deriva la necesidad imperiosa de encontrar una solución a las condiciones de vulnerabilidad de quienes realizan el trabajo del cuidado. De lo contrario, todos los objetivos que se han trazado para alcanzar la igualdad de género y de oportunidades serán inanes porque la situación actual no empodera, no dota a las mujeres de herramientas para superar situaciones de pobreza y no valora el trabajo que realizan en función de los beneficios que toda la sociedad obtiene por su labor. Como ya se ha dicho, se trata de una labor que se debe entender como un verdadero trabajo que aporta valor y las fronteras de laboralidad tienen que ampliarse más allá de los elementos emocionales y de los vínculos afectivos. La protección de quienes hacen este trabajo es un asunto que compete también al derecho del trabajo como un asunto que compromete los derechos humanos de las mujeres.

2. PROCESOS DE TRANSICIÓN E INFORMALIDAD DEL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO: EL PROGRESIVO RECONOCIMIENTO DEL ÁMBITO COMUNITARIO Y FAMILIAR EN EL CASO COLOMBIANO

Como quedó claro en la sección anterior de este capítulo, actualmente las garantías estatales, las políticas destinadas a las personas en situación de dependencia y el esquema de protección para las personas cuidadoras no profesionales en España no son las más favorables. Sin embargo, es posible afirmar que, al menos, en ese país existe un trazado hacia la formalidad que reconoce este tipo de trabajo y lo saca de la invisibilidad jurídica y social. De esa manera,

una igualdad de oportunidades en materia laboral. SCARPONI, STEFANIA. “Il principio di eguaglianza uomo/donna fra divieti di discriminazione e promozione delle pari opportunità”. En: SCARPONI, STEFANIA. (coord.). *Diritto e Genere. Analisi interdisciplinare e comparata*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Italia, 2014, pp. 79-85 y 105-113.

¹⁰⁶ BENLLOCH SANZ, PABLO. “Los recursos humanos movilizados para el cuidado de los dependientes: tercer sector y cuidadores”. En: SEMPERE NAVARRO, ANTONIO (dir.) y CHARRO BAENA, PILAR (coord.). *Comentarios Sistemáticos a la Ley de la Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y Normas Autonómicas*. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, p. 509.

el reconocimiento jurídico ubica al trabajo doméstico y del cuidado de personas en situación de dependencia en una zona gris de regulación y de protección.

Por el contrario, en Colombia el trabajo doméstico y del cuidado de las personas en situación de dependencia que es realizado por familiares y personas del entorno cercano es un trabajo informal que se desarrolla en condiciones de absoluta invisibilidad social, económica y jurídica. La informalidad jurídica se debe a la inexistencia de normas específicas para proteger este trabajo, a los problemas de las normas generales que le son aplicables y al deficiente desarrollo de la jurisprudencia constitucional sobre la protección de quienes realizan el cuidado. En este sentido, la situación de informalidad jurídica genera una afectación grave de los derechos fundamentales con un impacto especial en las mujeres en virtud del alto grado de feminización de los cuidados en Colombia.

Por esta razón, a continuación, se describirá con una perspectiva crítica la situación del trabajo doméstico y del cuidado informal en Colombia. Esta sección se dividirá en cinco grandes partes y se analizará el carácter informal del trabajo desde la conexión vertebral de la división social de los cuidados y el modelo esencialmente familiarista. En la primera parte, se hará referencia a la división social del cuidado y sus implicaciones para la garantía de los derechos sociales de quienes realizan estas labores.

En la segunda parte se presentará un análisis de caso y se describirá la situación jurídica de las *madres comunitarias*. Como se verá más adelante, estas surgieron en los años ochenta como respuesta a la ausencia de un sistema institucional para el cuidado de la primera infancia en Colombia y como una manifestación del trabajo del cuidado comunitario. Se trata de una reacción frente al déficit institucional de cuidado que ha facilitado la incorporación de las mujeres al mercado del trabajo remunerado y la protección de los niños y niñas frente al abandono y la desnutrición. El estudio de caso de las *madres comunitarias* servirá como un ejemplo de transición de la informalidad a la formalidad y que ha pasado también por zonas grises de regulación. Esta es una modalidad de trabajo doméstico y del cuidado que buscaba servir de soporte comunitario a las familias a partir de redes de solidaridad barrial.

En la tercera parte de esta sección se describirán las líneas generales del fenómeno de la judicialización de los derechos de los trabajadores informales en Colombia y el papel determinante de la Corte Constitucional en la visibilización de estos trabajadores. Esta breve introducción permitirá contextualizar la cuarta parte de este capítulo.

En el cuarto apartado se describirá, a través de la jurisprudencia constitucional (decisiones de tutela o amparo) la forma como es abordado el trabajo doméstico y del cuidado informal en Colombia. Este trabajo se desarrolla en un lugar de total invisibilidad. Por ello, en esta sección se revisarán las acciones de tutela que son presentadas por cuidadores informales en su calidad de agentes oficiosos de sus familiares en situación de dependencia.

En estas acciones de tutela se reclama principalmente el derecho a la salud de las personas en situación de dependencia a través de pretensiones como la asignación de servicio de enfermería y de cuidador permanente. Estas decisiones son trascendentales para esta investigación porque a través de la narración de los hechos es posible identificar las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran los cuidadores informales en Colombia.

Además, la motivación de estas decisiones también es relevante por tres razones principales. Por una parte, porque permiten identificar los argumentos judiciales sobre la obligación familiar de proveer el cuidado de manera directa o a través del mercado del trabajo doméstico y del cuidado. En segundo lugar, porque es posible identificar la valoración judicial frente a las condiciones en las que se cuida y las implicaciones para el ingreso mínimo vital y para la salud de las personas que hacen el trabajo doméstico y del cuidado de manera informal. Finalmente, porque a través de distintos tipos de decisión judicial es posible afirmar que, a pesar de las deficiencias relacionadas con el enfoque de género, de manera progresiva la valoración de los jueces es más sensible frente a las implicaciones del trabajo doméstico y del cuidado informal. En este punto se ha llegado a ordenar -por vía de la acción de tutela- que el Estado garantice el servicio de atención y cuidado a través del sistema de salud.

Finalmente, en el quinto apartado de este capítulo se caracterizará el trabajo doméstico y del cuidado en Colombia. En este apartado se hará referencia a las primeras estadísticas sobre el uso del tiempo y a algunos avances en el reconocimiento del valor económico del trabajo doméstico y del cuidado que se produjeron con la expedición de la Ley 1413 de 2010. Esta es la primera ley en América Latina que regula la inclusión de la economía del cuidado en el sistema de cuentas nacionales.

2.1. LA DIVISIÓN SOCIAL DEL CUIDADO FRENTE A LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS LABORALES Y SOCIALES DE QUIENES REALIZAN EL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO DE MANERA INFORMAL EN COLOMBIA

El primer punto que es importante señalar sobre esta materia es que en Colombia existe un modelo del cuidado de tipo asistencial y familiarista dentro del cual el Estado asume la prestación de servicios médicos, incluidos los insumos, los servicios y las prestaciones que sean ordenadas por el médico tratante y que no estén en el listado de prestaciones excluidas y entrega algunas ayudas económicas para la población más vulnerable¹⁰⁷. Las demás responsabilidades que conlleva el cuidado son asumidas por la familia como parte del cumplimiento de una obligación jurídica, social y moral.

¹⁰⁷ Actualmente, la Ley Estatutaria 1751 de 2015 regula el derecho fundamental a la salud. Esta Ley estableció un plazo de dos años (2017) para reemplazar al anterior modelo conocido como Plan Obligatorio de Salud (POS) que establecía un listado taxativo de prestaciones y servicios en materia de salud.

En efecto, en materia de cuidado existen obligaciones jurídicas para las familias cuya fuente son las normas de carácter civil y cuya finalidad es la materialización del principio de solidaridad familiar. De acuerdo con estos deberes legales, las familias deben asumir toda la responsabilidad no médica del cuidado. Cuando la familia no puede o no quiere cumplir con esas obligaciones puede acudir a las redes de apoyo y solidaridad comunal, a las organizaciones sin ánimo de lucro y a las organizaciones de carácter religioso. También existe la posibilidad de que el cuidado sea mercantilizado mediante instituciones o centros de atención con ánimo de lucro. Finalmente, también se puede optar por encargar de esta labor a quienes se dedican al trabajo del servicio doméstico y del cuidado remunerado¹⁰⁸.

Lo anterior significa que las familias determinan el tipo y la calidad del cuidado que pueden garantizar a sus familiares en situación de dependencia con base en su propio nivel de ingreso y en sus preferencias. Se trata de una concepción según la cual el cuidado es un asunto privado. Esta forma de asumir el cuidado tiene implicaciones diversas tanto para las personas en situación de dependencia como para quienes se encargan de la prestación de los servicios del cuidado, entre otras: la estratificación de los cuidados, una sobrecarga de trabajo del cuidado informal realizado por mujeres sin remuneración ni reconocimiento y una fuerte segmentación de la prestación de servicios del cuidado.

En materia laboral, por ejemplo, la segmentación de la prestación de los servicios del cuidado profesional está concentrada en cuatro esferas. En primer lugar, un esquema profesional con formación para el cuidado formal dentro del que se encuentran los médicos y el personal de enfermería. En segundo lugar, un esquema de cuidado profesional con formación formal y/o empírica que se presta en centros privados. En tercer lugar, un esquema del cuidado profesional con formación empírica prestado por trabajadores domésticos y del cuidado. Finalmente, el esquema informal que es prestado por los familiares o los amigos a través de redes de solidaridad. En todas estas esferas existe un alto nivel de participación de las mujeres¹⁰⁹.

También es importante destacar que la organización social del cuidado vincula a cinco actores principales: el Estado, las empresas, el mercado, la familia y la comunidad. No obstante, en Colombia solo los tres últimos actores han sido el soporte principal del cuidado. Dentro de

¹⁰⁸ El autor JAVIER PINEDA señala que la familia continúa siendo la principal proveedora del cuidado, sin embargo, el aumento de la expectativa de vida y de la demanda del cuidado: “ha propiciado la emergencia desde el mercado, de una diversidad de establecimientos comerciales, como hogares, o casas de cuidado de ancianos o centros gerontológicos o geriátricos para la atención de las necesidades de cuidado de ancianos de familias de estratos medio y altos. Desde la sociedad civil, igualmente han surgido una gran cantidad de centros de hogares sin ánimo de lucro que se han sumado a los tradicionales ancianatos de congregaciones religiosas de origen católico, para la atención de ancianos pobres. Por su parte el Estado, tanto desde el nivel nacional como local ha incursionado con nuevos programas y políticas para la adultez mayor”. PINEDA DUQUE, JAVIER. “Trabajo del cuidado de la vejez”. op. cit., p. 58.

¹⁰⁹ Las categorías profesional y empírica para diferenciar diversos perfiles del cuidado profesional han sido tomadas de: PINEDA DUQUE, JAVIER. “Trabajo del cuidado de la vejez”. op. cit., pp. 59-60.

estos, la responsabilidad se ha concentrado de manera desproporcionada en las familias y, al interior de la organización familiar, la labor ha sido asumida especialmente por las mujeres.

El papel del Estado y de la empresa como actores de la división social del cuidado ha sido marginal. En relación con el Estado, su participación se ha limitado a la protección del núcleo básico del derecho a la salud. En el caso de los niños y las niñas, además del derecho a la salud, el Estado asume la protección del derecho a la educación primaria y secundaria con una cobertura focalizada hacia la población económicamente más vulnerable. Sin embargo, en Colombia no existe un andamiaje institucional para el cuidado y la dependencia. Esta última no ha sido tratada como un asunto público o como un riesgo social, sino que ha sido afrontada desde una perspectiva asistencial dentro de la cual la familia es la primera responsable de garantizar el cuidado mientras que la intervención del Estado es absolutamente excepcional¹¹⁰.

En relación con la participación de las empresas en las políticas para el cuidado, esta se ha limitado al cumplimiento de las obligaciones legales mínimas relacionadas con las licencias de maternidad y paternidad. Sin embargo, se conocen pocos ejemplos de prácticas empresariales que hagan posible la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal o la adopción de medidas que faciliten el cuidado de los familiares de sus trabajadores en situación de dependencia. Adicionalmente, en el ámbito de la empresa pública y privada se ha producido un debilitamiento progresivo de la organización sindical¹¹¹. Una de las principales consecuencias de este fenómeno es que no existe el diálogo social sobre la conciliación, la corresponsabilidad y el cuidado de los familiares en situación de dependencia¹¹².

¹¹⁰ Como destaca JAVIER PINEDA DUQUE sobre el cuidado de la población adulta mayor, existen “modelos públicos de institucionalización del cuidado de ancianos”. Sin embargo, la principal intervención estatal en esta materia se ha generado a través del apoyo a los procesos gestados desde la sociedad civil y a través de la entrega de subsidios a la vejez. Esta situación se ha generado porque la cobertura del sistema pensional es insuficiente y, en consecuencia, el Estado ha creado subsidios para las personas mayores que se encuentran en situaciones de pobreza. Cfr. PINEDA DUQUE, JAVIER. “Trabajo del cuidado de la vejez”. op. cit., p. 59.

¹¹¹ La tasa de afiliación sindical y el porcentaje de trabajadores beneficiarios de convenios y convenciones colectivas son muy bajos. De acuerdo con algunas investigaciones, en el año 2002 el porcentaje de trabajadores beneficiarios era del 1.1% y en el año 2011 ese porcentaje descendió a 0.6%. Sin embargo, algunos autores destacan que es posible que la tendencia mejore en la medida en que el número de sindicatos inscritos dejó su tendencia a la baja. Cfr. FARNÉ, STEFANO y VERGARA, CARLOS ANDRÉS. “Crecimiento económico, flexibilización laboral y calidad del empleo en Colombia de 2002 a 2011”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 134, n° 2, 2015, p. 283.

¹¹² En relación con el papel de los sindicatos en la inclusión dentro de la negociación colectiva de temas como la conciliación, la corresponsabilidad y otras medidas para el cuidado, es importante señalar que en Colombia no ha existido un contexto favorable para el ejercicio de los derechos sindicales. Las causas de esta adversidad son disímiles e involucran razones de seguridad o de violencia antisindical hasta la deslaboralización, la precarización del mercado del trabajo y los procesos de privatización del sector público. Sobre la situación actual de las libertades sindicales y del diálogo social, el impacto de la violencia antisindical en Colombia y las condiciones del mercado del trabajo se puede consultar a: TANGARIFE, CARMEN LUCÍA (coord.). *Informe Nacional de trabajo decente en Colombia 2013*. Escuela Nacional Sindical, 2013, pp. 87-127.

2.1.1. El efecto cascada en los tres niveles de prestación de los cuidados y el impacto de género del cuidado familiar en Colombia

De acuerdo con lo anterior, el esquema de prestación de los cuidados en Colombia se ha construido principalmente desde el mercado, la familia y la comunidad. En efecto, en el mercado se pueden encontrar diversos niveles o sistemas de participación dentro de los cuales el incentivo principal es la retribución que se percibe por cuidar de otro. Como se señaló previamente, es posible identificar tres esquemas de prestación de servicios: i) el esquema profesional en el que se encuentran los médicos y el personal de enfermería que presta sus servicios a las personas enfermas, en situación de discapacidad o adultos mayores; ii) el esquema de los y las cuidadoras en centros de atención privados quienes pueden o no tener cualificación profesional para el cuidado y iii) el esquema del cuidado prestado por trabajadores del servicio doméstico.

La protección jurídica de estos tres esquemas del cuidado puede ser ilustrada mediante la figura del efecto cascada. Esto significa que, en la medida en que descienden los grados o categorías del cuidado también se reduce la protección jurídica. Por consiguiente, al final de la cascada se encuentran las personas que hacen el trabajo doméstico y del cuidado con un mayor grado de vulnerabilidad jurídica y con un mayor déficit de protección social. A continuación, se explica el detalle de esta tesis para cada uno de los niveles.

En primer lugar, se encuentra el esquema del cuidado profesional con formación para el cuidado. Dentro de este se incluyen a quienes prestan sus servicios como cuidadores porque tienen formación profesional o técnica. En este nivel, el trabajo del cuidado es reconocido como un trabajo y las personas que lo desarrollan cuentan con una protección jurídica plena¹¹³.

En el segundo nivel se ubican las personas que trabajan en las labores del cuidado en centros privados, en especial, en centros geriátricos o centros de atención y cuidado de la primera infancia. Quienes se ubican en este modelo tienen protección jurídica derivada de las normas laborales. Sin embargo, dado que no todas las personas tienen formación profesional formal, en algunos casos desarrollan este trabajo dentro del marco de la precariedad laboral¹¹⁴.

¹¹³ Esta afirmación se fundamenta en su condición de trabajadores del área de la salud. En su mayoría, se trata de profesionales que son beneficiarios de las normas de derecho del trabajo recogidas en el Código Sustantivo del Trabajo y, en otros casos tienen una vinculación de naturaleza civil a través de los denominados contratos de prestación de servicios. No obstante, en Colombia los trabajadores de la salud se ven expuestos a condiciones laborales precarias. Sobre las condiciones de precariedad laboral de algunas personas que trabajan como profesionales en el área de la salud se puede consultar: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-614 de 2008. En esta sentencia se estudió el caso de una auxiliar de enfermería que suscribió sucesivos contratos de prestación de servicios con una entidad hospitalaria pero no se le había realizado el pago total de sus honorarios. La acción de tutela se presentó por afectación a los derechos al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas y justas. En el mismo sentido se puede consultar: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-651 de 2008.

¹¹⁴ Un estudio extenso sobre las condiciones de trabajo de las personas que trabajan en el cuidado de ancianos en Bogotá se puede encontrar en: PINEDA DUQUE, JAVIER. "Trabajo del cuidado de la vejez". op. cit., pp. 61-63.

En este punto, el grado de protección está determinado por el nivel de formación (profesional o técnico)¹¹⁵. Este mismo aspecto es indicativo del estrato socioeconómico, el nivel de ingresos, el número de horas trabajadas y la protección social recibida¹¹⁶. También es importante señalar que en este grupo están aquellas personas cuidadoras que tienen una formación profesional formal y trabajan en el domicilio de la persona en situación de dependencia, ya sea que trabajen por cuenta propia o a través de empresas que prestan estos servicios¹¹⁷.

Finalmente, en el tercer nivel están las personas que trabajan en el servicio doméstico y como cuidadoras, quienes tienen una protección de grado intermedio porque su trabajo es reconocido por las normas laborales y la importancia de su protección jurídica internacional ha sido reivindicada recientemente por el Convenio 189 de la OIT. No obstante, la protección de sus derechos no es plena y la diversidad de actividades que desarrollan dentro de la categoría de trabajo doméstico dificulta una protección real y efectiva de sus derechos cuando adicionalmente se encargan de las labores del cuidado.

Como se describió en el capítulo anterior, además del efecto cascada, es importante advertir que la eficacia de las normas jurídicas que establecen el marco de protección para esta modalidad de trabajo es muy baja. Adicionalmente, existen otros factores que potencian fenómenos de discriminación múltiple en las mujeres que desarrollan esta actividad en Colombia de manera que el grado de vulnerabilidad de este colectivo es de gran intensidad. En este sentido, mientras que algunas mujeres que trabajan en el servicio doméstico tienen un contrato de trabajo, otras enfrentan situaciones de esclavitud moderna y están excluidas de los sistemas de protección social.

¹¹⁵ Algunos autores destacan que la nueva institucionalidad del sistema de salud y su privatización ha generado un proceso de desregularización laboral. En este proceso, el papel de las Cooperativas de Trabajo Asociado (en adelante CTA) en los últimos años ha sido definitivo para que algunos sectores las empleen de manera fraudulenta como mecanismo de: “deslaborización de las relaciones de trabajo, en la medida en que, bajo la utilización de la legislación cooperativa, organiza a los trabajadores en estas y desarrollan contratos comerciales para la prestación de servicios, reduciendo costos a partir de trasladar las prestaciones sociales a la cooperativa y evadiendo las relaciones de dependencia”. URREA, FERNANDO. “Las cooperativas de trabajo asociado en Colombia como modelo de desregulación laboral”. En: DE LA GARZA ENRIQUE y NEFFA, JULIO CESAR (ed.). *Trabajo, identidad y acción colectiva*. Plaza y Valdés Editores, México, 2010, pp. 287-314. Citado por: PINEDA DUQUE, JAVIER. “Trabajo del cuidado de la vejez”. op. cit., pp. 61-62.

¹¹⁶ La relación entre la formación profesional formal o empírica de la cuidadora y el estrato socioeconómico en el que se encuentra la trabajadora fue establecido en: PINEDA DUQUE, JAVIER. “Trabajo del cuidado de la vejez”. op. cit., p. 60.

¹¹⁷ Este tipo de servicio se ha extendido por tres razones principales e interrelacionadas: el aumento del envejecimiento, el surgimiento de empresas que prestan estos servicios y el aumento del presupuesto destinado a la salud. Como señalan algunos autores: “Estas empresas han sido a su vez producto de la nueva configuración de los servicios públicos de salud a través de los procesos de privatización y tercerización de los servicios del Estado”. PINEDA DUQUE, JAVIER. “Trabajo del cuidado de la vejez”. op. cit., pp. 61-62.

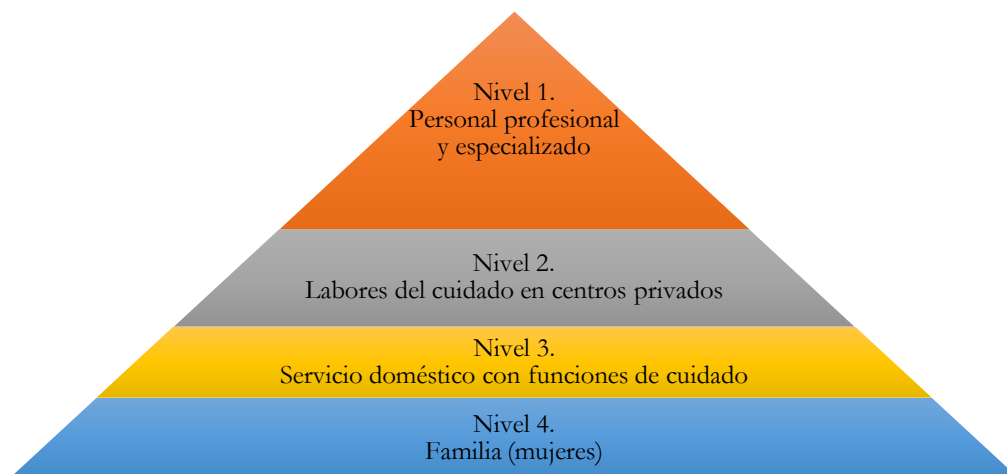


Gráfico 13. Elaboración propia.

Ahora bien, el efecto cascada mencionado previamente no solo afecta al trabajo del cuidado que es desarrollado en el ámbito mercantil sino que se proyecta al trabajo doméstico y del cuidado realizado por la familia de manera informal. En este orden de ideas, esta forma de prestación carece de remuneración y de reconocimiento social, económico y jurídico. Se puede afirmar que se trata de un cuarto nivel inferior dentro del esquema del cuidado y por consiguiente de un trabajo invisible e informal.

2.1.2. Vulnerabilidad, exclusión del mercado de trabajo y barreras para la reincorporación al mundo laboral

Existen dos razones para señalar que en el cuarto nivel la situación de vulnerabilidad es de mayor intensidad. Por una parte, se trata de mujeres que se dedican a las labores del cuidado de manera permanente en alguna de las siguientes tres condiciones: i) exclusión del mercado de trabajo remunerado formal, ii) desarrollo de trabajos precarios a tiempo parcial o iii) realización de actividades que generan recursos económicos directos dentro de la económica informal.

Por otra parte, es importante observar que existen barreras impuestas desde el mercado laboral para la posterior reincorporación al trabajo productivo por fuera del hogar familiar de las mujeres que han destinado una parte de su tiempo al cuidado de otros y no se reconoce el derecho de conciliación entre la vida personal, familiar y laboral. Por consiguiente, tampoco son habituales medidas como las licencias o excedencias para el cuidado.

En relación con la primera razón, debe señalarse que la exclusión de las mujeres del mercado remunerado formal les genera una sustracción casi automática del sistema contributivo de seguridad social y salud e implica una exclusión de todas las prestaciones conexas a las que tendría derecho con un trabajo estándar. En este sentido, se afecta el acceso a las prestaciones a corto, mediano y largo plazo como: las licencias de maternidad o enfermedad, el pago de

incapacidades, la cobertura por riesgos profesionales y el derecho a obtener una pensión en caso de invalidez o de vejez o pensiones especiales como la pensión anticipada por hijo en situación de discapacidad. Además, implica una negación del derecho a la pensión de sobreviviente de la persona dependiente cuando se trata de hijos en situación de discapacidad.

Por otra parte, es importante anotar que, durante el tiempo del cuidado, las personas que se dedican a esta labor sin recibir ninguna remuneración se ven expuestas a mayores gastos y a menores ingresos. En el caso de Colombia, estas personas también carecen de la posibilidad de obtener algún apoyo estatal con la sola excepción de algunas ayudas económicas de carácter asistencial otorgadas a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad o de pobreza extrema¹¹⁸.

Por consiguiente, las personas que se dedican a la labor del cuidado de manera informal tienden a empobrecer. Para mitigar este efecto, se ven obligadas a desarrollar simultáneamente otras actividades informales remuneradas como el comercio en la calle o trabajos no estándar como el trabajo a domicilio con el fin de obtener algunos ingresos para el pago de sus propios gastos y los de la persona dependiente.

Este último elemento está asociado directamente a la pérdida o carencia de un ingreso económico mínimo y adecuado para la persona cuidadora que le permita garantizar para sí misma y para la persona en situación de dependencia una vida en condiciones dignas sin necesidad de depender económicamente de terceros, especialmente, de otros familiares o de los cónyuges. Como se puede inferir, este panorama trae implícitas unas consecuencias perversas para la igualdad de género y para los postulados y garantías del piso mínimo de protección social.

¹¹⁸ Un ejemplo de las ayudas que entrega en el Estado a la población vulnerable se da en el marco del programa denominado Colombia Mayor. Este se define como un programa de solidaridad con el adulto mayor que pretende: “aumentar la protección de las personas de los adultos mayores que se encuentran desamparados, que no cuentan con una pensión o viven en la indigencia o en la extrema pobreza; por medio de la entrega de un subsidio económico”. Los requisitos que debe cumplir una persona para ser beneficiaria de este programa son los siguientes: i) Ser colombiano, ii) Haber vivido durante los últimos diez años en Colombia, iii) Tener mínimo tres años menos de la edad que se requiere para pensionarse por vejez (54 años para mujeres y 59 para hombres), iv) Pertenecer a los niveles 1 o 2 del Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (en adelante SISBEN) y v) No tener ingresos suficientes para subsistir. Los beneficiarios de estos programas serán las personas que se encuentran en cualquiera de las siguientes situaciones: i) viven en la calle y de la caridad pública, ii) viven con la familia y el ingreso familiar es igual o inferior a un 1 salario mínimo mensual legal vigente, iii) viven solas y su ingreso personal es igual o inferior a medio salario mínimo mensual legal vigente, iv) viven en un Centro de Bienestar del Adulto Mayor (en adelante CBA) o v) asisten como usuarios a un Centro Diurno (en adelante CD). Este subsidio tiene dos modalidades: i) subsidio económico directo: es un beneficio entregado en dinero a las personas que cumplan los requisitos para ser beneficiarios y ii) subsidio económico indirecto: este subsidio se otorga en servicios sociales básicos y son entregados a través de los CBA y CD. Cfr. Sitio web de la entidad Colombia Mayor: [https://colombiamayor.co/programa_colombia_mayor.html] (30.06.2017)

Como ya se enunció, la segunda razón que hace del trabajo del cuidado informal en Colombia una actividad desarrollada en condiciones de alta vulnerabilidad se refiere a las barreras impuestas desde el mercado del trabajo para que la mujer cuidadora pueda reincorporarse a la vida laboral por fuera del hogar familiar cuando ha finalizado el cuidado de la persona en situación de dependencia. Entre todas, es importante destacar dos barreras: la edad de reincorporación y la validación de competencias o habilidades.

La primera barrera (edad de reincorporación) consiste en un fenómeno habitual porque las mujeres cuidadoras son víctimas frecuentes de discriminación en razón de la edad y difícilmente logran encontrar un empleo remunerado. A lo anterior, se suma que el tiempo destinado al cuidado de otros no es valorado como experiencia laboral y, por consiguiente, opera la segunda barrera porque las capacidades y habilidades adquiridas durante este tiempo no son tenidas en cuenta.

Lo anterior significa que el mercado del trabajo tiende a penalizar el tiempo dedicado al cuidado. Se estima que es un tiempo de desempleo o desocupación y no un tiempo en el que se adquieren múltiples capacidades. En este sentido, la reincorporación al mercado de trabajo remunerado de las mujeres que dedican parte de su tiempo y esfuerzo a esta tarea se vuelve casi imposible.

La exclusión del mercado del trabajo remunerado y las barreras impuestas para su posterior reincorporación generan una situación de vulnerabilidad mayúscula para las personas que se dedican al cuidado de manera informal y tiene un fuerte impacto en la igualdad de género. Este último se presenta porque las mujeres son quienes mayoritariamente desarrollan este trabajo y tienden a envejecer en condiciones de pobreza y exclusión social. En comparación con los hombres, las mujeres no alcanzan a cotizar a los sistemas pensionales el tiempo necesario para obtener el derecho a la pensión y difícilmente alcanzan a consolidar un capital económico suficiente para su vejez.

Un elemento transversal que hace del trabajo doméstico del cuidado informal un trabajo con un alto grado de vulnerabilidad e incluso de riesgo tiene relación con el hecho de que quien desarrolla las funciones de cuidador principal de la persona en situación de dependencia no puede disponer de tiempos de descanso; salvo que al interior de las familias o de la comunidad existan acuerdos implícitos que permitan que quien desempeña el papel de cuidador principal pueda hacer una actividad distinta al cuidado. No obstante, ante la carencia de un sistema institucional del cuidado, resulta muy difícil que quien cuida pueda disponer de manera parcial o temporal de periodos de descanso durante los cuales las instituciones o personas no familiares les reemplacen en una labor que, en muchos casos, requiere de atención física y emocional durante las veinticuatro horas del día.

De lo anterior se puede inferir que el cuidador trabaja más que cualquier trabajador remunerado, pero a diferencia de este, aquel no tiene la expectativa legítima de disfrutar de vacaciones remuneradas, ni tiempo para desarrollar actividades distintas al cuidado. Esta

ausencia de tiempos de descanso es un riesgo directo para la salud física y mental de quien hace el trabajo doméstico y del cuidado de manera informal que puede potenciar enfermedades derivadas de esta modalidad de trabajo¹¹⁹. Esta situación es mucho más grave si se considera que los problemas de salud y las enfermedades derivadas del trabajo del cuidado no son tratadas por el sistema de salud de manera especial ni prioritaria. Estas últimas tampoco son consideradas como enfermedades profesionales dentro de los esquemas de protección y reconocimiento de derechos prestacionales.

En síntesis, se puede afirmar que las personas que realizan el trabajo doméstico del cuidado no remunerado y de manera informal en Colombia se enfrentan a condiciones de vulnerabilidad de gran intensidad. Del mismo modo, las implicaciones en la igualdad de género, la pobreza y la exclusión social son mayúsculas debido a la invisibilidad social y jurídica en la que se desarrolla esta actividad.

Por otra parte, quienes se dedican al trabajo doméstico y del cuidado informal tampoco cuentan con mecanismos de organización y participación en el ámbito estatal para su empoderamiento y el reconocimiento de su voz en los procesos de decisiones que les afectan como colectivo, el reclamo de sus derechos sociales básicos o de sus derechos de protección social. Como ya se ha establecido, se tiende a pesar que las reivindicaciones de estos colectivos no tienen una relevancia pública porque desarrollan una labor que deriva de la obligación de solidaridad familiar o asumen una carga que tiene origen en factores socioculturales y religiosos. De acuerdo con estos factores, se considera que la familia y, en concreto, las mujeres son las principales responsables y las mejor dotadas para cuidar de sus seres queridos en situación de dependencia.

En este sentido, la división social del cuidado en Colombia implica que las mujeres asuman de manera desproporcionada las cargas que deberían ser asumidas por cada uno de los actores del cuidado. A esta situación se suma el contexto sociocultural en el que las mujeres adquieren mayores obligaciones que los hombres en el cuidado de los dependientes. En efecto, en muchas ocasiones las mujeres deben enfrentar de manera solitaria el cuidado de las personas de su familia que se encuentran en situación de dependencia y, al mismo tiempo, buscar alternativas de trabajo en el mercado de la economía informal para adquirir algunos recursos económicos¹²⁰.

¹¹⁹ Este elemento es muy importante cuando las personas mayores cuidan de sus nietos o de otros familiares. En estos casos, los cuidadores podrían tener un ingreso derivado de su condición de beneficiarios de una pensión, pero esto no basta para afirmar que los tiempos de descanso quedan cubiertos. En este sentido, algunas investigaciones se refieren al *síndrome de la abuela esclava* que se presenta cuando las abuelas se encargan de cuidar a sus nietos u otros familiares de manera intensiva sin tener tiempo para sí mismas. Sobre el impacto del trabajo doméstico y cuidado de las personas en adultos mayores se puede consultar: KAWACHI, ICHIRO; LEE, SUNMIN y GRODSTEIN, FRANCINE. "Does Caregiving Stress Affect Cognitive Function in Older Women?". *Journal of Nervous & Mental Disease*, vol. 192, n° 1, enero 2004, pp. 51-57.

¹²⁰ Es importante destacar que muchas mujeres deben asumir de manera solitaria el cuidado de personas en situación de dependencia. En este sentido, deben asumir la responsabilidad personal, económica y emocional del cuidado. De acuerdo con las estadísticas del DANE, en el año 2015 el 35.3% de los hogares del país tenían

Tal vez el único efecto positivo de esta situación es que se propicia la formación y desarrollo de las redes comunitarias de apoyo y solidaridad. En efecto, la inexistencia de políticas públicas idóneas para garantizar el cuidado ha hecho que se gesten iniciativas comunales para el cuidado mediante las redes de amistad o vecindad. Como se verá más adelante en este mismo capítulo, este es el caso de las *madres comunitarias* que se organizaron para garantizar el cuidado de los niños y niñas de vecinas con el fin de que éstas pudieran salir a trabajar en el mercado del trabajo remunerado. Algunos autores señalan que en el caso de los y las adultas mayores: “Existen iniciativas marginales y pequeñas de casas que cuidan alrededor de cinco ancianos en barrios populares, que no se encuentran registradas”¹²¹. Este tipo de experiencias demuestran que la participación de la sociedad también juega un papel determinante en la división social de los cuidados en Colombia¹²².

2.1.3. La vulnerabilidad de las personas cuidadoras informales: la pobreza y desigualdad con elementos definitorios

El caso colombiano es un ejemplo de los distintos aspectos mencionados en los dos primeros capítulos de esta investigación. Concretamente en las implicaciones negativas que tiene el cuidado informal en contextos de desigualdad, pobreza y exclusión en donde la mayor parte del trabajo del cuidado recae de manera prevalente sobre las mujeres. En los que existe un Estado de bienestar deficiente que no garantiza prestaciones para el cuidado. Por consiguiente, algunas de las conclusiones que se pueden extraer hasta este punto son las siguientes. Por una parte, los cuatro esquemas del trabajo doméstico y del cuidado tienen una protección jurídica de efecto cascada. Esto significa que, a medida que descienden los grados o categorías del cuidado, la protección jurídica disminuye. Al final de la cascada se encuentran las personas cuidadoras con un mayor grado de vulnerabilidad jurídica y con un mayor déficit de protección social.

En segundo lugar, en el contexto de Colombia que se caracteriza por los altos niveles de desigualdad se presenta una marcada estratificación de los cuidados. Esto significa que el nivel de ingreso de cada familia determina, tanto el tipo de cuidado que puede recibir la

jefatura femenina. De este porcentaje, el (78.4%) correspondía a jefatura femenina sin cónyuge y (35.4%) tenía hijos menores de 18 años. Cfr. DANE. Encuesta Nacional de Calidad de Vida (ECV), 2015.

¹²¹ PINEDA DUQUE, JAVIER. “Trabajo del cuidado de la vejez”. op. cit., p. 58.

¹²² Es importante destacar que el aumento del número de adultos mayores también ha traído aparejada una demanda de cuidado que no es suplida ni por las familias ni por el mercado. En este sentido: “Desde la sociedad civil, en respuesta a las necesidades de ancianos carentes de cuidados en condiciones de pobreza y abandono, se han multiplicado iniciativas de diferentes grupos comunitarios y de organizaciones filantrópicas. Estas organizaciones subsisten no tanto por el ingreso que generan sus servicios, como por las donaciones entregadas por el sector privado, de acuerdo con los incentivos tributarios para ello, y por la participación en programas y contratos de prestación de servicios con el sector público”. PINEDA DUQUE, JAVIER. “Trabajo del cuidado de la vejez”. op. cit., p. 58.

persona en situación de dependencia, como las condiciones laborales en las que serán contratadas las trabajadoras y los trabajadores del servicio doméstico y del cuidado.

De la anterior conclusión se deriva que el trabajo doméstico y del cuidado adquiere dimensiones altamente preocupantes cuando las familias no tienen los recursos económicos suficientes para asumir de manera particular el cuidado de sus familiares en situación de dependencia. Como se verá más adelante en este mismo capítulo, en estos casos las familias recurren al juez constitucional para solicitar la ayuda de un tercero (i.e. enfermero) y obtener judicialmente otras prestaciones para el cuidado de las personas dependientes que tienen a su cargo.

En tercer lugar, se puede concluir que el eje más sólido de la protección a la dependencia se ha construido sobre la base de que esta tenga un vínculo familiar con otra persona que se encuentre dentro del mercado laboral asalariado. También han sido relevantes los ingresos y prestaciones derivados de la seguridad social (e.g. pensiones por vejez, discapacidad o viudez). No obstante, cuando se trata de personas dependientes cuyos familiares no están vinculados al mercado del trabajo formal o no son titulares de derechos derivados de la seguridad social, el Estado interviene a través de un modelo de protección de corte asistencial en el que la atención de los dependientes se ha concentrado, particularmente, en la prestación de servicios médicos para la garantía del derecho a la salud y en algunos programas de subsidios para la población más vulnerable¹²³.

Por último, es importante reiterar que en Colombia la mayor carga del cuidado es asumida por la familia y, al interior de esta, fundamentalmente por las mujeres. Como consecuencia de lo anterior, el cuidado de las personas en situación de dependencia tiene un componente de género muy importante que debe ser valorado cuando se analiza cualquier aspecto relacionado con el cuidado y la atención de las personas en situación de dependencia. El impacto de género se presenta con independencia de que el cuidado sea realizado por personas que trabajan en el servicio doméstico y del cuidado, por las mujeres familiares de la persona en situación de dependencia que realizan este trabajo de manera informal o por las redes de apoyo comunal que, como se verá a continuación, también están conformadas por mujeres.

2.2. LA FIGURA DE LAS MADRES COMUNITARIAS: ABANDONO ESTATAL Y FORMALIZACIÓN PROGRESIVA

Como se señaló en la sección anterior, en Colombia existen condiciones de precariedad para el cuidado de la niñez, los adultos o adultas mayores y las personas en situación de

¹²³ De acuerdo con los datos del DANE, la cobertura en salud para el año 2015 fue del 94.6% de la población colombiana. *Vid.* DANE. Encuesta Nacional de Calidad de Vida (ECV) 2015, Boletín técnico, enero 2016, p.13.

discapacidad o dependencia de larga duración. El abandono estatal de estos colectivos no es reciente. En efecto, con el aumento de los procesos migratorios del campo a las ciudades o cascos urbanos y la incorporación de las mujeres al mercado productivo por fuera del hogar familiar en los años setenta del siglo pasado, se generaron nuevos problemas relacionados con el cuidado de la primera infancia. En ese contexto, las denominadas *madres comunitarias* surgieron como una alternativa comunal y solidaria para enfrentar la carencia de un sistema estatal que garantizara el cuidado de los niños y niñas de los sectores más marginados¹²⁴.

Es importante señalar que treinta años después del nacimiento de esta figura, las mujeres que han desarrollado este trabajo no han alcanzado unas condiciones laborales adecuadas¹²⁵. Esto es así a pesar de que este colectivo ha luchado por su formalización laboral y sus integrantes han solicitado su reconocimiento como trabajadoras con plenos derechos¹²⁶. En especial, han reivindicado el derecho a un salario mínimo y el acceso a las prestaciones derivadas del sistema de seguridad social (e.g. pensión)¹²⁷.

2.2.1. Las madres comunitarias: el abandono estatal de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado en la esfera comunal

Las *madres comunitarias* son mujeres que pertenecen al entorno barrial y comunitario de los sectores con mayores problemas económicos. Ellas se encargan de cuidar a grupos de niños y niñas, hijos e hijas de sus vecinos en sus propias viviendas mientras estos desarrollan

¹²⁴ HERRERO, LIBARDO. *No hay derecho, las madres comunitarias frente al derecho laboral*. ILSA, Bogotá, 1999, pp. 41-59 y ÁLZATE ARIAS, LIGIA INÉS. *Estrategias de la CUT Colombia hacia las madres comunitarias*. III Reunión, Lima, 2010.

¹²⁵ Como producto de la organización, de la movilización social y de los pronunciamientos del Comité DESC de la ONU y de la Corte Constitucional, el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 (“Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones”) estableció: “Durante el transcurso del año 2013, se otorgará a las Madres Comunitarias y Sustitutas una beca equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente. De manera progresiva durante los años 2013, se diseñarán y adoptarán diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias un salario mínimo mensual legal vigente, sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas. La segunda etapa para el reconocimiento del salario mínimo para las Madres Comunitarias se hará a partir de la vigencia 2014. Durante este año, todas las Madres Comunitarias estarán formalizadas laboralmente y devengarán un salario mínimo o su equivalente de acuerdo con el tiempo de dedicación al Programa. Las madres sustitutas recibirán una bonificación equivalente al salario mínimo del 2014, proporcional al número de días activos y nivel de ocupación del hogar sustituto durante el mes”.

¹²⁶ Durante el mes de abril de 2016, las madres comunitarias cesaron sus actividades ante el incumplimiento del Gobierno nacional respecto de la garantía de sus derechos mínimos. Las madres comunitarias denunciaron que, para la alimentación diaria de cada niño, el ICBF les entrega 2.517 pesos. Esta cifra equivale aproximadamente a un dólar diario. Esta cantidad resulta insuficiente para garantizar la alimentación de los niños de manera que, al final, las madres comunitarias asumen con su propio presupuesto personal los costos adicionales.

¹²⁷ Como parte del proceso de movilización y organización de las madres comunitarias, en el año 1989 se conformó el Sindicato Nacional de Trabajadoras al cuidado de la infancia en Hogares de Bienestar (en adelante SINTRACIHOBI). Este sindicato está compuesto por 56 organizaciones en Colombia y tiene presencia en 18 de los 32 departamentos del país. Además, esta organización agrupa a más de 15.000 mujeres. Esta información en: <http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?id=14499&entidad=Agentes&html=1> (28.06.2017)

actividades productivas por fuera del hogar familiar¹²⁸. Esta iniciativa tiene como objetivo evitar situaciones de riesgo para los niños y niñas como el abandono parcial y la desnutrición¹²⁹.

Antes del año 2014, las *madres comunitarias* estaban en una zona gris de regulación de tipo híbrido. Estaban entre un sistema de regulación administrativo, en el que el Estado a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF) canalizaba unos recursos económicos que se denominaban ‘becas’ que eran pagadas a las madres comunitarias a través de organizaciones de naturaleza privada. El ICBF también tenía el poder de organización y control de la forma como operaban las *madres comunitarias*. En la financiación también participaban las *madres comunitarias*, los padres y madres de familia; a estos se sumaban los aportes estatales parciales y una parte que es asumida por las propias *madres comunitarias*. Este modelo de financiación obedecía a una lógica de corresponsabilidad en el cuidado y protección de los niños y niñas que vinculaba a la familia, al Estado y a la sociedad.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia tenía dos posturas frente a la situación laboral de las *madres comunitarias*. La primera postura señalaba que no existía un contrato de trabajo entre éstas y las entidades que gestionan el programa como intermediarias con el Estado, sino que existía un contrato de naturaleza civil¹³⁰. La segunda postura, que tomó un mayor impulso a partir del año 2012, reconocía que las *madres comunitarias* eran verdaderas

¹²⁸ Mediante la Resolución 776 de marzo de 2011, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, emitió los lineamientos técnicos para la vinculación y gestión de los Hogares Comunitarios de Bienestar, en todas sus formas: FAMI Familiares, grupales y múltiples, Múltiples Empresariales, y Jardines Sociales, para la atención de niños y niñas hasta los 5 años de edad. En esta resolución se pueden consultar los procedimientos administrativos para la gestión de esta modalidad de atención y cuidado a la primera infancia.

¹²⁹ De acuerdo con la Encuesta Nacional de Calidad de Vida del DANE, el 34% de los niños menores de cinco años que asisten a hogar comunitario, jardín, centro de desarrollo infantil o colegio permanece en un Hogar Comunitario de Bienestar Familiar a cargo de una *madre comunitaria*. Se trata del segundo mayor porcentaje después de padre o madre. DANE. Encuesta Nacional de Calidad de Vida (ECV) 2015, Boletín técnico, enero 2016, p.18.

¹³⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-269 de 1995. En esta sentencia, la Corte estudió el caso de una madre comunitaria que fue desvinculada del programa y el hogar comunitario fue clausurado. La accionante señaló que su desvinculación del programa afectó el derecho al trabajo, a la libre expresión, al debido proceso, a la igualdad entre hombres y mujeres y a los derechos de los niños. La Corte consideró que los derechos fundamentales invocados no fueron vulnerados. Entre los argumentos de la Corte se señaló que no se afectaba el derecho al trabajo porque la actora podía desarrollar otras actividades. En relación con el derecho al debido proceso se señaló que la relación de la accionante con la Asociación de Padres de Familia Hogares Comunitarios de Bienestar era de naturaleza contractual, el nexo no era laboral y era una vinculación voluntaria, una colaboración humanitaria y ciudadana. Expresamente la Corte en este fallo precisó: “Sin duda alrededor de la relación surgida entre ambas partes –una entidad sin ánimo de lucro, de beneficio social, vinculada al Sistema Nacional de Bienestar Familiar, y un particular que nunca ostentó la calidad de empleado -, se puede decir que fue de orden civil; bilateral, en la medida en que los contratantes se obligaron recíprocamente: la madre a la satisfacción del interés de su contraparte, o sea a la adecuada prestación de una serie de servicios a los niños usuarios y a sus padres, y la asociación, al apoyo debido y al pago de una beca suministrada por el ICBF, consensual, puesto que no requirió de ninguna solemnidad; onerosa, porque daba derecho a la madre comunitaria para percibir parcialmente parte de la beca mencionada”. Esta postura fue reiterada en la sentencia de la Corte Constitucional. SU-224 de 1998.

trabajadoras que se encontraban en un régimen jurídico intermedio entre el trabajo subordinado e independiente¹³¹.

Esta última postura jurisprudencial se basaba en una recomendación del año 1995 proferida por el Comité de la Organización de las Naciones Unidas para la vigilancia del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante Comité DESC). La recomendación señala que el marco jurídico de protección de esta modalidad de trabajo es deficiente y genera una situación de desprotección social y jurídica que debe ser reparada¹³². Como se indica en la propia recomendación, el Comité DESC:

“(...) subraya su preocupación por la existencia de un gran número de niños abandonados, o niños de la calle, privados de todos sus derechos (ambiente, familia, educación, sanidad, vivienda...). Preocupa al Comité el hecho de que el programa de madres comunitarias destinado a ayudar a los niños no cuente con fondos suficientes, habida cuenta de la importante labor social que llevan a cabo esas mujeres sin la formación adecuada y en malas condiciones de trabajo”¹³³.

A pesar de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que advirtió la existencia de una relación de trabajo o una relación híbrida y de las observaciones y recomendaciones del Comité DESC, los derechos laborales de las *madres comunitarias* no habían sido garantizados. Sin embargo, estas decisiones sí representaron avances importantes en la interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la situación de invisibilidad de las madres comunitarias. Por consiguiente, abonaron un camino importante en la identificación de los déficits de protección jurídica en materia laboral y de seguridad social.

¹³¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-628 de 2012. En esta sentencia, la Corte estudió el caso de una madre comunitaria portadora de VIH que fue desvinculada del programa. En esta decisión, el tribunal concedió el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud, a la seguridad social, a la intimidad y al debido proceso de la accionante. En consecuencia, le ordenó al ICBF que, si el estado de salud de la accionante lo permitía, fuera reincorporada a sus labores como madre comunitaria. Además, ordenó la afiliación inmediata de la accionante al sistema contributivo de salud y pensiones. Del mismo modo, la Corte le ordenó al ICBF que liderara y coordinara un proceso interinstitucional y participativo para el diseño y la adopción de todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar que, de forma progresiva pero pronta, las madres comunitarias de tiempo completo devengaran, al menos, el salario mínimo legal mensual vigente.

¹³² En la sección de sugerencias y recomendaciones, el Comité DESC señala que Colombia debería: “(..) 28. (a) mejorar la formación de las madres comunitarias y regularizar la situación laboral, tratándolas a todos los fines como trabajadores empleados por una tercera persona”. ONU. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (E/C.12/1995/12), 28 de diciembre de 1995, n° 11 y 28.

¹³³ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (E/C.12/1995/12), 28 de diciembre de 1995. En el año 2001, el Comité DESC reiteró su preocupación frente a la situación de las madres comunitarias: “Preocupa al Comité la reducción del presupuesto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para las “madres comunitarias”, que se ocupan de casi 1.3 millones de niños. Deplora que las madres comunitarias sigan sin ser reconocidas como trabajadoras ni perciban el salario mínimo legal”. En esta oportunidad, el Comité DESC: “reitera su recomendación de 1995 que se debe regularizar la situación laboral de las madres comunitarias y considerarlas como trabajadoras para que tengan derecho a percibir un salario mínimo”. ONU. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (E/C.12/1/Add.74), 6 de diciembre de 2001, n° 14 y 35.

En este sentido, a través de la jurisdicción constitucional, las madres comunitarias encontraron un espacio para el acceso a la justicia y la demanda y reclamo de sus derechos fundamentales. Además, la organización social de las *madres comunitarias* también permitió una mayor movilización hacia la reivindicación de derechos y un impulso en la visibilización de su trabajo y el impacto en el cuidado de la primera infancia más vulnerable en Colombia.

Estos dos elementos -organización social y judicialización de los derechos- fueron un impulso para cambios normativos y progresivos que vendrían después. A través de una mayor vinculación de las ramas legislativas y ejecutiva en la protección de los derechos de las *madres comunitarias* y en su formalización.

De esta manera, progresivamente se avanzó hacia el reconocimiento de que eran trabajadoras y no solo personas que cumplían una labor social como voluntarias. Además, se reconoció el derecho a un salario mínimo a cargo del Estado pero que es gestionado a través de organizaciones no estatales. Con todo, actualmente la situación especial de las *madres comunitarias* sigue siendo muy precaria y continúan en una reivindicación constante para el cumplimiento y eficacia de los derechos que les han sido reconocidos¹³⁴.

2.2.2. Las madres comunitarias: transición progresiva de la informalidad hacia la formalidad

A pesar de lo anterior, la figura de las *madres comunitarias* es un ejemplo de transición de la informalidad hacia la formalidad. Durante los últimos años ha pasado de estar en una zona gris de regulación a una zona de formalización. El ejemplo transición se generó a partir de la Ley 1607 de 2012 “Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones” y del Decreto 289 de 2014 “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 de la Ley 1706 y se dictan otras disposiciones”¹³⁵.

¹³⁴ La Escuela Nacional Sindical ha señalado que la creación del Ministerio del Trabajo en el año 2011 incidió positivamente en el reconocimiento de los derechos laborales de las 63.000 madres comunitarias. Sin embargo, recientemente las madres comunitarias se han movilizadas y han parado sus actividades para denunciar las condiciones laborales precarias en las que prestan sus servicios. En concreto, señalan que: i) los procesos de modificación del sistema de atención a la primera infancia les han sometido a fuertes exigencias y ii) les adeudan prestaciones y salarios. Por otra parte, denuncian que la asignación de recursos para la alimentación de los niños que atienden se ha disminuido de manera sustancial. En prensa se puede consultar: <http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/salud/protesta-de-madres-comunitarias-icbf/16555207> (28.06.2017)

¹³⁵ El artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 ordenó que: “durante el transcurso del año 2013, se otorgará a las madres comunitarias y sustitutas una beca equivalente a un salario mínimo mensual vigente. De manera progresiva durante el año 2013 se diseñarán y adoptarán diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas. La segunda etapa para el reconocimiento del salario mínimo para las madres comunitarias se hará a partir de la vigencia 2014. Durante ese año, todas las madres comunitarias estarán formalizadas laboralmente y devengarán un salario mínimo o su equivalente de acuerdo con el tiempo de dedicación al Programa. Las madres sustitutas recibirán una bonificación equivalente al salario mínimo del

En el Decreto 289 de 2014 se reguló el proceso de formalización de las *madres comunitarias*. Esta norma estableció la existencia de un vínculo contractual de naturaleza laboral entre las madres comunitarias y las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar. Este vínculo contractual reconoció que las madres comunitarias son titulares de todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo de acuerdo con la modalidad contractual y con las normas que regulan el sistema de protección social.

Una de las particularidades de este proceso de formalización es la definición de las partes contratantes. El Decreto 289 de 2014 señaló que los empleadores de las madres comunitarias serán las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar que cumplan todos los lineamientos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Esta última es una entidad de naturaleza pública que también tiene a cargo el proceso de inspección, vigilancia y supervisión de los Hogares Comunitarios y de la prestación de los servicios de cuidado. Sin embargo, se aclaró que las *madres comunitarias* no pueden ser consideradas servidoras públicas porque su relación contractual no es directamente con el Estado.

Sin embargo, no todos los problemas han quedado resueltos con el proceso de formalización de las *madres comunitarias*. Una de las mayores controversias está relacionada con los aportes a la seguridad social en pensiones y en los salarios dejados de percibir durante 1988 y 2014. Especialmente porque las primeras *madres comunitarias* actualmente son adultas mayores.

Frente a esta controversia, 106 *madres comunitarias* presentaron acciones de tutela en las que demandaron la protección del derecho a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo. En estas acciones de tutela solicitaron el pago de aportes dejados de percibir durante esos años. Esta petición derivó en que la Corte Constitucional, en la Sentencia T-480 de 2016, declarara la existencia de un contrato realidad entre las *madres comunitarias* y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) desde 1988 hasta el año en el que se expidió el Decreto que formalizó la relación de las *madres comunitarias* (2014)¹³⁶.

En esta decisión, la Corte Constitucional señaló que durante esos años se dieron todos los elementos de laboralidad entre el ICBF y las *madres comunitarias* y que desconocer este hecho generaba una afectación de sus derechos fundamentales. En concreto, la Corte consideró que estaba frente a un caso en el que 106 mujeres -que tenían entre 50 y 80 años de edad- no tendrían derecho a pensionarse porque durante su vida laboral como *madres comunitarias* no fueron afiliadas al sistema de seguridad social y sus aportes no fueron pagados.

2014, proporcional al número de días activos y nivel de ocupación del hogar sustituto durante el mes. Las madres comunitarias debían ser formalizadas laboralmente y devengar un salario mínimo mensual vigente de acuerdo con el tiempo de dedicación al Programa sin que ello implicara reconocerles la calidad de servidoras públicas”.

¹³⁶ A partir del año 1988 y mediante la Ley 89 de 1988 el legislador asignó recursos económicos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para la continuidad, desarrollo y cobertura a los Hogares Comunitarios de Bienestar de las poblaciones infantiles más vulnerables del país.

Según la Corte, esta situación vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo de las 106 accionantes. Se trata de una situación que adquiere una especial gravedad si se tiene en cuenta que todas son mujeres y adultas mayores. La Corte Constitucional consideró que la negativa del pago de aportes en materia de seguridad social constituyó un trato discriminatorio de género de carácter público, compuesto, continuado, sistemático y de relevancia constitucional¹³⁷.

Por consiguiente, la Corte Constitucional ordenó reconocer y pagar a favor de las 106 accionantes los salarios y prestaciones sociales causados y dejados de percibir, en razón a la labor de madre comunitaria que realizaron al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF. Los pagos debían hacerse de manera retroactiva desde el año 1988 hasta el año 2014 o bien desde el año de la vinculación de las *madres comunitarias* al programa.

Sin embargo, la Presidencia de la República y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar presentaron una solicitud de nulidad contra esta decisión. El recurso fue aceptado por la Corte y el tribunal decidió anular parcialmente la sentencia. En esta nulidad, la Corte Constitucional modificó la decisión y declaró que no existía un contrato realidad entre el ICBF y las *madres comunitarias* durante el tiempo que había señalado en su decisión inicial.

Sin embargo, este tribunal ordenó que se pagaran los aportes parafiscales en pensiones faltantes al sistema de seguridad social por el tiempo efectivamente acreditado como *madre comunitaria* para que las accionantes puedan acceder al derecho a la seguridad social y obtener una pensión. Los efectos de la decisión vinculan a las 106 *madres comunitarias* accionantes. Como señaló la Corte Constitucional:

“La Corporación analizó que las madres comunitarias son sujetos de especial protección constitucional; por lo tanto, se dispuso mantener la decisión con respecto a tutelar los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana y al mínimo vital, de las 106 madres comunitarias que acudieron en solicitud de amparo y se ordenó al ICBF para adelantar los respectivos trámites para que se reconozca y paguen los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social correspondientes a los tiempos efectivamente acreditados como madres comunitarias, a efecto de que obtengan su pensión, de conformidad con la legislación aplicable y en los términos expuestos en la parte motiva del auto de nulidad parcial”¹³⁸.

En conclusión, el ejemplo de las *madres comunitarias* es interesante para esta investigación porque permite identificar un caso de transición de una de las modalidades del trabajo doméstico y del cuidado con mayor vulnerabilidad: el trabajo desarrollado por mujeres que

¹³⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-480 de 2016.

¹³⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-480 de 2016. Decisión de nulidad.

hacen parte del entorno vecinal y de amistad de los familiares de niños y niñas en la primera infancia. Un trabajo que no tuvo como motivación principal -en sus orígenes- la obtención de recursos económicos y monetarios sino que se fundó en la solidaridad comunal y en la ayuda mutua.

Además, este caso también es interesante para ilustrar el papel de los jueces y su rol transformador. Especialmente, los jueces constitucionales que actúan en contextos de trabajo informal se convierten en una jurisdicción válida para identificar que la invisibilidad jurídica, económica y social tiene consecuencias directas en la protección de los derechos humanos fundamentales.

Después de describir los niveles de vulnerabilidad en que se encuentran quienes desarrollan el trabajo del cuidado y el caso de las *madres comunitarias* es posible avanzar hacia el análisis de la respuesta que los tribunales han ofrecido a las peticiones de quienes se dedican al trabajo doméstico y del cuidado informal no remunerado de sus propios familiares. Por esa razón, en la siguiente sección se reseñarán los principales casos resueltos por la jurisprudencia constitucional colombiana sobre esa materia.

Sin embargo, antes se explicará de manera breve el papel de los jueces en la visibilización de las condiciones de vulnerabilidad de quienes trabajan en la informalidad y la importancia de su papel en la protección efectiva de sus derechos en el contexto colombiano. Este tema amerita una investigación extensa y detallada que no se desarrollará en esta memoria doctoral, pero será objeto de próximas investigaciones.

2.3. EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN LA VISIBILIZACIÓN DE QUIENES TRABAJAN EN LA INFORMALIDAD: JUSTICIA TRANSFORMADORA

Una de las características del trabajo informal es la ausencia de mecanismos que garanticen el acceso a la justicia a través de las jurisdicciones laborales. Esto ocurre porque, de manera prevalente, las jurisdicciones laborales se han concentrado en dirimir asuntos en los que media una relación de empleo¹³⁹. Por consiguiente, las personas que hacen actividades que desbordan las fronteras de la laboralidad o que son trabajadores informales deben buscar otros mecanismos para acceder a la justicia y garantizar la protección de sus derechos¹⁴⁰.

¹³⁹ Una de las razones que justifican una revisión de los límites y alcance del derecho del trabajo, además de las situaciones concretas en el trabajo doméstico y del cuidado está relacionada con el acceso a la justicia, esta situación ocurre también con otras formas de trabajo informal. En la medida que en muchas ocasiones como señala JEREMIAS PRASSL, el contrato de trabajo se convierte en una precondition para acceder a los tribunales en el reclamo de derechos concretos. Esta situación, en opinión de PRASSL, puede generar serias consecuencias en materia de igualdad. PRASSL, JEREMIAS. *The Concept of the Employer*. Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 86.

¹⁴⁰ Los problemas que enfrentan los trabajadores en algunos países de América Latina para que las normas laborales sean eficaces y para el acceso a la justicia dentro de la jurisdicción laboral, las fronteras de laboralidad

Una de las puertas de acceso a la protección de estos derechos ha sido la jurisdicción constitucional. La proliferación de trabajos informales en el sur global hace de esta jurisdicción un espacio válido para el reclamo de los derechos¹⁴¹. De hecho, los tribunales han demostrado que juegan un rol importante en la visibilización de las actividades, han impulsado decisiones estructurales y dialógicas en las que se vinculan a otras ramas del poder público e instituciones en la superación de condiciones de vulnerabilidad y afectación de derechos fundamentales de quienes están en la informalidad¹⁴².

Por consiguiente, en esta materia se puede afirmar que los tribunales han jugado un verdadero papel de transformación social en la identificación de desigualdades estructurales. En concreto, los tribunales y las sentencias que identifican condiciones de desigualdad en casos en los cuales se protegen derechos de los trabajadores informales operan como “una voz institucional para los pobres y contribuye a la inclusión social de los grupos desaventajados y marginalizados”¹⁴³.

En el caso colombiano, los trabajadores y las trabajadoras informales han encontrado en la jurisdicción constitucional un camino viable para acceder a la justicia y reclamar sus derechos. La Corte Constitucional ha sido determinante en la visibilización de estos trabajadores y en la identificación de sus condiciones de vulnerabilidad. Su papel ha permitido impulsar procesos de transición hacia la formalidad y su reconocimiento como trabajadores titulares de derechos humanos concretos, tales como, el derecho al trabajo y al mínimo vital que son derechos independientes al derecho al empleo y al salario mínimo.

La razón por la que la jurisdicción constitucional ha sido el escenario adecuado es producto del andamiaje institucional diseñado en la Constitución de 1991 y en la conexión de los jueces constitucionales con la realidad laboral del país. La Constitución ha operado como un vaso comunicante entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno. De esta manera, en el catálogo de derechos fundamentales no solo se incorporan los derechos civiles y políticos sino también los derechos económicos, sociales y culturales. Además, se estableció que los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia en materia de derechos humanos -entre estos, los Convenios de la OIT- son instrumentos

y la inspección de trabajo: BENSUSÁN, GRACIELA. “Labour Law in Latin America: The gap between norms and reality”. En: TEKLÈ, TZEHAINESH (ed.). *Labour Law and worker protection*. op. cit pp. 142-157.

¹⁴¹ Un estudio relevante sobre el impacto de los derechos constitucionales y la protección de los derechos de los trabajadores informales en el caso de la India: ROUTH, SUPRIYA. *Enhancing Capabilities through Labour Law: Informal Workers in India*. Routledge, New York, 2014, pp. 46-87.

¹⁴² Un ejemplo de este tipo de decisiones es la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. T-291 de 2009. En esta decisión, el Tribunal ordenó que los recicladores fueran incluidos en los Programas Estatales de eliminación y manejo de residuos. En este caso la corte señaló la importancia de tener en cuenta una perspectiva de derechos humanos y no solo una perspectiva económica en la celebración de los contratos públicos.

¹⁴³ GLOPPEN, SIRI. “Courts and Social Transformation: An Analytical Framework”. En: GARGARELLA, ROBERTO; DOMINGO, PILAR y ROUX, THEUNIS (eds.). *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice For the Poor?*, Ashgate, Estados Unidos, 2006, p. 38.

jurídicamente vinculantes para las autoridades nacionales, sirven como criterio de interpretación constitucional de los derechos y no pueden ser suspendidos durante los Estados de emergencia¹⁴⁴.

Adicionalmente, el acceso de los ciudadanos a esta jurisdicción constitucional carece de la rigidez que se puede encontrar en otras jurisdicciones. Los ciudadanos tienen acceso a la justicia de manera directa a través de la acción de tutela para el reclamo de los derechos humanos fundamentales y también tienen acceso directo a la acción de inconstitucionalidad para demandar aquellas normas que consideren incompatibles con la Constitución y con los tratados instrumentos internacionales antes mencionados.

Estos dos elementos, un amplio catálogo de derechos reconocidos y los instrumentos y los mecanismos de fácil acceso para el reclamo de derechos fundamentales, han permitido que la Corte Constitucional conozca de manera más próxima las problemáticas derivadas de la informalidad. Los mecanismos procesales -como la acción de tutela- se convierten en mecanismos válidos para que las personas excluidas y marginalizadas accedan a la justicia porque están diseñados para aquellos casos donde no existen otros medios de defensa judicial y carecen de las formalidades que sí exigen otros medios de defensa judicial¹⁴⁵.

El caso de Colombia demuestra esta tendencia. Una muestra de ello es que, en varias de las decisiones en las que se protegen los derechos de los trabajadores informales, se presentan las cuatro fases de litigio en materia de derechos sociales señaladas por GLOPPEN como esenciales para entender que se trata de decisiones judiciales que cumplen un papel transformador. Estas fases son: i) dar voz (*voice*) a las personas marginadas; ii) capacidad de respuesta, receptividad o sensibilidad (*responsiveness*) de los tribunales; iii) capacidad (*capability*) de los jueces de dar efecto significativo a los derechos y reconocer la protección para los grupos marginalizados y iv) cumplimiento (*compliance*) de las decisiones judiciales frente a las autoridades públicas, es decir, que las decisiones judiciales sean un motor generador de respuestas por parte de la administración que se vea reflejada también en la legislación y en las políticas públicas¹⁴⁶.

Los cuatro elementos antes mencionados han estado presentes en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y, en el caso concreto del trabajo informal, han permitido un avance significativo en los procesos de transición, de reconocimiento y visibilización de diferentes actividades que tradicionalmente han estado en la informalidad. La judicialización

¹⁴⁴ Constitución Política de Colombia. (Artículos: 4, 53, 85, 93, 214)

¹⁴⁵ Sobre el papel de la Corte Constitucional de Colombia en la protección de los derechos sociales de los colectivos más vulnerables se puede consultar: SEPÚLVEDA, MAGDALENA. "Colombia: Constitutional Court's Role in Addressing Social Justice". En: LANGFORD, MALCON (ed.). *Social Rights Jurisprudence Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, pp. 144-162 y UPRIMNY YEPES, RODRIGO. "The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court. Cases and debates". En: GARGARELLA, ROBERTO; DOMINGO, PILAR y ROUX, THEUNIS (eds.). *Courts and Social Transformation*. op. cit., pp. 127-147.

¹⁴⁶ GLOPPEN, SIRI. "Courts and Social Transformation". op. cit., pp. 36 y 37.

de los derechos humanos ha implicado la especial protección del derecho al trabajo como un derecho humano al margen de las relaciones de empleo.

Este papel de los jueces también ha contribuido a la identificación de las obligaciones estatales en la creación de empleo de calidad y a la protección de los medios de subsistencia de las personas con independencia de que estas tengan o no un vínculo contractual. Esto se ha hecho a través del desarrollo del derecho al mínimo vital como una garantía de dignidad humana. En definitiva, las decisiones transformadoras en el ámbito del trabajo informal son visibles y han impulsado cambios estructurales y de política pública que constituyen un avance relevante para el derecho del trabajo y para el reconocimiento de los derechos laborales como derechos humanos.

Sin embargo, a pesar de los avances significativos en la visibilización del trabajo informal en Colombia a través de la jurisdicción constitucional, aún hay un largo camino por recorrer. Como señala JUDY FUDGE, es necesario complementar esos esfuerzos judiciales con el impulso de un “nuevo relato laboral que recoja las preocupaciones feministas sobre el trabajo socialmente necesario, pero no remunerado”¹⁴⁷.

La identificación de que el trabajo doméstico y del cuidado informal, realizado en el ámbito privado de las familias, aún no es considerado como un trabajo demuestra esta realidad. Esto es evidente, incluso en la jurisdicción constitucional, que ha sido proclive en avanzar hacia el reconocimiento de formas de trabajo diversas que deben ser protegidas por el derecho. Sin embargo, tampoco se puede desconocer que ha sido a través de esta jurisdicción que se han enjuiciado las situaciones que enfrentan quienes realizan el trabajo doméstico y del cuidado de manera informal en Colombia. Como se verá en la siguiente sección, a través de la protección del derecho a la salud, la Corte Constitucional ha intentado palear algunas de las condiciones de vulnerabilidad de las personas dependientes y de sus cuidadores.

Como también quedará claro a continuación, en la jurisprudencia se avizoran cambios que progresivamente empujan hacia la transformación, reconocimiento y visibilización de quienes realizan el trabajo del cuidado. En este sentido, adquiere relevancia el análisis de los casos que permiten identificar la situación de invisibilidad del trabajo doméstico y del cuidado informal en Colombia y como este se ubica en una zona de alta marginalidad jurídica. Esta situación progresivamente se hará visible ante el impacto desproporcionado que tiene el desarrollo de esta actividad sin mecanismos adecuados de protección.

¹⁴⁷ FUDGE, JUDY. “Labour as a “Fictive Commodity”: Radically Reconceptualizing Labour Law”. En: DAVIDOV, GUY y LANGILLE, BRIAN (eds.). *The Idea of Labour Law*. op. cit., p. 120.

2.4. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO INFORMAL NO REMUNERADO REALIZADO POR FAMILIARES

Como se señaló al comienzo de este capítulo, en Colombia, el trabajo doméstico y del cuidado de las personas en situación de dependencia prestado por familiares es un trabajo informal que se realiza en condiciones de invisibilidad social, económica y jurídica. Como también se describió, la informalidad jurídica tiene tres causas: la inexistencia de normas específicas para proteger esta modalidad de trabajo, el carácter restrictivo de las normas generales que le son aplicables y la existencia de un deficiente desarrollo de la jurisprudencia que garantice o reconozca derechos fundamentales concretos para quienes se dedican al cuidado de otros. Como también se enunció, esta situación genera una grave afectación de los derechos fundamentales de las mujeres que lo desarrollan y tiene un alto impacto en la igualdad de género y en la superación de la pobreza.

Desde el punto de vista normativo, la regulación del trabajo del cuidado de las personas en situación de dependencia en Colombia es limitada. Aún más, es posible afirmar que las disposiciones legales y constitucionales sobre el trabajo doméstico y del cuidado de las personas en situación de dependencia se limitan a imponer obligaciones a la familia en virtud del principio de solidaridad familiar. Por una parte, el Código Civil establece la obligación principal de los integrantes de la familia de garantizar alimentos o auxilio en caso de pobreza para los ascendientes y descendientes¹⁴⁸. En segundo lugar, la Constitución de 1991 reconoce que el Estado y la sociedad juegan un papel determinante en el cuidado de las personas en situación de dependencia, pero sin desplazar a la familia porque esta última tiene un lugar principal y prevalente en el cuidado de los más débiles.

Esta es una explicación plausible de que, hasta ahora, la participación estatal se haya concentrado principalmente en garantizar la prestación de servicios médicos básicos y en el diseño de programas sociales asistenciales que incluyen ayudas económicas focalizadas en la población económicamente más vulnerable. Sin embargo, se reitera, el pilar principal del cuidado ha sido la familia y el fundamento de la obligación se ha encontrado en el principio de solidaridad familiar. Por esa razón, el núcleo familiar siempre ha sido el encargado de suplir las necesidades del cuidado que el Estado no asume ni de manera directa, ni de manera indirecta.

Incluso, en la reciente Ley 1618 de 2013 “Por medio de la cual se establecen disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad” tampoco se contemplan mecanismos reales de visibilización del trabajo doméstico y del cuidado familiar. Salvo en aspectos concretos como el de la capacitación para que puedan realizar el trabajo del cuidado y cumplir la obligación de una manera segura. En este sentido, el apoyo

¹⁴⁸ *Vid.* Código Civil colombiano de 1887 (artículos 251, 252 y 411). Estas disposiciones regulan las obligaciones sobre el auxilio a los padres, el deber de cuidado a los padres en la ancianidad, demencia y en todos los casos en que necesitaren atención. También se establece el deber de alimentos de los familiares más cercanos.

estatal sigue concentrado en un modelo de cuidado de tipo familiarista y asistencial, desconoce todas las implicaciones del trabajo doméstico y del cuidado con carácter informal y no aborda una perspectiva de género frente al cuidado.

2.4.1. Razones generales para analizar la jurisprudencia: contexto normativo limitado frente a actitud judicial moderadamente progresista

En un contexto normativo tan limitado como el que se acaba de describir, existen tres razones por las cuales la jurisprudencia constitucional ha adquirido un valor trascendental. Por una parte, los mecanismos judiciales de protección de los derechos fundamentales (tutela o amparo) se han convertido en unas herramientas idóneas para que las personas que tienen necesidades especiales en razón de una situación de dependencia puedan reclamar la protección de sus derechos. En concreto, los ciudadanos han acudido a la jurisdicción para obtener las prestaciones del cuidado con base en la exigibilidad del derecho a la salud o de otros derechos conexos.

En segundo lugar, la jurisprudencia constitucional ha sido sensible a la situación de vulnerabilidad de los niños y niñas, las personas en situación de discapacidad y los adultos mayores. La Corte Constitucional ha considerado que se trata de *sujetos de especial protección constitucional* que requieren medidas de protección especial y ha ordenado la adopción de acciones afirmativas a favor de estos colectivos.

En tercer lugar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido muy importante en el ámbito laboral de los trabajadores y las trabajadoras que tienen a cargo a personas en situación de dependencia. Por una parte, la jurisprudencia ha desarrollado medidas legislativas como el denominado retén social. Esta figura se creó dentro del marco de los procesos de reestructuración del sector público con el fin de proteger contra el despido a algunos colectivos considerados especialmente vulnerables¹⁴⁹.

En concreto, el retén social protege a las madres cabeza de familia y a los padres cabeza de familia, a las personas con limitaciones físicas, mentales o auditivas y a los servidores que se encuentran próximos a cumplir con los requisitos para obtener la pensión de jubilación o vejez.

Aunque la protección a las madres cabeza de familia se estableció mediante el Decreto 190 de 2003, esta norma solo se refirió a la protección jurídica de las madres cabeza de familia. Sin embargo, jurisprudencialmente se extendió el alcance de ese Decreto a los padres cabeza de familia¹⁵⁰. El colectivo objeto de protección del Decreto 190 de 2003 se definió de la

¹⁴⁹ *Vid.* Ley 790 de 2002 (artículo 12).

¹⁵⁰ Los requisitos establecidos por la jurisprudencia para que un hombre pueda ser considerado como padre cabeza de familia son: “(i) Que los hijos propios menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que

siguiente manera: “las madres cabeza de familia sin alternativa económica son aquellas mujeres, con hijos menores de 18 años de edad, biológicos, o adoptivos” o “con hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas” y “aquellas cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada”¹⁵¹.

No obstante, además del hecho de tener a cargo la dirección económica del hogar, la Corte Constitucional ha desarrollado otras reglas jurisprudenciales para considerar que una mujer u hombre son madre o padre cabeza de familia y beneficiarios del retén social. En efecto, los requisitos establecidos por la jurisprudencia para que una mujer sea considerada madre cabeza de familia y beneficiaria del retén social son:

“(i) Que tenga a cargo, la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no solo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial o psíquica o mental, o como es obvio, la muerte; (v) por último que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”¹⁵².

Por otra parte, la Corte Constitucional ha desarrollado una jurisprudencia muy garantista en relación con la protección frente al despido de aquellas personas enfermas, en situación de minusvalía o discapacidad. En concreto, el tribunal ha implementado el mecanismo de la estabilidad laboral reforzada¹⁵³.

vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para el adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra trabajadores por inasistencia de tales compromisos; (ii) que no tenga alternativa económica, es decir que se trate de una persona que tiene el cuidado y manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mental o moralmente, sea de la tercera edad o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre; (iii) estos requisitos sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia (...). Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-389 de 2005.

¹⁵¹ *Vid.* Decreto 190 de 2003.

¹⁵² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-388 de 2005.

¹⁵³ Desde luego, no todas las decisiones de la Corte Constitucional pueden ser consideradas garantistas. Por ejemplo, el tribunal declaró la validez constitucional de algunas disposiciones de la Ley 798 de 2002 que habilitaban la flexibilidad laboral en el sector privado. Esta norma amplió la jornada ordinaria o diurna, modificó la remuneración de los dominicales y la compensación del descanso cuando no son habituales. Esta ley también permitió la terminación unilateral del contrato sin justa causa con reducción de indemnización y la modificación de la cuantía del contrato de aprendizaje. *Vid.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-038 de 2004. Sobre las implicaciones de las reformas laborales que introdujeron una mayor flexibilidad en el empleo: UMAÑA HERNÁNDEZ, CAMILO EDUARDO. “Empleo ¿factor de pobreza?”. *Revista Discurso Laboral*, Universidad Externado de Colombia, n° 8, febrero, 2007, pp. 2-4.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha protegido el derecho a la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores con problemas de salud que eran despedidos en razón de criterios sospechosos de discriminación sin que mediara la autorización de la oficina del trabajo. El concepto de estabilidad laboral reforzada para este colectivo se estableció en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. La jurisprudencia ha señalado que de esta norma se infiere una obligación positiva y otra negativa. De acuerdo con la primera, una limitación física o la situación de discapacidad no puede ser un motivo para no vincular a una persona al empleo. En razón de la segunda, existe una prohibición general de despido con base en una limitación física del trabajador, salvo que exista autorización de la oficina del trabajo. Esta garantía se ha construido sobre la base de los derechos constitucionales a la vida (artículo 11), la igualdad (artículo 13) y el debido proceso (artículo 29). También ha sido relevante la obligación estatal y empresarial de garantizar la formación y la habilitación profesional y técnica de las personas que lo requieran y el deber de propiciar la incorporación al empleo y la garantía de un empleo acorde con las necesidades especiales de los trabajadores con minusvalías¹⁵⁴.

La estabilidad laboral reforzada también protege a las mujeres en estado de embarazo quienes no pueden ser despedidas durante el tiempo de gestación o durante la licencia de maternidad. En relación con la licencia de maternidad, es importante señalar que la Corte Constitucional ha remarcado la importancia del reconocimiento y pago de la licencia a cargo de las entidades prestadoras de salud. Por esa razón, cuando la mujer no cumple con todos los requisitos establecidos en la ley, la Corte ha ordenado el pago proporcional de la licencia de maternidad o el pago total a cargo del sistema público de salud¹⁵⁵.

Por otra parte, la Corte Constitucional también ha señalado que la seguridad social es un derecho fundamental y un bien jurídico constitucionalmente tutelado. Por consiguiente, el tribunal ha entendido que la acción de tutela (amparo) es procedente como un mecanismo transitorio e idóneo para el reconocimiento del derecho a la pensión por invalidez y vejez. En estos casos, el tribunal ha enfatizado en la relación que existe entre el ingreso pensional mínimo y la dignidad del trabajador y de su familia, especialmente, cuando se trata de personas que se encuentran en situación de dependencia. En este sentido, el tribunal ha resaltado que la acción de tutela permite tomar medidas expeditas para la protección del derecho y evitar que se consume un perjuicio irremediable.

¹⁵⁴ La Corte Constitucional no solo ha establecido una protección contra la discriminación, sino que ha creado un fuero de enfermedad como una manera de extender el principio de solidaridad a cargo de los empleadores. Sin embargo, la Corte no ha establecido obligaciones en la misma proporción para los trabajadores. *Vid.* GODOY FAJARDO, CARLOS HERNÁN; VALDIVIESO RUEDA, DIEGO FELIPE y LONDOÑO HIDALGO, JULIO MAURICIO. “Hacia un entendimiento adecuado del fuero de salud”. *Actualidad Laboral y Seguridad Social*, Revistas Legis, n° 151, marzo-abril, 2009, p. 4.

¹⁵⁵ La jurisprudencia constitucional ha señalado la importancia del pago de la licencia de maternidad para garantizar el derecho al mínimo vital de la madre y del niño o niña recién nacido. Sobre este tema: BENÍTEZ PINEDO, JORGE MARIO. “El reconocimiento de la licencia de maternidad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. *Discurso Laboral*, Universidad Externado de Colombia, n° 15, abril, 2010, pp. 1-4.

En este ámbito pensional, la Corte Constitucional ha llamado la atención sobre las implicaciones constitucionales que tienen las dilaciones de la administración pública o privada para contestar los escritos de petición de información o proferir las resoluciones administrativas que reconocen los derechos pensionales. Del mismo modo, dentro del régimen de prima media, el tribunal ha señalado la necesidad de evitar la mora en el pago de las mesadas por parte de las entidades encargadas de reconocer derechos pensionales¹⁵⁶.

Como se verá a continuación, esta función vertebral de la Corte Constitucional en relación con la protección de las personas en situación de dependencia contrasta con el rol asumido por el tribunal respecto del cuidado informal que es desarrollado por los familiares de las personas en situación de dependencia. Desde luego, no se puede atribuir toda la responsabilidad a los jueces porque en un Estado democrático corresponde al órgano legislativo adoptar las medidas necesarias para la protección de las personas en situación de dependencia y de quienes se encargan del cuidado. Del mismo modo, el poder ejecutivo debe encargarse de la construcción de un sistema institucional para el cuidado.

De acuerdo con lo anterior, el déficit de protección de quienes realizan el trabajo del cuidado no remunerado no tiene como causa exclusiva las omisiones de la jurisprudencia constitucional sobre la materia. Por el contrario, en un escenario de omisiones legislativas y administrativas, la intervención de los jueces constitucionales ha permitido la identificación de los problemas estructurales y la condición de vulnerabilidad a la que se enfrentan las personas en situación de dependencia. El trabajo de identificación de las condiciones de vulnerabilidad ha permitido que, posteriormente, se produzca un debate público sobre algunos temas y que se adopten medidas legislativas o de implementación de políticas públicas. Se trata de un ejemplo de justicia dialógica o colaborativa en la que el tribunal identifica casos de déficit de protección y las autoridades legislativas o la administración proceden a adoptar las medidas necesarias para corregirlo.

2.4.2. Razones específicas para analizar la jurisprudencia: las omisiones legislativas en materia de trabajo del cuidado y la alta demanda de justicia sobre atención a los dependientes

En todo caso, para el desarrollo de esta investigación es necesario analizar la forma como la jurisprudencia ha abordado el tema del cuidado y, en concreto, la comprensión judicial del trabajo del cuidado informal desarrollado por familiares o personas del entorno cercano a las personas en situación de dependencia. Adicionalmente, concurren dos razones principales que señalan que esa exploración debe centrarse en la jurisprudencia constitucional.

¹⁵⁶ En el Auto 05 de 2013, la Corte Constitucional declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional causado por las dilaciones de la administración para resolver peticiones pensionales. En la sentencia T-774 de 2015, la Corte señaló que se había superado el estado de cosas inconstitucional porque la administración redujo el número de peticiones que tenían vencidos los términos de contestación de 287.238 casos (octubre de 2013) a 21.329 casos (noviembre de 2015).

Por una parte, la existencia de una omisión legislativa para la protección de los derechos de quienes realizan el trabajo del cuidado informal, especialmente, cuando se trata de los familiares de la persona dependiente. En segundo lugar, el número significativo de acciones de tutela (amparo) que anualmente son presentadas por personas cuidadoras que actúan como agentes oficiosos de personas en situación de dependencia¹⁵⁷.

En efecto, es recurrente que mediante acciones de tutela se soliciten diversas prestaciones como la atención médica especializada, los insumos, las prestaciones y servicios para la persona en situación de dependencia y su cuidado. Dentro de estas categorías, es habitual que se soliciten los servicios de enfermería permanente o parcial o los servicios de cuidador. También son frecuentes las peticiones de transporte o de compañía a las citas médicas de la persona en situación de dependencia. Cuando no se obtiene el amparo judicial, estos servicios son realizados principalmente por los familiares o por personas cuidadoras de quien está en situación de dependencia.

En este sentido, en Colombia la jurisdicción constitucional se ha convertido en un espacio judicial válido para que quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado de manera informal puedan demandar la protección de derechos fundamentales. Principalmente de los derechos fundamentales de las personas que tienen a su cargo o de sus propios derechos como cuidadores. En este último caso, se demanda la asignación de un cuidador permanente o parcial que los releve en su trabajo del cuidado informal para garantizar su derecho a la salud como cuidadores o el derecho al mínimo vital tanto de las personas en situación de dependencia como de los cuidadores.

Como se puede inferir de lo anterior, el análisis de los casos y de la jurisprudencia constitucional permitirán identificar la forma como los jueces comprenden el trabajo del cuidado en situaciones de dependencia. Además, ofrecerá una visión empírica sobre la manera como es abordado el cuidado en Colombia. Esta metodología permite que la riqueza de los hechos de cada caso, el razonamiento de los jueces de instancia y los argumentos de la Corte Constitucional constituyan un reflejo de la forma como es entendido el trabajo del cuidado informal en Colombia.

¹⁵⁷ La información disponible no permite conocer el número exacto de casos que llegan a la Corte Constitucional en los que solicita el servicio de cuidador permanente o parcial. No obstante, es posible conocer algunos datos generales sobre la carga de trabajo del tribunal. Por ejemplo, diariamente llegan a la Corte Constitucional aproximadamente 2.280 decisiones de tutela procedentes de todo el país. La Corte Constitucional solo escoge algunas de estas acciones para ser revisadas por el tribunal. De acuerdo con las estadísticas oficiales de la Corte Constitucional de Colombia, en el año 2015 se decidieron 415 acciones de tutela. Lo anterior quiere decir que la Corte solo selecciona y decide un pequeño porcentaje de acciones en las que se solicitan prestaciones o servicios excluidos del sistema público de salud, entre estas, el servicio de cuidador. Se puede inferir que el tribunal solo selecciona los casos límite o más graves. Las estadísticas oficiales de la Corte Constitucional se pueden consultar en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/estadisticas.php> (28.06.2017).

Por lo tanto, a continuación, se describirá la forma como la Corte Constitucional ha abordado estos casos, las implicaciones de la ausencia de un sistema institucional para el cuidado en Colombia y las condiciones en las que muchas familias deben prestarlo. Posteriormente, se describirán algunos de los criterios jurisprudenciales frente a dos pretensiones concretas: i) la solicitud del servicio de enfermería y ii) del servicio de cuidador permanente o parcial. En ese punto se indicará el tipo de órdenes que han sido adoptadas por el tribunal. Finalmente, se formularán algunas críticas a la forma como los jueces constitucionales han abordado el cuidado de las personas en situación de dependencia en Colombia.

2.4.3. El contexto social y laboral en el que ocurren los casos: la deslaboralización

Antes de realizar la exposición de la jurisprudencia constitucional, resultan pertinentes unas notas sobre la realidad social en la que se producen los casos que llegan a los tribunales. Solo de esta manera se puede comprender el papel de los jueces en la sociedad colombiana, el hecho de que adopten decisiones que, bajo una concepción ortodoxa, corresponden a otras autoridades públicas y los límites a su poder para transformar situaciones estructurales de discriminación o de desprotección de derechos.

De acuerdo con lo anterior, en primer lugar, es necesario resaltar que la Corte Constitucional se ha enfrentado a casos con un alto grado de complejidad. Esto se debe, principalmente, al contexto laboral colombiano en el que el mercado de trabajo se ha deslaborizado en virtud de que no existe un aparato productivo sólido¹⁵⁸.

En efecto, en los últimos años, el país se ha enfrentado a un proceso de deslaborización porque han aumentado las formas de contratación atípicas mediante cooperativas de trabajo asociado, subcontratación y trabajo por cuenta propia. Incluso en el sector público es habitual que muchos de sus funcionarios sean vinculados a través de contratos de prestación de servicios de naturaleza civil. La deslaborización y la mutación de las relaciones laborales no estándar tienen implicaciones de gran calado en materia de protección de los derechos sociales, asociación sindical y en la estabilidad en el empleo y en la remuneración. Una manifestación de este proceso es que los trabajadores tienen que asumir los costos de su protección social en materia de salud, seguridad social en pensiones y riesgos laborales. Por esta razón, el mercado laboral es principalmente no estándar y con empleos precarios, poco estables o flexibles.

Además, se trata de un contexto laboral en el que más de la mitad de la población laboralmente activa trabaja dentro de la economía informal y mayoritariamente en actividades

¹⁵⁸ “De acuerdo con el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá (CCB), la ciudad cuenta con el mayor porcentaje de empresas del país (21%) y una estructura productiva conformada por cerca de 250 mil empresas. Del total de estas empresas registradas en la ciudad para el 2009, el 86.2% eran microempresas (213.656)”. PINEDA DUQUE, JAVIER. “Emprendimiento y género: el caso de la industria de la belleza en Bogotá”. *Sociedad y economía*, n° 26, 2014, pp. 249-250.

de subsistencia¹⁵⁹. Por ejemplo, la ENS ha señalado que “en materia de contratación, se encontró que el 46.6% de la población ocupada del país no tenía un contrato de trabajo (...)”¹⁶⁰.

Este diagnóstico no es compartido por un sector minoritario de la doctrina que sostiene que la calidad del empleo en Colombia durante el periodo 2002-2011 ha mejorado porque se ha presentado un incremento del trabajo asalariado que ha beneficiado especialmente a las mujeres y que ha aumentado el número de personas con cobertura en seguridad social. Según esta visión, se ha presentado:

“(...) una leve pero generalizada mejora de las condiciones de trabajo en Colombia. La rápida propagación de las formas no estándar de trabajo registrada en los últimos años no parece, entonces, haber ocasionado los nefastos efectos temidos *a priori* sobre la calidad del empleo. Además, el temor de que pudieron haber sido las mujeres las más afectadas por esta flexibilidad laboral no resultó ser justificado. Al contrario, las mujeres, en especial las que trabajan de forma independiente, registraron mejoras del respectivo índice de calidad del empleo superiores al promedio”¹⁶¹.

Sin embargo, los mismos estudios que señalan esa visión optimista del mercado del trabajo en Colombia también hacen referencia a otros factores que permitirían arribar a una conclusión más crítica. Por ejemplo, concluyen que la mayor oferta de empleo durante el periodo 2002-2011 no ha provocado una disminución sustancial en la informalidad. Del mismo modo, advierten que “hubo una propagación generalizada de empleos atípicos” y que “el diálogo social se deterioró y no hubo avances en la conciliación entre la vida familiar y trabajo”¹⁶².

Para contextualizar el análisis jurisprudencial, además de los factores propios del mercado laboral es importante tener en cuenta aspectos de orden social, cultural y económico. Entre estos últimos, el alto grado de ruralidad¹⁶³, la existencia de una tasa creciente de

¹⁵⁹ De acuerdo con la Gran Encuesta Integrada de Hogares (en adelante GEIH) del DANE, la proporción de ocupados informales en las trece ciudades y áreas metropolitanas durante el trimestre móvil (noviembre de 2015 a enero de 2016) fue de 47.1%. Además, un alto porcentaje de la población (43.1%) ocupada en el sector informal se concentró en comercio, hoteles y restaurantes. El porcentaje de trabajadores por cuenta propia de la población ocupada informal corresponde al 60.6%. Información disponible en: [\[http://www.dane.gov.co/index.php/mercado-laboral/informalidad-y-seguridad-social\]](http://www.dane.gov.co/index.php/mercado-laboral/informalidad-y-seguridad-social) (07.04.2017).

¹⁶⁰ AA.VV. *Cuatro años de incumplimiento del Plan de Acción Obama-Santos*. op., cit., p. 18.

¹⁶¹ FARNÉ, STEFANO y VERGARA, CARLOS ANDRÉS. “Crecimiento económico, flexibilización laboral y calidad del empleo”. op. cit., pp. 284-285.

¹⁶² FARNÉ, STEFANO y VERGARA, CARLOS ANDRÉS. “Crecimiento económico, flexibilización laboral y calidad del empleo”. op. cit., pp. y 288-289.

¹⁶³ Las mujeres consideradas *económicamente inactivas* que desarrollan trabajo doméstico y del cuidado en el ámbito rural representan el 67.15% del total de mujeres que viven en zonas rurales. Cfr. HINCAPIÉ, ALDANA ALEJANDRA y PARRA GARCÍA, IRENE. “El trabajo de las inactivas. Estructura del trabajo no remunerado de

desplazamiento forzado, la consolidación de identidades de género y las profundas desigualdades económicas y de clase. Del mismo modo, como se mostró en el primer capítulo de esta investigación, se deben valorar las estructuras familiares y la forma como se concibe la división sexual del trabajo en Colombia.

En ese sentido, un aspecto que vale la pena destacar es la influencia del desvalor social y económico del trabajo doméstico y del cuidado con carácter informal que es realizado por las niñas en el contexto rural o en sectores urbanos marginales. En efecto, en estos dos ámbitos la participación de las niñas en el cuidado de sus familiares ocurre desde cuando ellas son muy pequeñas (i.e. cinco años). También es habitual que tengan a su cargo la realización de las labores domésticas del cuidado y mantenimiento del hogar¹⁶⁴.

Por ejemplo, una práctica común en Colombia consistía en que las familias con altos ingresos económicos ofrecían llevarse a las niñas campesinas a sus casas de la ciudad para que ellas trabajaran en el servicio doméstico. A cambio, las familias se comprometían a garantizar su alimentación, vestuario, alojamiento y educación. Las familias campesinas aceptaban este tipo de arreglos porque consideraban que era un medio para que sus hijas tuvieran un mejor futuro del que podrían tener en el campo. Por supuesto, en la práctica, estas niñas eran sometidas a servidumbre, trabajos forzosos y eran víctimas de abuso, explotación laboral y sexual¹⁶⁵.

Como se puede inferir, esta situación potencia el riesgo de situaciones de abuso y genera un efecto de naturalización de la labor doméstica. Este último se refleja en los bajos salarios y en las condiciones de explotación en que se realiza este trabajo cuando el lugar de trabajo se encuentra por fuera del contexto familiar o en las áreas rurales.

De lo anterior se puede deducir que en Colombia existen unas condiciones que convierten el cuidado de otros en una responsabilidad muy difícil de asumir porque se compromete el tiempo, el dinero, la salud, el bienestar y la propia integridad de quien cuida. Adicionalmente, la existencia de altas tasas de informalidad tiene implicaciones directas en las prestaciones sociales presentes y futuras que son destinadas a cubrir estos riesgos (e.g. pensiones por

mujeres urbanas y rurales clasificadas como económicamente inactivas”. En: AA.VV. *Investigas. Siete estudios realizados a partir de la Encuesta Nacional de Uso del Tiempo. Colombia 2012-2013*. DANE, Bogotá, 2015, p. 48.

¹⁶⁴ MALAGÓN, ALFREDO; TRIANA, ALBA y ÁVILA, LILIANA. “Patrones de crianza y cuidado de niños y niñas en Boyacá”. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*. vol., 8, n° 2, julio-diciembre, 2010, p. 942.

¹⁶⁵ La Corte Constitucional resolvió el caso de una mujer que fue llevada desde que era una niña a trabajar en una de las denominadas casas de familia. Durante el tiempo que estuvo allí, la niña fue víctima de múltiples vejámenes. La Corte Constitucional protegió los derechos fundamentales a la identidad, a la familia, a la justicia, a la verdad, a la reparación, a la libertad, a la integridad sexual y a la dignidad humana. Además, la Corte señaló: “(...) por factores culturales, el trabajo forzado y la servidumbre doméstica de menores de 18 años, en particular de mujeres, siguen sin ser reconocidas como modalidades de trata de personas y como formas de discriminación y violencia por razones de género. La Sala observa con sorpresa que incluso muchas autoridades, como lo evidencia el concepto técnico aportado por el Ministerio del Interior, continúan con esa visión precaria del problema”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1078 de 2012.

invalidez o vejez) porque dentro del mercado laboral colombiano no es común que una persona tenga acceso a este tipo de beneficios¹⁶⁶. Así, por ejemplo, medidas como la denominada pensión anticipada de vejez por hijo discapacitado también son aplicables en casos excepcionales en los que ha existido una vinculación formal y permanente con el mercado del trabajo¹⁶⁷.

A todo lo mencionado previamente, se agrega la inexistencia de una política pública que impulse la conciliación y la corresponsabilidad y la inexistencia de un sistema institucional para el cuidado que ofrezca medidas integrales de carácter universal que vayan más allá de las medidas asistenciales de protección social¹⁶⁸.

La conjunción de todos estos factores contextuales propios de la realidad laboral en Colombia ha puesto en serios aprietos a los jueces constitucionales y les ha llevado a hacer un ejercicio de creatividad jurisprudencial para resolver casos concretos mediante órdenes que establecen opciones alternativas para garantizar el cuidado de las personas en situación de dependencia. Desde luego, no siempre se adoptan las órdenes más adecuadas desde una perspectiva crítica y de género, pero es importante reconocer que la judicatura busca resolver el caso concreto desde las herramientas normativas e institucionales de las que dispone.

2.4.4. Intervención judicial creativa y moderada para proteger el derecho al cuidado y a los cuidadores

Dos ejemplos de una intervención judicial creativa son, por una parte, la utilización del teletrabajo como mecanismo de conciliación para el cuidado de las personas en situación de dependencia. En segundo lugar, la adecuación de los horarios de trabajo de la persona cuidadora para hacerlos compatibles con las citas médicas del familiar en situación de

¹⁶⁶ De acuerdo con la Encuesta Longitudinal de Protección Social realizada por el DANE (2012) de las “personas de 15 años o más que respondieron estar ocupadas la semana anterior a la encuesta, el 61.5% respondieron no ser cotizantes al sistema de pensiones”. Cfr. FARNÉ, STEFANO y VERGARA, CARLOS ANDRÉS. “Crecimiento económico, flexibilización laboral y calidad del empleo”. op. cit., p. 285.

¹⁶⁷ Ley 797 de 2003. (Artículo 9, parágrafo 4). “La madre trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que se haya cotizado al sistema de cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo”. Mediante la Sentencia C-989 de 2006, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la expresión ‘madre’ en “el entendido, que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él”.

¹⁶⁸ Colombia no ha ratificado el Convenio 156 de la OIT sobre trabajadoras y trabajadores con responsabilidades familiares. Sobre la situación de la conciliación en Colombia: FARNÉ, STEFANO y VERGARA, CARLOS ANDRÉS. “Crecimiento económico, flexibilización laboral y calidad del empleo”. op. cit., pp. 283-284.

dependencia de manera que no interfiera o ponga en riesgo el empleo remunerado del cuidador o cuidadora.

En materia de conciliación, por ejemplo, la Corte Constitucional resolvió el caso de una funcionaria pública de la rama judicial y madre soltera de un niño de cuatro años. El niño se encontraba gravemente enfermo (infarto cerebral), estaba hospitalizado y requería la compañía permanente de un familiar. En este caso, la madre-cuidadora señaló que el régimen profesional al que ella pertenecía solo le concedía tres días mensuales de permiso remunerado y, una vez superado ese término, solo era posible solicitar licencias sin remuneración. La señora manifestó que dejar de percibir la remuneración producto de su trabajo le impedía cubrir los gastos económicos derivados de la enfermedad de su hijo.

La Corte Constitucional señaló que la norma que limitaba los permisos remunerados en la rama judicial tenía un fin legítimo que era proteger el dinero público. Sin embargo, en el caso concreto, el tribunal declaró que esa norma afectaba los derechos fundamentales del niño enfermo. Por consiguiente, la Corte concluyó que el juez del juzgado en el que trabaja la accionante cumplía el rol de empleador y estaba facultado para: “adoptar medidas alternas para contrarrestar los efectos nocivos que podría generar la inasistencia de la empleada a su lugar de trabajo, como permitirle trabajar en su casa, mientras cuida de su hijo”¹⁶⁹.

En materia de adecuación de los horarios de trabajo y del cuidado, por ejemplo, la Corte Constitucional resolvió el caso de una mujer que fungía como cuidadora y responsable de su padre en situación de dependencia. La señora no podía acompañar a su padre a las diálisis que este debía realizarse tres veces a la semana porque el centro de atención quedaba en un municipio diferente al lugar de residencia de su padre. Por una parte, la cuidadora no contaba con recursos económicos suficientes para sufragar los gastos del transporte y, por otra parte, había recibido constantes llamados de atención de su empleador por sus frecuentes ausencias y retardos en el lugar de trabajo.

La Corte ordenó a la empresa prestadora de salud que garantizara el transporte del padre de la mujer cuidadora y que concertara con ella los días y las horas para realizar el procedimiento médico de su padre. De no llegar a un acuerdo, la Corte señaló que la empresa prestadora del servicio de salud debía garantizar que un tercero acompañara a la persona en situación de dependencia a las citas médicas¹⁷⁰.

Además de los dos anteriores, otro factor que aparece con claridad en los casos revisados por la jurisprudencia constitucional es la pérdida de la autonomía económica de quien se dedica de manera permanente o exclusiva al cuidado. Este factor presenta una alta repercusión desde una perspectiva de género y también tiene un impacto negativo para las familias en su conjunto. En efecto, se ha comprobado que las mujeres que cuidan también

¹⁶⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-113 de 2015.

¹⁷⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-568 de 2014.

se convierten en sujetos dependientes de otros y, en concreto, de sus parejas porque estos últimos son quienes deben proveer el sostenimiento de más personas dentro del hogar. Esta dependencia puede propiciar fenómenos de violencia contra la mujer que no son denunciados debido a la falta de autonomía económica de las mujeres cuidadoras.

Esta situación ha sido reconocida por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (en adelante CONPES). El documento CONPES 161 de 2013 sobre política pública nacional de equidad de género para las mujeres se refirió a la relación entre la participación de las mujeres en el mercado del trabajo y la incidencia de los factores sociales y culturales que influyen en los roles de género. También enfatizó en el vínculo entre la violencia intrafamiliar y el trabajo doméstico y del cuidado:

“El aumento de la participación laboral de las mujeres se ha presentado debido a cambios demográficos, tales como el incremento del nivel educativo, la posibilidad de tomar decisiones en relación con la fertilidad y su rol dentro del hogar. No obstante, pese a los avances aún persisten brechas importantes entre hombres y mujeres en relación con el trabajo remunerado y no remunerado (...). Esta división del trabajo caracterizada por una adjudicación de las labores domésticas y de cuidado del hogar a las mujeres ha creado una barrera de entrada de la población femenina al mercado del trabajo, limitando su capacidad de competir en condiciones igualitarias a las de los hombres además de un bajo reconocimiento social a ese trabajo altamente invisibilizado. (...) Las restricciones para participar en el mercado del trabajo y por lo tanto de devengar ingreso monetario, limita las posibilidades de independencia de las mujeres para tomar decisiones e incluso la posibilidad de alejarse de escenarios de maltrato y discriminación”¹⁷¹.

Los hechos de los casos de tutela que han sido revisados por la Corte Constitucional también dan cuenta de esta situación. Por ejemplo, en uno de estos se señaló que la madre se dedicaba todo el tiempo al cuidado del hijo y todo el núcleo familiar dependía del salario del padre del niño¹⁷². En otro caso, se probó que un hombre que fungía como cuidador de su padre tuvo que abandonar su trabajo como abogado litigante para dedicarse exclusivamente a las labores del cuidado. Esto sucedió cuando su madre, quien cuidó del padre durante mucho tiempo, también se enfermó. El accionante llegó a esta situación extrema porque carecía de otro familiar que pudiera hacerse cargo del cuidado de su padre¹⁷³. En un tercer caso, la madre cuidadora manifestó que tenía una hija con Síndrome de Down y carecía de los recursos suficientes para llevar a su hija a las terapias médicas. La señora no tenía un oficio estable y su esposo vendía pasteles en la calle. Por esa razón, el núcleo familiar no disponía de un ingreso económico fijo¹⁷⁴.

¹⁷¹ Departamento Nacional de Planeación. “Equidad de género para las mujeres”. *Documento COMPEPES, 161 de 2013 sobre política pública nacional de equidad de género para las mujeres*. Colombia, 2013, p. 15.

¹⁷² *Vid.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-212 de 2011.

¹⁷³ *Vid.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-023 de 2013.

¹⁷⁴ *Vid.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-955 de 2014.

Como se puede inferir, algunos de los casos tienen un nivel de gravedad dramático. Por ejemplo, en una de las decisiones judiciales más recientes, la Corte Constitucional acumuló y resolvió simultáneamente dos casos. En el primero se probó que la peticionaria era la cuidadora de su propio hijo en situación de dependencia y que se trataba de una mujer cabeza de familia que debía hacer frente a todas sus necesidades. En ese caso, la petición consistía en la atención médica domiciliaria.

En el segundo caso se acreditó que la accionante también era una madre cuidadora sin recursos económicos para asumir el costo de los pañales desechables y la crema antiescaras que necesitaba su hijo. El niño –además– requería cuidado permanente por lo cual la madre no podía ejercer ninguna actividad que le permitiera obtener algún ingreso. La peticionaria afirmó que no cotizaba al sistema de seguridad social desde el año 1997 y probó que no percibía ninguna pensión para subsistir¹⁷⁵.

En casos como los comentados previamente, las dos pretensiones concretas más frecuentes son el servicio de enfermería y el servicio de cuidador permanente o parcial. El problema jurídico que se plantea la Corte Constitucional en estos supuestos es ¿quién tiene la obligación jurídica de garantizar el cuidado de las personas en situación de dependencia? Como se verá a continuación, la respuesta del tribunal se ha construido a partir de dos aristas con un componente cíclico: el contenido del derecho a la salud y el principio de solidaridad familiar.

2.4.5. ¿El cuidado como contenido protegido por el derecho a la salud o como expresión de la solidaridad familiar? La invisibilidad de quien hace el trabajo del cuidado informal

En relación con la arista del contenido del derecho a la salud, la respuesta de la Corte Constitucional a la pregunta formulada previamente dependerá del tipo de atención que requiera la persona en situación de dependencia. De esta manera, si el médico tratante considera que se requiere de atención extrahospitalaria con el fin de tratar un problema de salud de la persona en situación de dependencia, el servicio está a cargo del sistema de salud con independencia de que se trate del régimen contributivo o no contributivo¹⁷⁶. Por el contrario, si la atención que se requiere no está destinada a tratar un problema de salud (e.g.

¹⁷⁵ *Vid.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-210 de 2015.

¹⁷⁶ Las prestaciones cubiertas por el sistema de salud son el servicio de enfermería o atención domiciliaria, el entrenamiento funcional en autocuidado para el desarrollo de actividades básicas de la vida cotidiana y la atención por visita domiciliaria de los siguientes servicios: medicina general, medicina especializada, odontología general, enfermería, nutrición y dietética, psicología, trabajo social, foniatría y fonoaudiología, fisioterapia, terapia respiratoria, terapia ocupacional y promotor de la salud. Estas coberturas están contempladas en la lista de procedimientos en salud del Plan de Beneficios con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC). *Vid.* Ministerio de Salud. Resolución 4678 de 2015.

ayuda para el desarrollo de actividades básicas de la vida cotidiana) se entiende que el servicio o la prestación para la persona en situación de dependencia debe ser garantizada por su familia. Las diferencias entre el cuidado de corte médico, asistencial o paliativo son establecidas por las propias empresas que se encargan de prestar los servicios de salud.

Lo anterior significa que las Empresas Prestadoras de Salud y los jueces identifican si la persona en situación de dependencia requiere de un servicio médico asistencial o de un servicio de cuidado asistencial. En el primer caso, la responsabilidad del cuidado recaerá en el Estado y en el sistema de salud de manera que será prestado a través del servicio de enfermería o atención domiciliaria. En el segundo caso, la obligación corresponderá a la familia.

Paradójicamente, la diferencia entre estos dos tipos de servicios se hizo más evidente cuando se unificó el POS en el año 2013¹⁷⁷. En efecto, la unificación del POS tuvo una doble incidencia en la atención de las personas en situación de dependencia. Por una parte, el servicio de enfermería que antes solo era garantizado a las personas que hacían parte del sistema contributivo de salud se extendió a las personas del régimen subsidiado. Por otra parte, la unificación del POS demostró la segmentación del trabajo del cuidado de las personas en situación de dependencia. En efecto, a partir de ese momento, tanto las Empresas Prestadoras de Salud como la Corte Constitucional empezaron a establecer más diferencias entre el servicio de enfermería y el servicio de cuidador no profesional o familiar con el fin de determinar si la responsabilidad de la prestación recaía sobre el sistema de salud o la familia. A esos efectos, se empezó a aludir a los distintos grados de complejidad de la atención que requería la persona en situación de dependencia y a la finalidad de la prestación.

Como ya se enunció, la titularidad de la obligación jurídica de garantizar el cuidado de las personas en situación de dependencia también se define con base en la arista del principio de solidaridad que opera en las esferas familiar y estatal. Como también se ha señalado, el Estado garantiza los servicios, prestaciones e insumos que hacen parte del POS pero todo aquello que no esté cubierto en el POS es responsabilidad de la familia.

La intervención de la Corte Constitucional ha generado que las dos aristas mencionadas adquieran un componente cíclico. Esto significa que si la persona en situación de dependencia requiere de atención paliativa o asistencial no médica u otro servicio o insumo no cubierto por el POS -pero su familia no tiene la capacidad económica o material para garantizarlo sin que eso afecte de manera desproporcionada sus derechos fundamentales- la Corte Constitucional ha establecido que el principio de solidaridad familiar no es absoluto y

¹⁷⁷ El Plan Obligatorio de Salud (POS) es el eje del sistema general de seguridad social en el que se articulan los servicios, procedimientos, tratamientos y medicamentos básicos que son garantizados a todas las personas, con independencia de que se encuentren en un régimen contributivo o en uno subsidiado. A través del POS se canalizan las prestaciones económicas transitorias por enfermedad, accidentes y maternidad. El POS se unificó progresivamente desde el mes de julio de 2012 y el Gobierno se comprometió a tener el proceso de unificación terminado en el año 2013. *Vid.* Ministerio de Salud y Protección Social. Acuerdo 032 de 2012.

que en estos casos corresponde al Estado la obligación de garantizar el servicio, la prestación o el insumo mediante las instituciones del sistema de salud. Esta orden incluye el servicio de cuidador permanente o parcial. La actual reforma al sistema de salud que eliminó el POS no ha modificado esta premisa básica frente a los dos tipos de servicio y la responsabilidad de la prestación.

En este punto, es necesario mencionar las precisiones judiciales en relación con el servicio de atención domiciliaria y la figura del cuidador. La atención domiciliaria está regulada en el artículo 8 de la Resolución 5521 de 2013 que la define como una “modalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria, que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales técnicos o auxiliares del área de la salud con participación de la familia”¹⁷⁸.

Por su parte, la Sentencia T-096 de 2016 definió al cuidador de personas en situación de dependencia como: “(...) aquel que realiza una actividad social, de ayuda, acompañamiento a quienes se hallan en una situación de dependencia”¹⁷⁹. Desde la Sentencia T- 154 de 2014 se habían establecido las características del cuidador:

“i) Por los general son sujetos no profesionales en el área de la salud; ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia; iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria de la persona dependiente y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan el desenvolvimiento cotidiano del afectado, y por último, (iv) brindar con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan”¹⁸⁰.

La diferencia entre los dos tipos de trabajo (servicio de atención domiciliaria y cuidador) está determinado por la prestación y por la idea de salud vinculada con la atención y cuidado médico. Por consiguiente, se ha entendido que -solo en el primer caso- la garantía de la atención domiciliaria compromete el derecho a la salud de la persona que demanda la prestación en el segundo caso no. Por consiguiente, le corresponde a la familia la obligación principal de proveer el cuidado a través de la disposición de recursos económicos para contratar a un tercero o bien a través de la prestación personal del trabajo doméstico y del cuidado informal. En este caso, no se reconoce la actividad como un trabajo ni es definida como tal.

La determinación de la responsabilidad dependerá de las peticiones concretas que haga la persona en situación de dependencia. En este orden, la jurisprudencia constitucional ha

¹⁷⁸ *Vid.* Resolución 5521 de 2013. “Por medio de la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”.

¹⁷⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-096 de 2016.

¹⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-154 de 2014.

considerado que, si se está frente a la demanda de cuidador, la obligación permanece en la familia y en los seres queridos cuando se dan estas tres situaciones concretas:

“i) Que se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas; ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado y, iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y la aptitud del cuidado”¹⁸¹.

En consecuencia, cuando una persona solicita el servicio de cuidador permanente o parcial, el tribunal puede emitir órdenes directas (positivas o negativas) u órdenes híbridas o de armonización. Las órdenes directas positivas implican que, con independencia del servicio que requieran las personas en situación de dependencia, la Corte impone la prestación del mismo con cargo al sistema público de salud¹⁸². Las órdenes directas negativas se profieren cuando el tribunal declara que el servicio de cuidador debe ser asumido por los familiares de la persona en situación de dependencia¹⁸³.

Las órdenes híbridas o de armonización pueden ser de prestación de servicios de atención domiciliaria a tiempo parcial, por horas o de capacitación y coordinación. En estas últimas, la Corte Constitucional ha ordenado que el servicio del cuidado sea prestado de manera coordinada entre la familia (principal responsable) y la empresa prestadora de salud. Esta última se limita a asumir la labor de formación de un cuidador designado por la familia.

La tendencia más reciente del tribunal es adoptar las órdenes híbridas o de armonización. Incluso, la Corte utiliza este esquema para resolver los casos en los cuales, además del servicio de asistencia para el cuidado, se solicitan varios insumos y servicios (i.e. transporte domiciliario). En efecto, la Corte ha ordenado que se garanticen todas las prestaciones, incluso algunas muy costosas, con el fin de facilitar el cuidado a los familiares de la persona en situación de dependencia.

¹⁸¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-154 de 2014.

¹⁸² *Vid.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-091 de 2011, T-023 de 2013, T-610 de 2013, T-210 de 2015 y T-096 de 2016.

¹⁸³ *Vid.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-212 de 2011 y T-955 de 2014.

2.4.6. Algunas objeciones en torno a la jurisprudencia sobre trabajo doméstico y del cuidado: solidaridad familiar, unidimensionalidad del cuidado, invisibilidad del cuidador y ausencia de un enfoque de género interseccional

Una vez que se ha descrito de manera sistemática la forma como la Corte Constitucional resuelve los casos relacionados con el trabajo doméstico y del cuidado, se procederá a formular algunas críticas a la respuesta judicial al cuidado de las personas en situación de dependencia en Colombia. Con ese objetivo, se hará referencia a cuatro críticas principales: i) el reforzamiento del principio de solidaridad familiar, ii) la lectura unidimensional del cuidado, iii) el enfoque jurisprudencial frente a la segmentación del trabajo del cuidado y iv) la ausencia de un enfoque de género.

La primera crítica apunta a que la jurisprudencia ha contribuido a reforzar el principio de solidaridad familiar como soporte principal del cuidado de las personas en situación de dependencia. Como se señaló previamente, en general la Corte Constitucional ha destacado la importancia del principio de solidaridad para abordar la protección de los colectivos más vulnerables. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional también ha hecho hincapié en que la obligación especial del cuidado recae sobre los familiares más cercanos. Esta es una situación semejante a la que ocurría antes de la Constitución de 1991 cuando la fuente exclusiva de las obligaciones del cuidado estaba en las normas del derecho civil¹⁸⁴.

Lo anterior es un reflejo de la inexistencia de un verdadero Estado social de derecho en Colombia. Ante esa deficiencia, la solidaridad familiar se erigió en la piedra angular de las obligaciones con las personas más vulnerables de la sociedad. Del mismo modo, la obligación del cuidado desde el principio de solidaridad familiar se ha justificado con argumentos de tipo jurídico, ideológico y económico que han sido recogidos por la jurisprudencia constitucional.

El único aspecto destacable es que la propia Corte Constitucional ha establecido un límite a la solidaridad familiar. Este límite opera cuando el tribunal considera que existe una afectación desproporcionada de los derechos fundamentales de quien se encarga del cuidado. Esto sucede, principalmente, cuando se produce una afectación al mínimo vital o una lesión grave a la salud del cuidador familiar. Sin embargo, en ninguno de los casos la Corte ha aplicado un test de proporcionalidad diferenciado para determinar si se encuentra frente a un supuesto que amerita la exclusión de la responsabilidad del cuidado por parte de un familiar. Por el contrario, el tribunal siempre exige un estándar de afectación de los derechos del cuidador de gran intensidad.

La segunda crítica apunta al enfoque unidimensional del cuidado. Esto significa que el eje argumentativo de la protección judicial se centra en la persona en situación de dependencia

¹⁸⁴ *Vid.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-154 de 2014. En esta decisión judicial se hace referencia a las sentencias: T-801 de 1998 y T-1079 de 2001.

mientras que la situación del cuidador o la manifestación de la imposibilidad de continuar con el cuidado ocupa un lugar secundario, marginal o invisible. En este orden de ideas, el centro del análisis jurisprudencial son los derechos subjetivos de las personas dependientes y los posibles daños directos o colaterales que genera para el dependiente la situación particular del cuidador. Por el contrario, la Corte Constitucional ha dejado de lado un análisis bidimensional o pluridimensional del cuidado en el cual se tenga en cuenta al cuidador como sujeto de derechos.

En toda la jurisprudencia constitucional solo existen dos sentencias que se pueden considerar paradigmáticas porque constituyen una excepción a esta crítica. La primera, se trata de un caso muy interesante en el que el médico tratante de un hombre en situación de dependencia diagnosticó en la cuidadora el *síndrome del cuidador fatigado*. Esta declaración del médico del dependiente respecto de la salud de la cuidadora condujo a que la Corte Constitucional concentrara una parte de su argumentación a la situación de la cuidadora y a las consecuencias que tenía el desarrollo de este tipo de trabajo¹⁸⁵.

En el caso concreto, la Corte Constitucional introdujo un grado de bilateralidad porque el tribunal hizo un análisis valorativo extenso sobre las condiciones económicas y de salud de la mujer cuidadora y de las implicaciones que para ella tenía el trabajo del cuidado. En la misma sentencia, el tribunal tuvo en cuenta que la señora que padecía el síndrome de cuidador fatigado tenía a cargo el cuidado de su esposo de 78 años y de su hija de 28 años. El primero, estaba enfermo de párkinson, arritmia cardiaca, úlcera sangrante, estenosis aórtica y delirio superpuesto a un cuadro de demencia delirium hiperactivo. La segunda, tenía parálisis celebrar y hemiplejía izquierda con dificultad para la marcha y el lenguaje que le había generado una discapacidad del 80.75%¹⁸⁶.

La segunda decisión es más reciente y también introdujo una lectura bidimensional del cuidado. Este caso es interesante porque la Corte Constitucional tuvo en cuenta el concepto de un médico privado que diagnosticó que una persona dedicada al trabajo doméstico y del cuidado de manera informal padecía de fatiga del cuidador, depresión secundaria y riesgo emocional (en este caso era la hija de la persona en situación de dependencia). Frente a esta situación, la Corte ordenó que la E.P.S de la persona en situación de dependencia asumiera los costos de un cuidador domiciliario porque existía una afectación de los derechos tanto de la madre como de la hija-cuidadora informal. Este caso es interesante porque la Corte ordenó a la entidad garantizar el servicio de cuidador en turnos de 12 horas. El tribunal estimó que ese era un tiempo razonable para que la hija-cuidadora pudiera trabajar una jornada de trabajo y regresar al hogar para hacerse cargo de su madre¹⁸⁷.

¹⁸⁵ *Vid.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-925 de 2011.

¹⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 925 de 2011.

¹⁸⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 096 de 2016.

Salvo estas excepciones, las demás sentencias de la Corte Constitucional sobre la materia adoptaron un enfoque unidimensional que desconoce el derecho al autocuidado de la persona que desarrolla el trabajo doméstico y del cuidado e invisibiliza diversas condiciones fácticas en las que se desarrolla esta actividad. Por consiguiente, es fundamental que, en contra de lo que ha ocurrido hasta ahora, el análisis de las condiciones particulares de la persona cuidadora adquiera mayor relevancia en las próximas decisiones judiciales. En este sentido, el tribunal no solo debe preguntarse ¿quién tiene la responsabilidad de cuidado? sino que debe responder a las preguntas ¿quién cuida a quienes cuidan? y ¿qué ocurre si decido no cuidar de manera permanente?

La tercera crítica a la jurisprudencia constitucional está relacionada con las implicaciones de la segmentación del trabajo del cuidado en los siguientes elementos: servicio de enfermería y servicio de cuidador permanente o parcial. En concreto, la segmentación de las labores del cuidado ha ayudado a consolidar dos situaciones contradictorias. Por una parte, al identificar las dos modalidades del cuidado se despejaron con claridad todas las labores que son asumidas por las familias. Por otra parte -en un sentido negativo- se consolidó un modelo de cuidado familiarista asistencial en el que se naturalizan y se simplifican las labores que se desarrollan en el marco del trabajo doméstico no remunerado.

La simplificación de las labores del cuidado ha sido el fundamento para que el tribunal niegue las prestaciones del servicio de enfermería domiciliaria y asigne esa labor a los familiares o a los trabajadores del servicio del hogar familiar que trabajan en la casa de las personas en situación de dependencia. El tribunal ha procedido de esa manera a pesar de que estos últimos no están contratados específicamente para el cuidado o de que ya tienen la responsabilidad de cuidar a un dependiente. En uno de los casos estudiados, la Corte Constitucional asumió que la persona que fue contratada para realizar el trabajo del servicio doméstico podía encargarse de una segunda persona en situación de dependencia dentro del mismo hogar familiar¹⁸⁸.

Este tipo de órdenes insólitas parten de la idea según la cual la persona cuidadora solo debe realizar actividades como la preparación de los alimentos y la asistencia en las labores diarias (e.g. el baño diario, el cambio de pañales, el cambio de posición, el lavado de la ropa, el acompañamiento a las citas médicas y el suministro de los medicamentos). Estas prestaciones son descritas por las empresas y los jueces como actividades que no requieren de gran cualificación y que hacen parte de las actividades básicas de la vida diaria. Por esta razón, concluye el tribunal, el sistema de salud no debe asumir dicha obligación¹⁸⁹.

La simplificación de las actividades del cuidado es uno de los elementos centrales de quienes sostienen que no es necesario que se dispongan recursos públicos para proveer el servicio del cuidado. Se trata de un anquilosamiento en la idea de que la dependencia es un riesgo

¹⁸⁸ *Vid.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-154 de 2014.

¹⁸⁹ *Vid.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-154 de 2014.

individual o familiar y no un riesgo social. Además, demuestra la naturalización con la que es visto un conjunto de tareas que ha sido realizado históricamente por las mujeres.

Por último, la cuarta crítica a la jurisprudencia constitucional apunta a la ausencia de un enfoque de género en el estudio de los problemas jurídicos. En efecto, la Corte Constitucional no aplicó la perspectiva de género en ninguno de los casos estudiados en los que se solicitó el servicio de enfermería o el servicio de cuidador permanente o parcial.

Adicionalmente, como se enunció en esta misma sección, algunas órdenes de tipo híbrido o de armonización consisten en que las empresas prestadoras de salud capaciten a un cuidador permanente o principal elegido por la familia para que este pueda desarrollar mejor la obligación del cuidado. Este cuidador puede ser un familiar o un tercero designado por la familia. El objetivo es cualificar el cuidado asistencial, pero al mismo tiempo, implica la potestad de ejercer una labor de inspección y de seguimiento continuo de la calidad y el tipo de cuidado que se presta a la persona en situación de dependencia y de las aptitudes del cuidador para desarrollar este trabajo¹⁹⁰.

Al margen de los beneficios del tipo de cuidado que recibe la persona en situación de dependencia, desde la perspectiva del cuidador las órdenes híbridas o de armonización tienen dos aciertos y dos problemas. Del lado de los aciertos se puede señalar, por una parte, que este tipo de órdenes contribuyen a la cualificación del cuidado informal porque reconocen implícitamente que las actividades que se desarrollan en el marco del cuidado no son connaturales, sino que requieren ser aprendidas y pueden ser consideradas como nuevas capacidades. El segundo acierto es que la cualificación permitirá que el cuidador informal disminuya el riesgo de contraer algunas enfermedades y padecimientos físicos que se generan con el desarrollo del trabajo del cuidado¹⁹¹.

No obstante, este tipo de órdenes también causan los siguientes dos problemas relacionados con la aparente neutralidad normativa y con el desequilibrio en el cuidado de las personas en situación de dependencia bajo un esquema dual que separa la esfera de control público y la esfera de cumplimiento privado. A continuación, se explica cada uno de estos dos efectos negativos de las órdenes híbridas o de armonización.

En relación con el primer problema (neutralidad normativa aparente) es importante resaltar que la orden escueta proferida por un tribunal en el sentido de que la familia debe designar a un cuidador o cuidadora permanente implica un proceso de deliberación al interior del núcleo familiar. En un contexto cultural como el colombiano, el proceso de decisión interno para designar al integrante de la familia que se encargará del cuidado se realiza mediante las

¹⁹⁰ *Vid.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-154 de 2014 y T-955 de 2014.

¹⁹¹ Es importante hacer hincapié en los padecimientos físicos que sufren quienes se dedican al cuidado de otros. En este ámbito, las políticas de capacitación para las cuidadoras son deficientes porque implican una formación concreta, rápida y carente de asistencia continua que permita a las personas cuidadoras recibir tratamientos médicos para el mantenimiento de su salud física, psicológica y emocional.

siguientes tres preguntas: ¿Cuál de los miembros de la familia está mejor capacitado para garantizar cuidados *tan básicos* como cocinar, lavar, bañar, limpiar, llevar, brindar el cariño y el cuidado que requiere un familiar enfermo o en situación de dependencia? ¿Quién tiene la mayor y la mejor disposición para el cuidado? y ¿Cuál de los integrantes de la familia tiene el trabajo con la menor remuneración o un trabajo a tiempo parcial cuyo abandono represente el menor costo de oportunidad de manera que renunciar al mismo sea lo menos gravoso posible para el núcleo familiar?

La respuesta a estas tres preguntas es la misma con independencia de que se utilice un método intuitivo o cuantitativo. En efecto, tanto la Encuesta Nacional del Uso del Tiempo como el porcentaje de mujeres que presentaron las acciones de tutela que fueron objeto de esta investigación demuestran que el aparente ejercicio deliberativo dentro de las familias concluye en la designación de una mujer como cuidadora permanente o principal¹⁹². Por consiguiente, como se ha insistido a lo largo de este trabajo, las mujeres son quienes mayoritariamente continúan desarrollando el trabajo del cuidado no remunerado e informal al interior del hogar y de las familias. Aún más, de acuerdo con los factores de estratificación del cuidado, si una familia decide contratar a un tercero para el cuidado es muy probable que ese tercero también sea una mujer.

De acuerdo con lo anterior, las órdenes de la Corte Constitucional tienen una aparente neutralidad normativa porque se limitan a trasladar a las familias la decisión sobre la designación del cuidador principal para que este se dedique a garantizar los cuidados paliativos de un familiar sin recibir remuneración. La neutralidad es aparente porque, en la práctica, esas órdenes adquieren el rostro de una mujer. En efecto, tanto la orden judicial como su cumplimiento administrativo se cubren detrás de un velo de aparente neutralidad normativa al señalar que la selección del cuidador es un asunto que debe ser resuelto dentro del ámbito privado de la familia.

En consecuencia, es urgente que la jurisprudencia constitucional incorpore una perspectiva de género en el estudio de los casos sobre dependencia y cuidado. Del mismo modo, es imperativo incluir análisis sobre las intersecciones permanentes que existen entre el cuidado y la pobreza y entre el cuidado y la exclusión social. Estas intersecciones potencian fenómenos de discriminación múltiple que el legislador, la administración y los jueces no pueden ignorar. Desde luego, también es imperativo el diseño de una política institucional para el cuidado en una sociedad cada vez más urbana y caracterizada por el envejecimiento de la población y la reducción progresiva de las tasas de natalidad.

¹⁹² Para esta investigación se consultaron 16 acciones de tutela decididas por la Corte Constitucional y 1 acción de tutela decidida por el Consejo de Estado. En estas acciones se estudiaron 46 casos de los cuales eran peticionarias o actuaban como agentes oficiosas de personas en situación de dependencia, 39 mujeres. Las pretensiones eran principalmente servicios o insumos para el cuidado. La encuesta sobre uso del tiempo puede consultarse en: DANE. *Encuesta Nacional de Uso del Tiempo (ENUT). Presentación de resultados 2012-2013*, pp. 14 y 17-18.

El segundo problema de las órdenes híbridas o de armonización está directamente relacionado con el anterior. En efecto, como ya se señaló, este tipo de órdenes se basan en la idea de que el cuidado de las personas en situación de dependencia es un asunto que debe resolver la familia en su ámbito privado. Sin embargo, resulta paradójico que la capacitación, el seguimiento y el control sobre el cuidado sea considerado como un asunto que compete al ámbito público. De esta manera, el Estado se hace a un lado cuando se trata de asumir el cuidado, pero asume una función de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones familiares en ese ámbito.

Desde luego, estas críticas no se dirigen a proponer que el Estado se desentienda completamente del cuidado de manera que no intervenga en la prestación de los servicios o en la vigilancia de los deberes familiares. Por el contrario, como se señalará en el capítulo final de esta investigación, la crítica se dirige a que el Estado debe participar directamente en la prestación del cuidado de los más débiles porque se trata de una cuestión que trasciende del principio de solidaridad familiar y del ámbito privado hacia la esfera pública y permite que el trabajo doméstico y del cuidado no se haga en condiciones de invisibilidad e informalidad.

En este punto, es importante señalar que una sociedad se caracteriza por la forma como trata a los más débiles y a los más fuertes. Por esa razón, es importante que todas las autoridades de Colombia asuman que, en el cuidado de las personas en situación de dependencia, hay una concurrencia de debilidades: el dependiente y quien le cuida. El Estado no debe dejar la atención de esas dos debilidades a un escenario vulnerable como las familias colombianas. Por el contrario, es necesario un aumento de la participación pública que permita identificar las necesidades más importantes para el cuidado y las necesidades del cuidador de manera que, con el tiempo, se difuminen las fronteras entre el ámbito público y el privado en materia del cuidado de los más débiles. Hasta ahora, estas fronteras solo han servido para legitimar las diferencias de protección normativa en el desarrollo del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado.

A pesar de las críticas presentadas en esta sección, es importante señalar que la judicialización de las demandas de los cuidadores tiene un impacto positivo. Aunque no exista un reconocimiento tácito sobre el trabajo informal de quienes tienen a cargo el desarrollo del trabajo doméstico y del cuidado familiar, la judicialización ha demostrado una progresiva visibilización de las implicaciones que tiene el cuidado informal en Colombia y las condiciones a las que se enfrentan las personas que lo asumen. Esta visibilización progresiva puede impulsar futuros cambios que deriven en la formalización de este trabajo.

Por último, después de analizar de manera crítica la respuesta judicial frente al cuidado no remunerado e informal en Colombia corresponde hacer una referencia a los cambios y últimas tendencias del trabajo del cuidado en Colombia. Ese será el objeto central de la última parte de este capítulo.

2.5. EL TRABAJO DEL CUIDADO EN COLOMBIA: ÚLTIMAS TENDENCIAS

Una visión en perspectiva de futuro del cuidado de las personas en situación de dependencia en Colombia señala que este debería ser un asunto principal en la agenda pública del país. Distintos tipos de razones respaldan esta tesis. Por una parte, los cambios demográficos como el aumento de la expectativa de vida, la mayor longevidad y la reducción de las tasas de natalidad¹⁹³. Por otra parte, los cambios sociales y culturales como la modificación de las estructuras familiares, la mayor cualificación de las mujeres y el aumento de su participación dentro del mercado del trabajo remunerado. Todas estas transformaciones harán que, a mediano plazo, el cuidado de las personas en situación de dependencia requiera inevitablemente respuestas desde el ámbito público.

En concreto, es urgente el diseño de políticas públicas para el cuidado de algunos colectivos como las personas mayores en situación de discapacidad y dependencia¹⁹⁴. Del mismo modo es urgente diseñar políticas públicas que permitan superar el déficit de protección de las cuidadoras familiares informales. Este déficit deriva de la alta carga del cuidado que asumen las mujeres y el cual les causa altos niveles de vulnerabilidad y la limitación al goce efectivo de sus derechos fundamentales.

En ese contexto, una mirada a la situación actual del cuidado en Colombia puede ser útil para reafirmar la necesidad urgente de un cambio de rumbo en la materia y establecer las líneas generales de una propuesta de protección de las trabajadoras y trabajadores del cuidado informales con base en la protección multinivel de los derechos sociales laborales como derechos humanos.

2.5.1. Las estadísticas sobre el cuidado y el enfoque de la economía del cuidado

De acuerdo con los datos del DANE, el Observatorio de Familia¹⁹⁵ y el Observatorio Nacional de Discapacidad¹⁹⁶, las personas en situación de dependencia (desde los niños menores de 5 años hasta los adultos mayores) pasan la mayor parte del tiempo bajo el cuidado de un familiar. Del mismo modo, en la Encuesta Nacional de Calidad de Vida se afirma que

¹⁹³ En Colombia se estima que, para el año 2050, las personas mayores de sesenta años que actualmente representan el 11% de la población pasarán a representar el 22.7% del total de la población, es decir, más de la quinta parte de la población colombiana. Adicionalmente, se estima que para el año 2040 la población menor de 15 años será del 18.9%. Esto quiere decir que el número absoluto de personas mayores superará al de menores de 15 años. Cfr. FLÓREZ, CARMEN ELISA y COTE, HUMBERTO. “La familia y la Persona Adulta Mayor en Colombia”. En: Departamento Nacional de Planeación. *Boletín n° 6*, diciembre, 2015, pp. 6 y 16-17.

¹⁹⁴ OSORIO PÉREZ, VIVIANA y TANGARIFE, CARMEN LUCÍA. “De Cuidados y Descuidos”. op. cit., p. 73.

¹⁹⁵ El observatorio de familia está adscrito al Departamento Nacional de Planeación (en adelante DNP).

¹⁹⁶ El observatorio nacional de discapacidad está adscrito al Ministerio de Salud.

“a nivel nacional, el porcentaje de niños y niñas menores de cinco años que permanecieron la mayor parte del tiempo entre semana con su padre o madre en casa fue un 48.4% en 2015”¹⁹⁷.

La situación es similar en el caso de las personas en situación de discapacidad y, en especial, de los adultos mayores de sesenta años que se encuentran en situación de dependencia. De acuerdo con el Observatorio Nacional de Discapacidad, el número total de personas en situación de discapacidad en Colombia asciende a 1.244.595. De esa cifra, casi la mitad (45.53%) corresponde a personas mayores de sesenta años¹⁹⁸. Ahora bien, el porcentaje de personas en situación de discapacidad que tiene ayuda permanente de algún miembro del hogar es menor (34.63%). Los beneficiarios de esta prestación se distribuyen entre hombres (16.96%) y mujeres (17.67%). Como se puede inferir, la mayor parte de la atención se concentra en la población mayor de 60 años¹⁹⁹.

Estos datos deben ser confrontados con el porcentaje muy bajo de personas en situación de discapacidad que tienen ayuda permanente de alguna persona externa al hogar (2.97%). Los beneficiarios de esta prestación se distribuyen entre hombres (1.35%) y mujeres (1.62%). Además, la mayor parte de la ayuda externa a la población en situación de discapacidad es recibida por personas mayores de sesenta años y corresponde solamente al 1.96% del total de la población en esta situación²⁰⁰.

Por otra parte, las condiciones económicas que enfrentan las personas en situación de discapacidad en Colombia no son las más alentadoras. En la mayoría de los treinta y dos departamentos del país más de la mitad de la población en situación de discapacidad no percibe ningún ingreso. En algunos departamentos la cifra llega hasta el 70%²⁰¹. Entre las

¹⁹⁷ DANE. *Encuesta Nacional de Calidad de Vida*. Boletín técnico, Bogotá, marzo, 2016. La encuesta carece de una perspectiva de género que permita identificar el porcentaje de madres y de padres que asume el cuidado de la primera infancia con el fin de hallar el nivel de corresponsabilidad. Por otra parte, resulta interesante que la misma encuesta establece la distribución porcentual de las actividades que realizan los menores de cinco años con la persona con la cual permanecen la mayor parte del tiempo: ver televisión (58%), cantar canciones o tocar un instrumento (48%), realizar juegos y rondas (41.4%), salir al parque (41.2%), contar cuentos y relatos (34%), leer libros de cuentos o mirar libros de dibujos (31.9%), actividades artísticas o manualidades (21.4%), ninguna (10.4%), actividad deportiva (9.1%) y otra (1%).

¹⁹⁸ Observatorio Nacional de Discapacidad. Información disponible en línea: [\[http://ondiscapacidad.minsalud.gov.co/indicadores/Paginas/Mapa-dinamico.aspx\]](http://ondiscapacidad.minsalud.gov.co/indicadores/Paginas/Mapa-dinamico.aspx) (30.06.2017).

¹⁹⁹ La ayuda permanente por parte de personas que hacen parte del hogar se concentra en la población adulta mayor de 60 años (15.45%). De esta, el (8.89%) son mujeres y el (6.53%) son hombres. Cfr. Ministerio Nacional de Salud. Consejo Nacional de Discapacidad - Observatorio Nacional de Discapacidad - Sistema Integral de Información de la Protección Social (SISPRO). Información disponible en línea: [\[http://www.sispro.gov.co/Pages/ObservatorioDiscapacidad/Indicadores51.aspx\]](http://www.sispro.gov.co/Pages/ObservatorioDiscapacidad/Indicadores51.aspx) (30.06.2017).

²⁰⁰ Cfr. Ministerio Nacional de Salud. Consejo Nacional de Discapacidad - Observatorio Nacional de Discapacidad - Sistema Integral de Información de la Protección Social (SISPRO). Información disponible en línea: [\[http://www.sispro.gov.co/Pages/ObservatorioDiscapacidad/Indicadores52.aspx\]](http://www.sispro.gov.co/Pages/ObservatorioDiscapacidad/Indicadores52.aspx) (30.06.2017).

²⁰¹ En el departamento de Sucre, por ejemplo, el 70.69% de la población en situación de discapacidad no recibe ningún ingreso. Cfr. Ministerio Nacional de Salud. Consejo Nacional de Discapacidad - Observatorio Nacional

personas en situación de discapacidad que sí tienen un ingreso mensual solo el 10% recibe más de 500.000 pesos²⁰².

Del mismo modo, las estadísticas señalan que la mayor carga del cuidado recae sobre las familias y que una parte importante del cuidado es prestado por un miembro del hogar. Además de la información global sobre el porcentaje de personas dependientes que requieren de la ayuda de otro para realizar actividades de la vida diaria también es necesario apelar a la metodología estadística propuesta por la economía del cuidado para visibilizar el trabajo doméstico y del cuidado realizado por las mujeres. Este método permitirá conocer cuantitativamente la forma como están repartidas las cargas del cuidado dentro de las familias e identificar las actividades que son desarrolladas en el marco de esta responsabilidad.

En ese sentido, la valoración cuantitativa y la disgregación permite conocer el tiempo que destinan las personas al desarrollo de cada una de las distintas actividades domésticas y del cuidado. El avance más importante que se ha producido en Colombia sobre esta materia es la aprobación de la Ley 1413 de 2010 “Por medio de la cual se regula la inclusión de la economía del cuidado en el sistema de cuentas nacionales con el objeto de medir la contribución de la mujer al desarrollo económico y social el país y como herramienta fundamental para la definición e implementación de políticas públicas”²⁰³.

La expedición de esta ley puede implicar una transformación a mediano y largo plazo en las distintas dimensiones del cuidado: en quien requiere ser cuidado, en quien cuida y en la forma como se cuida²⁰⁴. Sin embargo, por ahora, el avance más importante es la elaboración de la primera Encuesta Nacional del Uso del Tiempo (en adelante ENUT)²⁰⁵. El objetivo de la

de Discapacidad - Sistema Integral de Información de la Protección Social (SISPRO). Información disponible en línea: [<http://www.sispro.gov.co/Pages/ObservatorioDiscapacidad/Indicadores48.aspx>] (30.06.2017).

²⁰² La cifra es equivalente a 170 dólares aproximadamente. Cfr. Ministerio Nacional de Salud. Consejo Nacional de Discapacidad - Observatorio Nacional de Discapacidad - Sistema Integral de Información de la Protección Social (SISPRO). Información disponible en línea: [<http://www.sispro.gov.co/Pages/ObservatorioDiscapacidad/Indicadores50.aspx>] (30.06.2017).

²⁰³ La aprobación de esta ley estuvo motivada y precedida por las recomendaciones internacionales (la ONU, el Banco Mundial y la Plataforma de Acción de Beijing), los acuerdos regionales (Consensos Regionales de Quito (2007), Brasilia (2010), Santo Domingo (2013) y las X, XI y XII Conferencias Regionales sobre la Mujer en América Latina) y las prácticas empleadas por otras agencias estadísticas (European Statistics - Eurostat, y el Instituto Nacional de Estadística de España).

²⁰⁴ A pesar del avance significativo de la ENUT, es necesario un mayor nivel de desagregación de los datos aportados y aplicar un enfoque de género a otras encuestas (i.e. Encuesta Nacional de Calidad de Vida). En concreto, deberían tenerse en cuenta los datos relacionados con el trabajo doméstico y del cuidado en el contexto rural, las modificaciones conceptuales en torno a las actividades realizadas por las personas que son consideradas como económicamente inactivas, la disgregación por género de los datos relacionados con el cuidado de niños y niñas menores de cinco años e incluir el cuidado de otros colectivos en situación de dependencia.

²⁰⁵ Como se verá más adelante, a partir de la expedición de la Ley 1413 de 2010, el DANE elaboró la primera ENUT (2012-2013) con el fin de construir una Cuenta Satélite de la economía del cuidado. La ENUT permite obtener información sobre el tiempo que es dedicado por las personas mayores de diez años a la realización de actividades de trabajo remunerado, no remunerado y actividades personales. Por su parte, la Cuenta Satélite es una cuenta específica del Sistema de Cuentas Nacionales que organiza y registra la información de un sector

ENUT era incorporar la economía del cuidado en los métodos tradicionales de valoración estadística del país²⁰⁶.

La ENUT permite conocer, entre otras cosas, la distribución de las cargas de trabajo y cuantificar el aporte del trabajo doméstico y del cuidado en el Sistema de Cuentas Nacionales (en adelante SCN)²⁰⁷. Teniendo en cuenta la importancia de la ENUT, en esta sección se analizarán sus resultados y los efectos normativos de esa encuesta, especialmente, en la forma como la jurisprudencia y las normas han empezado a incorporar la información aportada por la ENUT como un elemento determinante de la construcción argumentativa de las decisiones judiciales o de la motivación legislativa.

En efecto, uno de los aspectos más importantes de la Ley 1413 de 2010 es que definió el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado como los “servicios domésticos, personales y de cuidados generados y consumidos dentro del propio hogar por los que no se percibe retribución económica directa”²⁰⁸. Dentro de las actividades consideradas como trabajo del hogar y del cuidado, llama la atención que se incluyen las mismas actividades establecidas para el trabajo doméstico remunerado que sí es reconocido como un trabajo económicamente productivo. En concreto, en el artículo tercero de la ley se señala:

“Se consideran actividades de Trabajo de Hogar y de Cuidado No Remunerado, entre otras, las siguientes: 1. Organización, distribución y supervisión de tareas domésticas. 2. Preparación de alimentos. 3. Limpieza y mantenimiento de vivienda y enseres. 4. Limpieza y mantenimiento de vestido. 5. Cuidado, formación e instrucción de los niños (traslado al colegio y, ayuda al desarrollo de tareas escolares). 6. El cuidado de ancianos y enfermos. 7. Realizar las compras, pagos o trámites relacionados con el hogar. 8. Reparaciones al interior

económico o social -en este caso, del trabajo de los hogares- y hace una valoración económica del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado. *Vid.* Ley 1413 de 2010 (artículo 2).

²⁰⁶ Antes de la expedición de la Ley 1413 de 2010, los datos estadísticos sobre el trabajo doméstico del cuidado no remunerado se encontraban recogidos en el módulo *otras actividades* de la GEIH. Desde el año 2006 se empezaron a tener en cuenta algunas de las actividades no remuneradas, entre estas, los oficios que realizan las personas en el hogar, las actividades destinadas al cuidado, las labores agrícolas y la autoconstrucción de vivienda. DANE. Dirección de Metodología y Producción Estadística (DIMPE). *Manual de recolección y Conceptos Básicos*. ENUT, junio, 2012.

²⁰⁷ El artículo 4 de la Ley 1413 de 2010 ordenó la creación de una Comisión Multisectorial para definir la metodología para integrar la información obtenida sobre trabajo doméstico no remunerado al Sistema de Cuentas Nacionales. El Decreto 2490 de 2013 creó la Comisión cuya composición es: el Ministro de Salud y Protección Social, el ministro del Trabajo, el director del Departamento Nacional de Planeación, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el director del DANE, el director del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social o sus delegados. La Comisión tiene el objetivo de incluir la información sobre el trabajo del hogar no remunerado en el Sistema de Cuentas Nacionales mediante la creación de una cuenta satélite que recoja los datos obtenidos en la ENUT dentro del Sistema de Cuentas Nacionales.

²⁰⁸ *Vid.* Ley 1413 de 2010 (artículo 2).

del hogar. 9. Servicios a la comunidad y ayudas no pagadas a otros hogares de parientes, amigos y vecinos²⁰⁹.

A partir de esta definición y de la descripción de lo que se entiende por actividades domésticas y del cuidado, la Ley 1413 de 2010 construyó un marco conceptual integral que abarcó desde la definición misma de trabajo hasta las particularidades del trabajo doméstico y del cuidado remunerado y no remunerado, su caracterización y la valoración de las actividades que se desarrollan en el marco de esta modalidad de trabajo²¹⁰. Esto permitió que el DANE elaborara la primera ENUT (2012-2013) con el fin de construir una Cuenta Satélite de la economía del cuidado²¹¹. Esta ENUT arrojó como resultado que el 79.4% del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado en Colombia es realizado por las mujeres²¹².

En relación con las tareas concretas del cuidado y la ayuda a niños, niñas, personas enfermas o adultos mayores los datos son similares. De acuerdo con la ENUT, por una parte, las mujeres destinan un número de horas muy elevado a estas labores y, por otra, superan el número de horas que invierten los hombres a estas mismas tareas. En este sentido, las mujeres destinan un número aproximado de 4.406 millones de horas al cuidado y ayuda de las personas mientras que los hombres solo destinan 1.369 millones de horas²¹³. Una proporción similar se presenta en el trabajo voluntario del cuidado, en el que las mujeres invierten 548 millones de horas y los hombres 228 millones de horas²¹⁴.

²⁰⁹ *Vid.* Ley 1413 de 2010 (artículo 3).

²¹⁰ El glosario del DANE para la elaboración de la ENUT definió como *actividad de trabajo* a “toda actividad que puede delegarse en otra persona y da lugar a un producto, sea un bien o un servicio, susceptible de intercambiarse en el mercado”. DANE. *Encuesta Nacional de Uso del Tiempo (ENUT). Resultados para Bogotá en el periodo agosto 2012-julio 2013*, febrero, 2014, p. 10.

²¹¹ La Cuenta Satélite es una cuenta específica del Sistema de Cuentas Nacionales que organiza y registra la información de un sector económico o social, en este caso, del trabajo de los hogares y hace una valoración económica del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado. El DANE hizo esta construcción desde la valoración económica del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado y de la Cuenta de producción y generación de ingresos de los hogares.

²¹² Este dato representa el tiempo dedicado por las personas a cualquiera de las actividades descritas por la ley como actividades domésticas y del cuidado. Del total de horas dedicadas al trabajo doméstico y del cuidado no remunerado, los hombres destinan a estos trabajos 7.165 millones de horas mientras que las mujeres dedican 27.588 millones de horas. Las mujeres dedican al trabajo doméstico y del cuidado no remunerado cuatro veces más horas que los hombres. Cfr. GARCÍA RUÍZ, ANDREA PAOLA; MANTILLA GARCÍA, ELSA CAROLINA y PLAZAS HERNÁNDEZ, JUAN FERNANDO. “Cuenta Satélite de la Economía del Cuidado”. En: AA.VV. *Investigas. Siete estudios realizados a partir de la Encuesta Nacional de Uso del Tiempo. Colombia 2012-2013*. DANE, Bogotá, 2015, pp.21-22.

²¹³ GARCÍA RUÍZ, ANDREA PAOLA et al. “Cuenta Satélite de la Economía del Cuidado”. op. cit., p. 22.

²¹⁴ GARCÍA RUÍZ, ANDREA PAOLA et al. “Cuenta Satélite de la Economía del Cuidado”. op. cit., pp. 21-22.

2.5.2. El trabajo doméstico y del cuidado no remunerado y el impacto de género en Colombia: algunos datos estadísticos

Los anteriores datos confirman el alto impacto de género en el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado y el papel esencial de las mujeres en la conservación y cuidado de la vida de las personas más débiles en Colombia. Este rol tiene unas consecuencias directas en las condiciones materiales de las mujeres. Estas se proyectan sobre el acceso a un recurso monetario directo, la cobertura de sus derechos sociales, la pérdida de autonomía y del poder de decisión frente al cuidado.

Además, el hecho de que las mujeres destinen tantas horas al trabajo del cuidado doméstico y del cuidado informal tiene otras implicaciones en aspectos como el empoderamiento o la participación política y social de las mujeres en el escenario público. Del mismo modo, este desequilibrio tiene implicaciones en su salud física y mental. Adicionalmente, afecta la manera como las mujeres se relacionan con el mercado del trabajo. En este último ámbito, destacan las consecuencias sobre aspectos como los tiempos de trabajo, los ingresos económicos, el tipo de trabajo o actividad laboral en la que se desempeñan profesionalmente y el desarrollo o promoción de capacidades, formación y cualificación.

Una prueba de lo anterior es que la tasa de desempleo de las mujeres es casi el doble que la de los hombres²¹⁵. Esta situación es mucho más grave en el caso de las mujeres jóvenes, esto es, entre quienes se encuentran dentro del rango de los 14 a los 28 años²¹⁶. Desde este punto de vista, no es descartable que concurren diversos factores que potencian la exclusión de las mujeres del mercado laboral como los fenómenos de discriminación laboral, los estereotipos de género, el embarazo adolescente, las dificultades para el cuidado y las barreras para la conciliación de la vida familiar y laboral²¹⁷.

Ahora bien, la superación de la anterior situación no es suficiente porque no basta con la vinculación de las mujeres al mercado de trabajo en una proporción similar a la de los hombres. También es muy importante contrastar el tipo de actividades que son desarrolladas por las mujeres en relación con los hombres. Sobre este aspecto, es imprescindible señalar que la mayor participación femenina en el mercado del trabajo es en el sector de los servicios

²¹⁵ De acuerdo con la GEIH del DANE, en el periodo de diciembre 2015 a diciembre de 2016, la tasa de desempleo de las mujeres fue de 13.8% y para los hombres fue del 7.4%.

²¹⁶ De acuerdo con la GEIH del DANE, en el periodo de diciembre 2015 a diciembre de 2016, la tasa de desempleo de las mujeres jóvenes fue de 23.7% y la de los hombres 12.1%.

²¹⁷ Algunos estudios técnicos de consultoría elaborados para el Ministerio del Trabajo se refieren a estos aspectos. Sobre la situación de las mujeres en el mercado del trabajo se puede consultar: ESPINO, ALMA y SALVADOR, SOLEDAD. *Un análisis de género de los costos laborales en Colombia*. Trabajo de consultoría para el Ministerio del Trabajo de Colombia, marzo, 2014, p. 14. El documento se puede consultar en línea: <http://www.mintrabajo.gov.co/equidad/enfoque-de-genero> (30.06.2017).

y en el comercio. Se trata de actividades que, por lo general, no están bien retribuidas y se desarrollan principalmente dentro de la economía informal²¹⁸.

En efecto, de acuerdo con los datos estadísticos sobre el mercado del trabajo elaborados por el DANE, la participación de las mujeres y de los hombres en la economía informal es similar. Sin embargo, las mujeres no solo tienen una situación laboral precaria dentro de la economía informal, sino que realizan segundas y terceras jornadas para hacer frente al trabajo doméstico y del cuidado²¹⁹.

Por esa razón, aunque se puede afirmar que la situación laboral en Colombia es precaria tanto para los hombres como para las mujeres, estas últimas tienen una mayor carga de trabajo global sin ninguna cobertura de la protección social. Esta situación de vulnerabilidad se potencia cuando se tienen en cuenta los elementos mencionados en el primer capítulo de esta investigación. En concreto, la estratificación de los cuidados que implica que la doble carga de trabajo es mayor para aquellas mujeres que no tienen alternativas de mercantilizar el cuidado y no cuentan con redes de apoyo fuertes. Otro elemento cultural importante es la arraigada estructura patriarcal en torno a estas actividades²²⁰.

De esta manera, se constata que en Colombia la relación de las mujeres con el mercado del trabajo tiene claros elementos de segregación horizontal y vertical. La primera (horizontal) se presenta porque las mujeres se integran al mercado del trabajo en actividades históricamente feminizadas y mal retribuidas, relacionadas -en gran medida- con el trabajo emocional. La segunda (vertical) implica que las mujeres se ubican en una categoría laboral de menor jerarquía profesional²²¹.

En estos dos planos de clara desventaja laboral para las mujeres, el elemento del cuidado de las personas en situación de dependencia opera como un vector transversal. Esto es así porque las condiciones en las cuales es garantizado el cuidado condicionan el tipo de trabajo al que la mujer cuidadora puede aspirar, limitan la continuidad y permanencia en un determinado puesto de trabajo y se convierten en un elemento que habilitan fenómenos de

²¹⁸ Departamento Nacional de Planeación. “Equidad de género para las mujeres”. *Documento COMPEP, 161 de 2013 sobre política pública nacional de equidad de género para las mujeres*. Colombia, 2013, p. 16.

²¹⁹ De acuerdo con la información del DANE sobre el índice de informalidad en Colombia, 5.670.000 personas trabajan en la economía informal. De estas, 2.946.000 son hombres y 2.725.000 son mujeres. DANE. *Empleo Informal y Seguridad Social*. Información del trimestre 2015-febrero, 2016.

²²⁰ Algunos estudios sobre los patrones de crianza y cuidado de niños y niñas en Boyacá destacan dos aspectos importantes sobre este punto. Por una parte, que en contextos urbanos la participación de los padres en el cuidado de los hijos e hijas ha aumentado mientras que en los sectores rurales aún “pervive y se mantiene la estructura de la familia con marcados parámetros de tradición patriarcal”. Adicionalmente, los estudios destacan otro aspecto muy interesante, de acuerdo con el cual, la vinculación de las mujeres al mercado del trabajo no ha sido fruto de procesos de reivindicación social a favor de la mujer sino producto de la necesidad económica de las familias. Cfr. MALAGÓN, ALFREDO; TRIANA, ALBA y ÁVILA, LILIANA. “Patrones de crianza y cuidado de niños y niñas en Boyacá”. op. cit., p. 939.

²²¹ Las dos categorías (segregación horizontal y vertical) son tomadas de: OSORIO PÉREZ, VIVIANA y TANGARIFE, CARMEN LUCÍA. “De Cuidados y Descuidos”. op. cit., p. 100.

discriminación laboral en razón del sexo. Estos factores resultan reforzados por otros aspectos estructurales relacionados con la precariedad del mercado de trabajo en Colombia y la ausencia de verdaderas políticas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

La articulación y la intersección de estos elementos estructurales, los factores de segregación y el vector transversal inciden de manera negativa en la forma como las mujeres colombianas se vinculan al mercado del trabajo remunerado. Como se ha dicho previamente y como lo demuestran las cifras, eso sucede principalmente a través de la participación en la economía informal²²². Por ejemplo, en un estudio sobre el caso de la industria de la belleza en Bogotá se destacó que las mujeres con recursos económicos limitados consideraban que el emprendimiento en el negocio de los *salones de belleza* era una manera de conciliar el cuidado de un dependiente con la posibilidad de tener un trabajo que les permitiera tener algunos ingresos económicos. En este sentido, el estudio indicó que:

“La decisión de las mujeres de ‘montar un salón’ refleja los hallazgos que ya los estudios de género han encontrado en el tema. En el caso de Bogotá, la decisión de dar nacimiento a una empresa es una opción ‘genérica’, esto es, moldeada por el carácter de las relaciones de género. En primer lugar, la necesidad de balance de las demandas de trabajo y familia, es un elemento que frecuentemente distingue las motivaciones del emprendimiento de las mujeres frente a los hombres, en la medida en que pueden ajustar horarios o espacios de trabajo. Esta es una característica básica dada por los factores asociados a la carga de trabajo de cuidado de las mujeres en las relaciones de género y aparece, especialmente, en el caso de las mujeres de sectores medios o bajos que no pueden delegar el cuidado, en particular de sus hijos pequeños, a terceros”²²³.

La conjunción de los factores de segregación también impacta la tasa global de participación, el porcentaje de desempleo femenino y el índice de la inactividad laboral. En efecto, de acuerdo con la GEIH del DANE, la tasa global de participación de las mujeres es significativamente inferior a la de los hombres²²⁴. Por ejemplo, durante el trimestre comprendido entre el mes de diciembre del año 2015 y el mes de febrero del año 2016, la tasa global de participación total nacional para los hombres fue del 75.4% mientras que para las mujeres fue del 54.4%²²⁵.

²²² De acuerdo con la información del DANE sobre el índice de informalidad, el número de personas ocupadas en la economía formal en Colombia para el periodo de diciembre de 2015 a diciembre de 2016 era de 6.035.000 personas. De estas, 3.435.000 eran hombres y 2.609.000 eran mujeres. DANE. *Empleo Informal y Seguridad Social*. Información del trimestre 2015—febrero 2016.

²²³ PINEDA DUQUE, JAVIER. “Emprendimiento y género”. op. cit., p. 261.

²²⁴ “Para el total nacional, la tasa global de participación de las mujeres con personas de cuidado en su hogar fue del 47.8% inferior en un 10.1 puntos porcentuales a la tasa de las mujeres sin personas del cuidado en su hogar 57.9%. La participación en el mercado laboral es superior tanto para hombres como para mujeres cuando en el hogar no hay niños menores de 5 años ni personas mayores de 65”. DANE. *Género 2011*, Bogotá, noviembre, 2012, p. 9.

²²⁵ DANE. Gran Encuesta Integrada de Hogares, diciembre 2015-2016.

Adicionalmente, la tasa global de participación tiene impacto en el porcentaje de ocupación de hombres y mujeres. Por consiguiente, la tasa de ocupación masculina es 23% superior a la de las mujeres²²⁶. Esta cifra de ocupación es inversamente proporcional en el caso de la inactividad porque del total de la población inactiva (35.3%), el 66% corresponde a mujeres.

En relación con la tasa de ocupación o inactividad, resulta interesante que el alto porcentaje de mujeres inactivas no es la única diferencia entre hombres y mujeres. En efecto, las diferencias también son evidentes en las actividades a las que dedican su tiempo las mujeres y hombres que no son considerados como población ocupada y que engrosan las cifras de la población inactiva. Por ejemplo, mientras el 54.4% de los hombres considerados como inactivos se dedican a actividades educativas y de formación, el 58.8% de las mujeres consideradas inactivas se dedican a los oficios del hogar, es decir, al desarrollo del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado²²⁷.

Este panorama evidencia una ruptura el principio de igualdad en diversos aspectos. Por una parte, en las condiciones para el acceso de las mujeres al mercado del trabajo remunerado y la descompensación de las cargas del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado (división social de los cuidados). Por otra parte, existe una transferencia directa o indirecta de cuidado para la sociedad y la familia que se traduce en una reducción de las posibilidades que tienen las mujeres para obtener la garantía de sus derechos sociales mediante el mercado del trabajo.

De esta manera, la ENUT y el contraste con otros datos como los que se han señalado en este capítulo generan un debate académico en torno a la siguiente pregunta: ¿hasta qué punto es correcto denominar como *inactiva* a una persona que destina gran parte de su tiempo al trabajo doméstico y del cuidado no remunerado? Algunos autores consideran que no es posible considerar que las personas que tienen como actividad principal el trabajo doméstico y del cuidado son personas *económicamente inactivas* porque este trabajo tiene implicaciones sociales importantes que pueden ser cuantificadas económicamente como un aporte a la economía nacional y a la sociedad en general. Además, la doctrina ha señalado que el trabajo

²²⁶ De acuerdo con la GEIH del DANE, para el periodo de diciembre 2015 a diciembre de 2016, la tasa de ocupación para los hombres fue de 69.9% y para las mujeres 46.9%.

²²⁷ DANE. *Gran Encuesta Integrada de Hogares* (GEIH), diciembre 2015-2016. Sobre este aspecto es importante destacar que la Encuesta Nacional de Calidad de Vida (ECV-2015) muestra que el cuidado de los niños y niñas menores de cinco años que permanecieron la mayor parte del tiempo entre semana con su madre o con su padre fue del 48%. Los niños y niñas en el mismo rango de edad que permanecieron al cuidado de un familiar de mayor de 18 años fue del 9.6%. A pesar de que no se disgrega esta información estadística entre hombres (padre) y mujeres (madre), aporta un dato relevante porque el porcentaje de personas inactivas que se dedican a labores domésticas y del cuidado corresponde principalmente a las mujeres. Esta situación denota una intersección entre el cuidado de los más pequeños y la no vinculación con el mercado del trabajo formal.

doméstico y del cuidado sin remuneración representa unos costos económicos, emocionales, físicos, de tiempo y de oportunidades para la persona que lo realiza²²⁸.

Dentro de las implicaciones sociales del trabajo doméstico y del cuidado se señala que todas las personas necesitan del cuidado de otros durante su vida. Del mismo modo, las implicaciones económicas se reflejan en la transferencia directa, tanto para quien demanda y recibe el cuidado como para el sistema económico, de un ahorro derivado de un trabajo realizado sin remuneración²²⁹.

Además, las estadísticas advierten que más del 96% de las mujeres que son consideradas por el sistema tradicional de medición como inactivas en realidad asumen labores domésticas y del cuidado. Las mujeres consideradas inactivas que desarrollan un mayor trabajo doméstico y del cuidado en el ámbito urbano y en el rural son aquellas que tienen un hogar con cuatro o más personas. Los datos del DANE para el trimestre comprendido entre los meses de octubre a diciembre de 2015 demuestran que el 40.8% de la población catalogada como *económicamente inactiva* se dedicó principalmente a los oficios del hogar²³⁰.

La mejor opción para resolver este debate es dejar de considerar como *económicamente inactivas* a las personas que tienen como ocupación principal el cuidado de familiares dependientes sin considerarlas automáticamente como parte de la población *económicamente ocupada*. Para evitar inflar cifras optimistas sobre las tasas de ocupación, es necesario crear una nueva categoría de acuerdo con el tipo de actividad que desarrollan quienes se dedican al cuidado de otros y una diferenciación más clara respecto de las condiciones de esta ocupación²³¹.

La crítica a la calificación de persona inactiva a quien realiza el trabajo doméstico del cuidado no remunerado adquiere una relevancia especial cuando, a partir del cálculo de las horas de trabajo, es posible determinar la cuantía de la transferencia económica directa de las personas cuidadoras a las personas en situación de dependencia y a la sociedad.

En efecto, el costo del trabajo doméstico se puede medir con el denominado costo de reemplazo que consiste en hallar el ingreso promedio por hora de las personas ocupadas en labores asimilables en el mercado del trabajo. La complejidad de este método radica en que deben encontrarse actividades dentro del mercado del trabajo que sean equivalentes²³².

²²⁸ Sobre el debate en torno a la categoría estadística de personas *económicamente inactivas* se puede consultar: GARCÍA RUÍZ, ANDREA PAOLA et al. “Cuenta Satélite de la Economía del Cuidado”. op. cit., p. 8.

²²⁹ HINCAPIÉ, ALDANA ALEJANDRA y PARRA GARCÍA, IRENE. “El trabajo de las inactivas”. op. cit., pp. 46-48.

²³⁰ DANE. *Principales Indicadores del Mercado Laboral*, Boletín técnico, Bogotá, enero, 2016, p. 35.

²³¹ Sobre esta discusión también se puede consultar a: OSORIO PÉREZ, VIVIANA y TANGARIFE, CARMEN LUCÍA. “De Cuidados y Descuidos” op. cit., p. 132.

²³² GARCÍA RUÍZ, ANDREA PAOLA et al. “Cuenta Satélite de la Economía del Cuidado”. op. cit., pp. 10-18.

En Colombia, de acuerdo con la ENUT, la valoración económica del tiempo dedicado a las labores domésticas y del cuidado sin recibir remuneración equivale a 232,8 billones de pesos. En términos macroeconómicos eso significa que el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado es igual al 20.5% del Producto Interno Bruto (en adelante PIB). De este porcentaje del PIB, el 16.2% es aportado por las mujeres y el 4.3% es aportado por los hombres²³³. En este sentido, como destacan VIVIANA OSORIO y CARMEN TANGARIFE:

“Si las cuentas nacionales del país integraran en su medición el trabajo doméstico y de cuidados no remunerados, se encontraría que este es el sector que más participación tiene dentro de la economía, es decir, la rama de la actividad que más aporta al PIB. De acuerdo con el DANE la valoración económica del trabajo doméstico y de cuidados no remunerados para el 2012, asciende a 20,4% para un total de más de 135 billones de pesos”²³⁴. (subrayado fuera de texto)

Las cifras son impresionantes y pueden ser aún más contundentes. Por ejemplo, la valoración económica del aporte derivado del cuidado y apoyo de personas es de 20.868 millones de pesos, de los cuales 16.011 millones son generados por las mujeres. En el caso del trabajo voluntario del cuidado se considera que este tiene un valor económico cercano a los 3.230 millones de pesos, de los cuales 2.116 millones son generados por las mujeres²³⁵.

La lectura de estos datos solo confirma la tesis que se ha reiterado a lo largo de esta investigación, de acuerdo con la cual, las mujeres están asumiendo una alta carga de trabajo no remunerado, no reconocido, invisible e informal que se configura en un factor de desigualdad social. De manera que lo mínimo que debe suceder es que se abandone la denominación estadística de *personas inactivas* para quienes generan una cantidad exorbitante de recursos sin recibir ningún tipo de protección.

2.5.3. Apuntes finales sobre al cuidado en Colombia: la inequitativa división social del cuidado y el alto impacto de género en las mujeres más vulnerables de la sociedad

No se puede concluir este capítulo sin señalar que una parte importante de los cuidados en Colombia, tanto en el contexto urbano como en el rural, es garantizado por mujeres mayores de sesenta años que también son clasificadas como inactivas²³⁶. Estas mujeres cumplen una labor fundamental para la supervivencia de las generaciones más jóvenes y para la vinculación de sus hijas y nietas en el mercado del trabajo. Por consiguiente, las cuidadoras mayores se convierten en receptoras y dadoras de cuidado cuando pertenecen a familias extensas y

²³³ GARCÍA RUÍZ, ANDREA PAOLA et al. “Cuenta Satélite de la Economía del Cuidado”. op. cit., p. 30.

²³⁴ Osorio Pérez, Viviana y Tangarife, Carmen Lucía. “De Cuidados y Descuidos” op. cit., p. 68.

²³⁵ GARCÍA RUÍZ, ANDREA PAOLA et al. “Cuenta Satélite de la Economía del Cuidado”. op. cit., p. 25.

²³⁶ HINCAPIÉ, ALDANA ALEJANDRA y PARRA GARCÍA, IRENE. “El trabajo de las inactivas”. op. cit., p. 51.

multigeneracionales²³⁷. Lamentablemente, la labor que desarrollan estas mujeres les causa una afectación grave de sus derechos fundamentales que resulta agravada en función de la edad y de las condiciones económicas y de salud a las que se enfrentan.

Respecto de esta población de adultas mayores cuidadoras, las bajas tasas de afiliación a la seguridad social permiten inferir que estas mujeres continúan aportando económicamente al sostenimiento del aparato productivo con su trabajo del cuidado informal sin estar protegidas en materia pensional. Las bajas tasas de afiliación también permiten concluir que este colectivo no accede a otro tipo de prestaciones generadas por sus cónyuges. Finalmente, se debe tener en cuenta que la gran mayoría realiza este trabajo en condiciones de pobreza.

Adicionalmente, las implicaciones para la salud física y psíquica del cuidador a las que se ha aludido previamente se convierten en un factor de mayor riesgo cuando el cuidado de personas en situación de dependencia es realizado por un adulto mayor. De esta manera se crea un ciclo perjudicial en el que la salud del adulto mayor y cuidador se compromete hasta llegar al punto en el que él mismo se ubica en una condición de dependencia²³⁸. Se trata de la situación más extrema de abandono estatal que pueda imaginarse respecto de uno de los colectivos más débiles dentro de la sociedad.

Como se ha visto hasta este punto de la investigación, el cuidado y el trabajo del cuidado informal desarrollado por familiares de manera informal, especialmente por mujeres, es un tema vertebral en los debates relacionados con la igualdad de género y de oportunidades, con la equidad y la superación de la pobreza, con el disfrute pleno de los derechos humanos, tanto de las personas en situación de dependencia como de las personas que se encargan de garantizar que los dependientes tengan el máximo nivel de dignidad, de autonomía y de supervivencia. Después de todo lo que se ha afirmado a lo largo de este trabajo, resulta evidente que el cuidado es un trabajo que requiere de visibilización y de protección jurídica.

En ese aspecto, en Colombia la Ley 1413 de 2010 y la Encuesta Nacional de Uso del Tiempo han jugado una función visibilizadora. Como se señaló, se trata de un primer paso en la identificación del impacto de género del trabajo doméstico y del cuidado informal. Adicionalmente, esta norma ha tenido incidencia en la comprensión holística del trabajo doméstico y del cuidado, tanto en su vertiente remunerada como no remunerada mediante una especie de *efecto espejo* que se ha proyectado en la jurisprudencia constitucional y que se mencionará en el último capítulo de esta tesis doctoral.

²³⁷ “Los hogares con adultos mayores son más de la tercera parte de tipo extenso, es decir, viven con otros parientes. Igualmente, cerca del 30% de los hogares con adultos mayores son multigeneracionales”. FLÓREZ, CARMEN ELISA y COTE, HUMBERTO. “La familia y la Persona Adulta Mayor en Colombia”. op. cit., p. 16 y DE ORO GENES, KATTYA y MARCILLO YEPEZ, EDGAR VICENTE. “Los adultos mayores en el hogar como proveedores y demandantes de cuidado”. En: Departamento Nacional de Planeación. *Boletín n° 6*, diciembre, 2015, pp. 39 y 41-45.

²³⁸ HINCAPIÉ, ALDANA ALEJANDRA y PARRA GARCÍA, IRENE. “El trabajo de las inactivas”. op. cit., p. 51.

A pesar de este avance que promete un mejor futuro, puede concluirse que en Colombia existe un modelo asistencial del cuidado en el cual el Estado garantiza y asume el cuidado de las personas en situación de dependencia a través de la atención a la población más vulnerable y pobre mediante la cobertura del derecho a la salud. En el marco de este esquema asistencial existe un sistema del cuidado estratificado que implica que la mayor carga del cuidado sea asumida en el mercado por trabajadoras del servicio doméstico y del cuidado o por mujeres familiares de las personas en situación de dependencia que realizan el trabajo de manera informal.

Por otra parte, la cobertura de riesgos como la discapacidad, la vejez o el reconocimiento de la pensión de viudez protege a aquellas personas que tienen o han tenido un vínculo laboral estándar. En este sentido, las altas tasas de informalidad y la precariedad en el mercado del trabajo hacen que la expectativa de las familias de recibir estas prestaciones sea excepcional lo que implica una asunción del riesgo solitaria y absoluta en las situaciones de dependencia²³⁹.

Por último, es importante reiterar las conclusiones que se infieren del análisis estadístico de la ENUT. Por una parte, que los cambios en las dinámicas sociales y económicas han implicado un aumento significativo de las mujeres colombianas vinculadas al mercado del trabajo. En segundo lugar, que, a pesar de lo anterior, los roles de género relación con las tareas del cuidado no se han modificado de manera considerable. En tercer lugar, que a nivel empresarial e institucional el tema del cuidado y sus implicaciones de género ha estado en la sombra. En este sentido, el balance es el siguiente: más mujeres vinculadas al mercado del trabajo generalmente precario y con una alta carga de trabajo doméstico y del cuidado no remunerado ya sea que se encuentren activas o no en el mercado laboral. Esta situación, como ya se ha dicho, merece una respuesta urgente que solvante el déficit de derechos y de trabajo decente para las mujeres que hasta ahora han soportado el peso de cuidar.

Por esa razón, hasta este punto de la investigación se ha adoptado una perspectiva analítica y crítica sobre los aspectos teóricos, normativos y contextuales relacionados con el trabajo doméstico y del cuidado remunerado y no remunerado en España y Colombia. A partir de este momento, se adoptará una perspectiva propositiva con el fin de señalar la importancia de encontrar mecanismos jurídicos de protección que permitan la transición de la informalidad hacia la formalidad. Estos mecanismos pueden ser construidos desde distintos niveles institucionales de regulación y el derecho del trabajo puede aportar instrumentos

²³⁹ El sistema de seguridad social en pensiones de Colombia ha tenido algunas modificaciones recientes que han dotado de mayor flexibilidad al sistema de cotización. La intención es vincular a los colectivos tradicionalmente excluidos de las prestaciones sociales o para los que no existía una alternativa de inclusión dentro del sistema. Este es el caso de los trabajadores a tiempo parcial dentro de los cuales se pretende incluir a las trabajadoras domésticas, los taxistas y otras personas que no tienen contratos de trabajo o no desarrollan actividades laborales de manera estándar. No obstante, es importante destacar que estos sistemas buscan incentivar el ahorro, pero no resuelven totalmente el problema de los ingresos y del mínimo vital de colectivos como las trabajadoras del servicio doméstico quienes al final de su vida laboral difícilmente podrán ser beneficiarias de una pensión que les permita vivir dignamente.

indispensables para avanzar hacia la superación del déficit de protección social, económico y jurídico de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado de manera informal. Ese será el objeto principal del último capítulo de esta memoria de tesis doctoral.

Capítulo VI

PROPUESTAS CONCLUSIVAS: LA VISIBILIZACIÓN Y PROTECCIÓN JURÍDICA DEL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO INFORMAL

LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DENTRO DE LA informalidad afecta la garantía plena de los derechos humanos, sociales y laborales fundamentales. Además, propicia que quienes trabajan por fuera de las fronteras de la laboralidad y de la protección social, se encuentren en condiciones de vulnerabilidad, pobreza y exclusión. Por esa razón, la OIT ha insistido en la necesidad de buscar mecanismos para garantizar unas condiciones de trabajo decente y un mínimo de protección social (*social protection floor*) a todas las personas; con independencia de si estas trabajan en la economía formal o informal.

Por todo lo anterior, el objetivo del último capítulo de esta memoria doctoral es afirmar que es posible y necesario visibilizar el trabajo doméstico y del cuidado informal cuando este es realizado en el entorno familiar por amigos, vecinos y familiares de personas en situación de dependencia. Visibilizar este trabajo permite proponer políticas públicas de protección desde un enfoque de derechos.

Bajo esas premisas, en este capítulo se sostendrá que existen instrumentos de gobernanza global y de derechos humanos con diferente valor jurídico que, desde distintos niveles institucionales de regulación, aportan insumos esenciales para la protección multinivel del trabajo doméstico y del cuidado y aportan a la visibilización de este trabajo. Del mismo modo, se sostendrá que estas herramientas contribuyen a reforzar la idea de protección, garantía y exigibilidad de los derechos laborales y sociales fundamentales de los trabajadores de este sector de la economía.

Lo anterior quedará demostrado a través experiencias en América Latina-y particularmente de Colombia-, en donde se muestra con algunos ejemplos de caso la forma como estos instrumentos han contribuido a generar el debate y avanzar hacia la visibilización de esta forma de trabajo. Además, han permitido identificar de manera progresiva las implicaciones en materia de igualdad de género, especialmente cuando el trabajo doméstico y del cuidado es hecho por mujeres que hacen parte del entorno familiar. El enfoque multinivel combina diversos instrumentos internacionales, regionales y nacionales que tienen diferentes grados o niveles de eficacia y exigibilidad jurídica, pero que se pueden considerar como complementarios, interdependientes, dinámicos e interactivos.

Además, se señalará que son elementos jurídicos esenciales que justifican la ampliación de las fronteras de laboralidad por dos razones principales. La primera porque las fronteras de laboralidad son fronteras ideológicas y móviles y, la segunda porque las fronteras clásicas de laboralidad excluyen de manera directa e indirecta aquellos trabajos desarrollados predominantemente por mujeres, como es el caso del trabajo doméstico y del cuidado realizado en el ámbito familiar. Exclusión que genera una alta vulnerabilidad, marginalidad y pobreza durante todo el ciclo de vida de quienes hacen este trabajo.

Para demostrar estos procesos de interacción, este capítulo se divide en cuatro grandes partes. En la primera sección, se señalará la relación del derecho universal al cuidado como un mecanismo para garantizar la agencia, libertad y autonomía de las mujeres, de las personas cuidadoras y de las personas en situación de dependencia. Además, el derecho al cuidado demuestra la urgencia de ampliar las fronteras del derecho del trabajo desde un enfoque de derechos humanos y que tenga en cuenta los vínculos entre cuidado y trabajo remunerado o entre familia y trabajo. En la segunda sección de este capítulo se afirmará que los insumos normativos laborales internacionales contenidos en la Declaración de Filadelfia, en la Declaración de principios y derechos fundamentales de la OIT, los convenios fundamentales del trabajo, la Agenda de Trabajo Decente y el *social protection floor* son una hoja de ruta útil y aplicable para quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado en el ámbito familiar.

En la tercera sección, se establecerá la conexión del nuevo marco institucional de la OIT con la exigibilidad de los derechos humanos y sociales en las esferas política, legislativa y judicial. A partir de la descripción de la forma como se han garantizado los derechos sociales y laborales fundamentales en estas tres esferas de exigibilidad, se demostrará que existe un mayor interés de los jueces de los sistemas regionales (europeo e interamericano) de protección de los derechos humanos por garantizar los derechos de quienes realizan labores por fuera de las relaciones de trabajo estándar. Eso se traduce en la protección progresiva de los derechos laborales y sociales fundamentales incluidos en el marco institucional de la OIT. En la cuarta sección se demostrará que, en América Latina -y particularmente en Colombia- se han articulado los distintos niveles institucionales de regulación y sus instrumentos jurídicos para lograr la visibilización progresiva del trabajo doméstico y del cuidado familiar. Se trata, sin duda, de un primer paso para la superación del enfoque exclusivamente familiarista y con sesgo de género predominante en el trabajo del cuidado. Además, constituye un cambio progresivo de paradigma que impulsa la protección jurídica y económica de quienes deciden cuidar a un familiar en situación de dependencia.

Finalmente, a manera conclusión de este capítulo y de esta investigación doctoral, se resaltarán algunos de los grandes retos pendientes en el camino hacia el reconocimiento y la visibilización del trabajo doméstico y del cuidado familiar realizado de manera informal.

1. EL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO INFORMAL COMO UN ASUNTO POLIÉDRICO Y EL DERECHO UNIVERSAL AL CUIDADO

El trabajo doméstico y del cuidado es un asunto poliédrico porque vincula distintos aspectos que se han desarrollado a lo largo de esta investigación. Entre los más importantes está el impacto de género en el desarrollo del trabajo doméstico y del cuidado en tanto se perpetúan situaciones de discriminación estructural contra las mujeres y, particularmente, las mujeres con menos recursos económicos, menos formación académica y menos opciones para decidir el tipo de cuidado que quieren o pueden garantizar a sus familiares en situación de dependencia. Además, también perjudica a las personas en situación de dependencia, especialmente adultos mayores y personas en situación de discapacidad que requieren de la ayuda de otros para el desarrollo de actividades de la vida cotidiana, el tipo de cuidado y apoyo que quieren recibir.

Un debate en torno a estos aspectos se puede abordar una manera más comprensiva si se entiende que el derecho al cuidado es un derecho universal o bien un derecho de ciudadanía que busca garantizar una vida en condiciones dignas y la construcción de una ciudadanía plena e igualitaria tanto para las personas que demandan cuidados como para las personas que los proveen. Este derecho adquiere especial relevancia ante los cambios en el mundo de trabajo, el fin del contrato de género, del salario familiar y de la mayor vinculación de las mujeres al mercado de trabajo productivo, a la idea de la mujer como ciudadana y como partícipe de la vida pública y política, como sujeto de derechos y como artífice de su propio proyecto de vida.

Algunos autores como VICENÇ NAVARRO han denominado el derecho al cuidado como un derecho de ciudadanía y como el cuarto pilar del Estado de bienestar. El autor vincula el derecho al cuidado y, en concreto, las medidas de apoyo a las familias como un mecanismo para afrontar las contingencias de las situaciones de dependencia y como una garantía a la igualdad de oportunidades para las mujeres. NAVARRO señala que el Estado de bienestar debe ser entendido como “una silla que permite el descanso y da apoyo al ciudadano en momentos de su vida”¹. Esta silla tiene cuatro patas: el derecho a la sanidad, el derecho a la educación, el derecho a las pensiones contributivas y no contributivas y el derecho a los servicios de ayuda a las familias. Entre estas se encuentran servicios de escuelas de infancia y de atención a personas en situación de discapacidad y de adultos mayores².

En el mismo sentido, JANE JENSON ha señalado que el derecho a la atención a la dependencia es un derecho de ciudadanía social que fue construido por los Estados de bienestar. De hecho, ha sido una preocupación constante en los sistemas de protección social que han entendido que la ausencia de un empleo y de mecanismos de seguridad social que contemplen la atención a las situaciones de dependencia, no permite que las familias se puedan cuidar de

¹ NAVARRO, VICENÇ. *El subdesarrollo social de España*. op. cit., p. 88.

² NAVARRO, VICENÇ. *El subdesarrollo social de España*. op. cit., pp. 88-89.

sí mismas. Por consiguiente, el denominado salario familiar, contemplaba los momentos de contingencia del trabajador, de la mujer cuidadora y de sus dependientes. No obstante, estos esquemas han cambiado y se hace necesario pensar quién y cómo se asumen los costos del cuidado³.

Es posible identificar distintos argumentos que sustentan el cuidado como un derecho universal o de ciudadanía. Uno de estos argumentos es presentado por AMAIA PÉREZ y SILVIA LÓPEZ. Las autoras destacan que existe una vinculación entre cuidados, desigualdad y exclusión. Un vínculo circular que es producto de la inexistencia de un derecho al cuidado y de la individualización de las obligaciones del cuidado que genera que los riesgos de la dependencia sean asumidos de acuerdo a las condiciones particulares de cada familia. En este sentido, para romper este círculo vicioso es necesaria la configuración de un derecho al cuidado “que sea constitutivo del núcleo duro de la ciudadanía”⁴.

La manera como estas autoras desarrollan el derecho es comprensiva de una forma bidimensional del cuidado en el que se tiene en cuenta a la persona en situación de dependencia, su necesidad de recibir cuidados y la posibilidad de elegir el tipo de cuidado que quiere recibir. Por otra parte, también se considera la perspectiva de las personas cuidadoras con independencia de si este trabajo es realizado de manera remunerada o no remunerada. En este sentido, PÉREZ y LÓPEZ señalan:

“El derecho al cuidado como una apuesta analítica y política se entiende como un derecho propio y universal de toda la ciudadanía desde la doble faceta de ciudadanas/os que precisan cuidados y que cuidan (y que pueden cuidar de forma no remunerada en el marco de relaciones afectivas o de responsabilidad; o cuidar en forma remunerada en base a relaciones de intercambio mercantil). Esta perspectiva holística abarca la doble dimensión de la recepción y la provisión de cuidados e implica que la posibilidad de recibir cuidados que necesitamos en distintas circunstancias y momentos del ciclo vital, y la capacidad de elegir si se desea o no cuidar, combinando la posibilidad de cuidar en condiciones dignas con la capacidad de renunciar a cuidar sobre la base de la responsabilidad social pactada (por ejemplo, recurriendo a servicios de cuidados en caso de tener que cuidar a mayores o personas enfermas); e implica, por último, unas condiciones laborales dignas en el sector y con especial atención en el empleo del hogar”⁵.

En el mismo sentido, MARTHA NUSSBAUM ha destacado que el cuidado de personas en situación de dependencia es un asunto de justicia social y de igualdad para las mujeres y para las personas dependientes⁶. Ahora bien, el enfoque de capacidades y de agencia desarrollados por AMARTYA SEN y MARTHA NUSSBAUM es esencial para comprender el derecho universal

³ JENSON, JANE. “Who Cares? Gender and Welfare Regimes”. op. cit., pp. 184-186; BATTHYÁNY DIGHIRO, KARINA. “Las políticas del cuidado en América Latina”. op. cit., p. 11.

⁴ PÉREZ OROZCO, AMAIA Y LÓPEZ GIL, SILVIA. *Desigualdades a flor de piel*. op. cit., p. 34.

⁵ PÉREZ OROZCO, AMAIA Y LÓPEZ GIL, SILVIA. *Desigualdades a flor de piel*. op. cit., pp. 34-35.

⁶ NUSSBAUM, MARTHA. *Las fronteras de la justicia*. op. cit., 2012, p. 111.

al cuidado por varias razones. La primera porque el derecho al cuidado puede ser considerado como un mecanismo para el desarrollo de las capacidades humanas y para garantizar la agencia y autonomía de las mujeres como “agentes activas de cambio”⁷. El derecho al cuidado permite que existan opciones para el cuidado y que las capacidades se puedan desarrollar en cualquiera de las opciones elegidas.

La segunda aportación del enfoque de NUSSBAUM para comprender el derecho universal al cuidado está vinculada con la anterior. Concretamente con la idea de que cada persona es un fin en sí mismo y no un medio para la obtención de los fines de otros⁸. En este sentido, entender las diferentes aristas del derecho universal al cuidado y, particularmente, el derecho de las mujeres a decidir el tipo de vinculación que quieren tener frente al cuidado de personas en situación de dependencia, las visibiliza como sujetos de derecho, de agencia y de autonomía. Permite el desarrollo de su propio proyecto de vida, a elegir entre diversas opciones, sin que este plan de vida este condicionado a un elemento de pertenencia familiar ni de destino fatal frente al cuidado⁹. Asimismo, este principio también puede ser asimilado como el reconocimiento de la personalidad del trabajador, la *descosificación* de quien realiza la actividad y la visibilización de la persona cuidadora y no solo de la persona que demanda el cuidado.

En este sentido, se puede considerar que el derecho universal al cuidado y las distintas aristas de protección son un vehículo que garantiza los derechos de las mujeres y un mejor cuidado para las personas en situación de dependencia. En tanto existe un mayor empoderamiento y una mayor cualificación en la construcción de ciudadanía y de aportación de las mujeres a sus familias y a sus entornos. La garantía de diferentes opciones para el cuidado, de acuerdo con NUSSBAUM, puede ser entendido como un mecanismo que, lejos de perjudicar el cuidado de personas en situación de dependencia o romper los vínculos de amor o de cuidado, es esencial para garantizar formas de cuidado “más fructíferas y menos generadoras de explotación”¹⁰ porque “centrarse en cada persona como el sujeto político básico no desprecia el valor del amor y del cuidado como metas políticas básicas”¹¹.

Las opciones para la agencia y para el desarrollo de capacidades, a través del derecho al cuidado, también permite que las mujeres puedan decidir libremente trabajar fuera de casa, obtener mayores recursos monetarios y relacionarse públicamente, tener mayor participación política y liderazgo¹². Así, por ejemplo, sobre la elección del trabajo fuera de casa, AMARTYA SEN destaca:

⁷ SEN, AMARTYA. *Desarrollo y libertad*. Planeta, Barcelona, 2000, pp. 233.

⁸ NUSSBAUM. MARTHA. *Las mujeres y el desarrollo humano*. op. cit., pp. 115-116.

⁹ NUSSBAUM. MARTHA. *Las mujeres y el desarrollo humano*. op. cit., p. 371.

¹⁰ NUSSBAUM. MARTHA. *Las mujeres y el desarrollo humano*. op. cit., p. 327.

¹¹ NUSSBAUM. MARTHA. *Las mujeres y el desarrollo humano*. op. cit., p. 329.

¹² SEN, AMARTYA. *Desarrollo y libertad*. Planeta, Barcelona, 2000, pp. 249.

“Es posible que estos diferentes aspectos (la capacidad de obtener ingresos de las mujeres, el papel económico que desempeñan fuera de la familia, su nivel de lectura, de escritura y de educación, los derechos de propiedad, etc.) parezcan bastante diversos y dispares. Pero lo que tienen todos ellos en común es que contribuyen positivamente a reforzar la voz y la agencia de las mujeres a través de su independencia y del aumento de su poder. Por ejemplo, el hecho de trabajar fuera del hogar y de percibir una renta independiente tiende a reforzar la posición social de la mujer en el hogar y en la sociedad”¹³.

Por otra parte, un aspecto transversal a los componentes del derecho universal al cuidado está relacionado con un cambio cultural porque una mayor visibilización del trabajo doméstico y del cuidado, del reconocimiento de su valor social, ético y económico, así como la consolidación de distintas opciones de garantía impulsan un cambio cultural en la asignación de roles de género. Así, por ejemplo, en el caso de España, NAVARRO señala la urgencia de un “cambio de mentalidad masculina, para que el hombre sea copartícipe en las responsabilidades familiares (...) De otra manera, será difícil superar la actual situación de explotación de la mujer en la sociedad española”¹⁴.

En suma, el derecho universal al cuidado se trata simplemente del reconocimiento de la fragilidad humana y de un hecho incuestionable: en algún momento del ciclo vital, todas las personas necesitan del cuidado de otras para realizar actividades cotidianas. Por eso, las personas dependientes tienen derecho a esa asistencia con independencia de su red familiar, de sus ingresos económicos o de los beneficios del sistema de mercado¹⁵. Pero también, las personas cuidadoras tienen derecho a ser visibilizadas y reconocidas en tanto personas que trabajan. Por consiguiente, la identificación de la dependencia propia de la naturaleza humana permite reconocer la necesidad de garantizar condiciones de vida digna a la persona dependiente y a la persona cuidadora.

En este sentido, la perspectiva del derecho universal al cuidado implica un enfoque bidimensional, dentro del cual, el cuidado es considerado como un asunto público y una responsabilidad social cuya garantía se encuentra a cargo del Estado. El Estado no debe trasladar esa carga a terceros en detrimento de sus propios derechos fundamentales. Además, implica la garantía de autonomía, libertad e igualdad en la elección de las diferentes formas de cuidado. Bajo este esquema, el cuidado es considerado como un trabajo que vincula activamente al Estado, las empresas, el mercado y la sociedad en la atención a las personas en situación de dependencia. Del mismo modo, se trata de una actividad protegida por los

¹³ SEN, AMARTYA. *Desarrollo y libertad*. Planeta, Barcelona, 2000, pp. 236.

¹⁴ NAVARRO, VICENÇ. *El subdesarrollo social de España*. op. cit., p. 92.

¹⁵ Sobre el derecho universal al cuidado y sus aristas: PÉREZ OROZCO, AMAIA y LÓPEZ GIL, SILVIA. *Desigualdades a flor de piel*. op. cit., p. 62.

sistemas internacionales y regionales de derechos humanos, sociales y laborales. Finalmente, esta protección no se limita a quienes tienen una vinculación laboral asalariada.

El carácter bidimensional del derecho universal al cuidado implica que se deben proteger, con el mismo valor e importancia, los derechos humanos de la persona que requiere del cuidado y de la persona que se encarga de su cuidado. Esta lectura bidimensional permite evaluar el grado de cumplimiento de las obligaciones estatales frente al cuidado de las personas en situación de dependencia e identificar las condiciones jurídicas, sociales y económicas a las que están expuestas las personas que cuidan a los dependientes. Como señala LAURA PAUTASSI, el reconocimiento del cuidado como un derecho tiene unas implicaciones concretas:

“(…) otorgar derechos implica a su vez, reconocer un campo de poder para sus titulares, reconociendo que limita el margen de acción de los sujetos obligados, entre ellos el Estado, en tanto define en sentido amplio, aquellas acciones que el obligado puede y las que no puede hacer. En rigor, el enfoque de derechos explicita un reconocimiento de la relación directa existente entre el derecho, el empoderamiento de sus titulares, la obligación correlativa y la garantía, todo lo cual conjuga en una potencialidad que puede actuar como una forma de restablecer equilibrios en el marco de las situaciones sociales marcadamente desiguales.

Y aquí resulta central destacar la importancia de considerar al cuidado como una obligación que se desprende del derecho al cuidado. El derecho a cuidar y a ser cuidado y a cuidarse tiene su correlato en la obligación de cuidar. Esto es, implica un conjunto de obligaciones negativas, características de los derechos económicos, sociales y culturales, como no entorpecer los servicios de guarderías infantiles, no impedir el acceso de un adulto mayor al sistema de salud; pero principalmente incluye obligaciones positivas, que se enrolan en proveer los medios para poder cuidar, en garantizar que el cuidado se lleve adelante en condiciones de igualdad y sin discriminación y que no solo se concedan a un grupo reducido –por caso vinculado al empleo asalariado formal- sino que sean garantizados a todos los ciudadanas y ciudadanos”¹⁶.

Por consiguiente, el derecho al cuidado implica la definición de obligaciones positivas y negativas para los Estados y los particulares, la identificación de actores responsables de cumplir con estas obligaciones, un contenido esencial de protección y unos sujetos titulares de derechos. Desde luego, también se establecen obligaciones correlativas, límites a los derechos y a las obligaciones derivadas. Uno de los efectos más importantes es la posibilidad de demandar su garantía a través de diferentes esferas de exigibilidad.

Las cuatro aristas vertebrales del derecho universal al cuidado son: i) el derecho a recibir cuidados; ii) el derecho a decidir no cuidar en el entorno familiar de manera informal y la garantía de trabajo decente y digno para quienes hacen el trabajo del cuidado de manera

¹⁶ PAUTASSI, LAURA. “El cuidado como cuestión social”. op. cit., p. 18.

remunerada; iii) el derecho a cuidar y iv) el reconocimiento del trabajo doméstico y del cuidado en el entorno familiar como un verdadero trabajo¹⁷. A continuación, se señalan los elementos fundamentales de cada una de estas cuatro dimensiones del derecho al cuidado.

1.1. EL DERECHO HUMANO A RECIBIR CUIDADOS

El derecho a recibir cuidados está reconocido en múltiples instrumentos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos. En particular, en aquellos en los que se contempla una protección social y prevalente para los niños y niñas, las personas en situación de discapacidad y los adultos mayores¹⁸.

Este derecho se garantiza a través de las familias, el Estado, las empresas y el mercado. Se trata de un derecho que impone obligaciones positivas y negativas para todos los actores sociales, empresariales y estatales. La identificación de distintos actores como titulares de las obligaciones para la garantía del derecho al cuidado implica tener en cuenta que:

“(…) debe quedar claro que existen sujetos obligados a proveer el cuidado, desde los miembros de la pareja para con los hijos, o de los hijos varones y mujeres para con sus progenitores en situación de autonomía relativa, pero también es el Estado o los particulares en determinados casos quienes también se encuentran obligados a ‘hacer’ en materia del cuidado. Esto es, no solo el Estado debe no entorpecer que una madre amamante a su hijo, sino que además le debe proveer las condiciones necesarias para ello. En el caso de que trabaje en el ámbito productivo debe otorgarle licencia o un espacio físico para amamantar, tanto si es trabajadora del sector público o en el sector privado, como también debe otorgar licencias para los padres para que asuman conjuntamente la corresponsabilidad que les compete en materia de cuidado y crianza. A su vez, la obligación positiva del Estado implica la imposición a terceros de ciertas y determinadas obligaciones, como en este caso, la obligatoriedad de los empleadores privados de que efectivamente provean la infraestructura de cuidado o de las licencias legalmente contempladas. En rigor, garantizar el derecho al cuidado, en tanto derecho universal y propio de cada ciudadana y ciudadano, amplía la esfera de exigibilidad de cada persona hacia los distintos ámbitos (estatales y privados) y posibilita un cambio en la dinámica del cuidado”¹⁹.

Según se indicó, el derecho al cuidado, sus titulares y las obligaciones que de este derivan se encuentran contempladas en diferentes instrumentos internacionales, regionales y nacionales

¹⁷ BATHAYÁNY DIGHIERO, KARINA; GENTA, NATALIA y PERROTTA, VALENTINA. “El cuidado de calidad desde un saber experto y su impacto de género. Análisis comparativo sobre cuidado infantil y de adultos y adultas mayores en Uruguay”. *Serie Asuntos de Género*, n° 123, CEPAL, 2013, p. 9.

¹⁸ El derecho al cuidado está reconocido en diferentes instrumentos internacionales, lo cual no significa que no existan problemas para su exigibilidad. *Vid.* BATHAYÁNY DIGHIERO, KARINA; GENTA, NATALIA y PERROTTA, VALENTINA. “El cuidado de calidad”. *op. cit.*, p. 9.

¹⁹ PAUTASSI, LAURA. “El cuidado como cuestión social”. *op. cit.*, p. 19.

de derechos humanos. El preámbulo de la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989 señala que la infancia tiene derecho al cuidado y a la asistencia especial²⁰. El derecho al cuidado es transversal dentro de este instrumento internacional.

La *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989 establece que el deber principal del cuidado de los niños les corresponde a los padres con la participación subsidiaria del Estado²¹. La participación del Estado se concentra en prestar una asistencia adecuada a los padres o a las personas encargadas de la crianza del niño para que estos proporcionen un cuidado adecuado. El Estado también debe crear instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños²².

En relación con los niños en situación de discapacidad mental o física, la Convención les reconoce el derecho a un cuidado especial que les garantice el mayor grado de autonomía posible, una vida en condiciones plenas y con dignidad que les permita valerse por sí mismos y tener una participación activa dentro de la sociedad²³. Para el cumplimiento de este derecho, la Convención contempla la atención del niño en situación de discapacidad y de quienes tienen la responsabilidad del cuidado, una asistencia adecuada a las condiciones particulares de los padres y condicionada a los recursos económicos disponibles²⁴.

Por su parte, la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* de 2006 contempla la obligación estatal de garantizar y promover el respeto al hogar y a las familias que tengan niños en situación de discapacidad. Esta medida busca prevenir situaciones de abandono, ocultación, segregación y negligencia en el cuidado de las niñas y los niños con discapacidad. Para el cumplimiento de este propósito, el Estado debe proporcionar información y servicios de apoyo tanto para los niños y niñas en situación de discapacidad como para sus padres. Estos últimos serán los llamados a garantizar el cuidado y, solo en caso de que no puedan, se procurará que los familiares cercanos se encarguen del cuidado²⁵.

Asimismo, el preámbulo de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* de 2006 reconoce la importancia de apoyar a las familias de las personas en situación de discapacidad. El apoyo estatal se debe dirigir a garantizar los derechos de las familias, esto es, la asistencia

²⁰ La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 tiene 3 protocolos que la complementan. El protocolo relativo a la venta de niños y la prostitución infantil; el protocolo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados y el protocolo relativo a un procedimiento de comunicaciones para presentar denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño. El Comité está compuesto por 18 expertos de diferentes países. A excepción de los Estados Unidos, los demás Estados del mundo han ratificado este instrumento internacional de manera que es el instrumento internacional con mayor número de ratificaciones.

²¹ *Vid.* ONU. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (artículos 3.2, 3.3, 9 y 18).

²² *Vid.* ONU. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (artículos 18.2 y 18.3).

²³ *Vid.* ONU. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (artículo 23.1).

²⁴ *Vid.* ONU. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (artículos 23.2 y 23.3).

²⁵ *Vid.* ONU. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 (artículo 25).

de los familiares y los cuidadores de las personas en situación de discapacidad para prevenir, reconocer y denunciar casos de explotación, violencia y abuso²⁶.

Además, uno de los pilares esenciales de esta Convención es la garantía de un alto grado de autonomía para las personas en situación de dependencia. Esto implica reconocer el derecho a elegir el lugar, la manera y las personas con quienes quiere vivir la persona en situación de discapacidad. Con este propósito, la Convención también contempla la obligación de los Estados de garantizar diferentes tipos de servicio y apoyo para que las personas en situación de discapacidad tengan autonomía y dispongan de una red de servicios de asistencia domiciliaria e institucional. Los servicios de asistencia pretenden facilitar la vida de las personas en situación de discapacidad y evitar su aislamiento y separación de la vida en comunidad²⁷.

La misma *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* de 2006 advierte que las personas en situación de discapacidad y sus familias deben tener garantizado un nivel de vida y protección social adecuados. Por una parte, eso significa una garantía de alimentación, vivienda y mejoramiento de las condiciones de vida para todas las personas en situación de discapacidad y sus familias. En segundo lugar, se debe otorgar una protección especial para aquellas personas que viven en situación de pobreza. En este último caso, el Estado tiene la obligación de buscar los mecanismos que les permitan a las familias sufragar los gastos relacionados con la discapacidad de uno de sus integrantes. Por consiguiente, se debe procurar la capacitación, la asistencia financiera y los servicios de cuidados temporales adecuados para quienes están en situación de discapacidad y en situación de pobreza²⁸.

Si se deja de lado el análisis de los instrumentos universales y se enfoca en los instrumentos regionales, destaca la reciente *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* de 2015. Esta Convención reconoce el derecho al cuidado como ningún otro instrumento internacional o regional lo había hecho antes²⁹.

En efecto, la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* de 2015 reconoce el derecho de autonomía de las personas mayores y el derecho a recibir cuidados cuando estos sean necesarios para afrontar enfermedades o situaciones de discapacidad que les dificulten el desarrollo de las actividades básicas de la vida diaria. Lo más relevante es que el derecho a recibir cuidados pone el énfasis en las distintas obligaciones estatales. Estas obligaciones van, desde el fortalecimiento institucional, la cualificación y el control de quienes prestan los servicios del cuidado, hasta el apoyo a las familias que cuidan

²⁶ *Vid.* ONU. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 (artículo 16).

²⁷ *Vid.* ONU. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 (artículos 19 y 20).

²⁸ *Vid.* ONU. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 (artículo 16).

²⁹ *Vid.* OEA. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015 (en vigor desde el 11 de enero de 2017).

a las personas mayores³⁰. Este es uno de los instrumentos internacionales más importantes y determinantes para avanzar hacia la protección efectiva de quienes realizan los trabajos del cuidado.

Según se ha visto en esta sección de la investigación, el derecho al cuidado está contemplado en varios instrumentos internacionales y recoge el derecho a recibir cuidados y la obligación de las familias de proveerlos. El Estado debe participar activamente en el apoyo a las familias que tengan personas en situación de dependencia y crear mecanismos institucionales para facilitar y garantizar el cuidado.

En este punto, es importante señalar que el derecho a recibir cuidados está reconocido en instrumentos jurídicos que tienen una aparente neutralidad normativa. Es decir, las normas internacionales mencionadas previamente reconocen el derecho de las personas a recibir cuidados y la obligación de la familia de garantizarlos con la ayuda y responsabilidad compartida del Estado. Sin embargo, en ninguna de esas normas se reconoce que, dentro de la familia, las mujeres son quienes mayoritariamente asumen esa obligación.

Por esta razón, como se ha señalado a lo largo de toda esta investigación, siempre es necesaria una lectura bidimensional del cuidado con sus múltiples aristas e identificar las implicaciones del cuidado para quienes realizan este trabajo de manera invisible dentro del entorno familiar y, en concreto, las implicaciones en materia de igualdad estructural para las mujeres.

Eso explica que otros instrumentos internacionales y regionales sobre igualdad de género sí hayan recogido la preocupación por la alta participación de las mujeres en el trabajo de los cuidados. Concretamente, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)* de 1979 y la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o 'Convención de Belém do Pará'* de 1994. Estos dos instrumentos han resaltado los roles tradicionales y estereotipados de género asignados a las mujeres dentro de las familias y su impacto negativo para alcanzar la igualdad material de las mujeres³¹.

De todo lo anterior, se deriva la importancia de poner el foco del derecho al cuidado en las demás aristas relacionadas con las personas que realizan el trabajo del cuidado. En este sentido, desde una lectura bidimensional, es imprescindible tener en cuenta que el derecho al cuidado también implica, por una parte, el derecho a decidir no cuidar en el entorno familiar de manera directa y permanente o las garantías de igualdad y trabajo decente para las personas que realizan el trabajo doméstico y del cuidado de manera remunerada (1.2.). Por otra parte, el derecho a cuidar en el entorno familiar sin que esto sea incompatible con el trabajo remunerado por fuera del hogar familiar y, (1.3.). la disposición de condiciones de

³⁰ *Vid.* OEA. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015 (artículos 5-31).

³¹ *Vid.* ONU. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de 1979 (artículos 5, 11 y 16) y OEA. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o 'Convención de Belém do Pará' de 1994 (artículos 6 y 8).

tiempo, modo y lugar para garantizar el cuidado con independencia de la vinculación que exista con el mercado de trabajo y, el derecho a decidir cuidar sin que cuidar de un familiar en situación de dependencia implique la afectación de los derechos fundamentales de la persona cuidadora (1.4.). A continuación, se describen estas dos dimensiones del derecho al cuidado.

1.2. EL DERECHO A DECIDIR NO CUIDAR Y LA GARANTÍA DE TRABAJO DECENTE Y DIGNO COMO MANIFESTACIÓN DE LA AGENCIA Y DE LA AUTONOMÍA

El cuidado de las personas en situación de dependencia también es una obligación de los Estados y de otros actores (i.e. empresas y mercado), lo cual significa que no es una obligación exclusiva de las familias. Por esa razón, el derecho al cuidado incluye el derecho de los familiares a decidir no cuidar de manera permanente y exclusiva y debe considerarse como un mecanismo que impulsa y garantiza la agencia y autonomía de las mujeres. En tanto existen opciones para garantizar el cuidado de personas dependientes.

Este derecho se concreta en la posibilidad de los familiares de la persona en situación de dependencia de transferir todo el cuidado o, al menos, una parte del mismo. La transferencia del cuidado no implica abandonar al familiar en situación de dependencia o eximirse de la obligación de proveerle el cuidado. Por el contrario, la transferencia comporta una mayor vinculación estatal e institucional en el cuidado de las personas en situación de dependencia y apunta a que el cuidado de esas personas no se restrinja únicamente a los vínculos familiares y afectivos. También tiene el objetivo de desligar la calidad del cuidado de la capacidad económica del dependiente o del poder adquisitivo de sus familiares. En relación con esta arista, en la que existe la capacidad de poder elegir si se quiere cuidar o no PÉREZ y GIL precisan que:

“Esta decisión no se plantea sobre la base de la libre elección individualista, pues no habría garantía de no reproducir de nuevo las desigualdades sociales en un marco neoliberal (¿quién cuida cuando nadie quiere cuidar?). El punto en que se quiere incidir con la posibilidad de “no cuidar” es la ruptura con la obligatoriedad del cuidado dentro del mandato de género. En términos estrictos no existe la posibilidad de no cuidar (como hemos señalado, el cuidado el cuidado está presente con diferente intensidad a lo largo de toda la vida), pero esta obligatoriedad debe ir unida a la responsabilidad social de procesos de decisión colectivos sobre qué cuidados es necesario cubrir. Por eso, en última instancia se apunta la necesidad de pensar el cuidado dentro de un conjunto de relaciones (de género entre ellas) distintas. Por otro lado, el derecho a cuidar se liga directamente con las facilidades o cambios que deban asumirse en el mercado de trabajo para que cuidar sea posible, así como en otros derechos de conciliación (por ejemplo, en materia de extranjería).³²²”

El derecho al cuidado debe estar mediado por mecanismos que permitan que una persona pueda decidir si desea o no cuidar dentro del entorno familiar y si desea hacerlo durante una

³²² PÉREZ OROZCO, AMAIA y LÓPEZ GIL, SILVIA. *Desigualdades a flor de piel*. op. cit., p. 35.

sola jornada o como actividad permanente. En este sentido, como lo señala BATHYÁNY, esta dimensión del derecho al cuidado es la “posibilidad de elegir otras alternativas de cuidado que no sean necesariamente y de manera exclusiva el cuidado familiar no remunerado. Esto no significa desconocer las obligaciones de cuidado incluidas en leyes civiles y tratados internacionales, sino encontrar mecanismos para compartir esas obligaciones”³³.

La libertad de poder elegir entre dedicarse de manera permanente o parcial al trabajo de cuidado de una persona dependiente del entorno familia o trabajar fuera de casa es un elemento esencial en la agencia y la libertad de las personas y, en concreto, de las mujeres. AMARTYA SEN sobre este aspecto destaca que: “la libertad en un área (la de poder trabajar fuera del hogar) contribuye a fomentar la libertad en otras (la libertad para no pasar hambre, no padecer enfermedades y no sufrir privaciones relativas)”³⁴.

Esta arista apunta al cumplimiento de la obligación de los Estados de crear y fortalecer las redes de servicios, atención y cuidado para las personas en situación de dependencia. Esta obligación ha sido establecida en los instrumentos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos de los colectivos más vulnerables. Por ejemplo, la *Convención sobre los Derechos del Niño*, la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* y la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* señalan que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas para apoyar a las familias de las personas en situación de dependencia.

En concreto, en el caso de la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, el apoyo estatal incluye un sistema institucional integral de cuidados de corta o larga duración. En este instrumento, el contenido del derecho al cuidado implica la obligación de los Estados de garantizar que los servicios de atención tengan personal especializado. También se destaca la importancia de promover el desarrollo de servicios sociales y sanitarios integrados y especializados para la atención de adultos mayores con enfermedades que generen situaciones de dependencia (i.e. enfermedades crónico degenerativas, las demencias y la enfermedad de *Alzheimer*)³⁵.

Entre otras disposiciones, este instrumento regional establece la obligación estatal de regulación, formación y control de las personas que realizan el trabajo del cuidado. De acuerdo con la Convención, los Estados tienen la obligación de implementar marcos regulatorios para garantizar el buen funcionamiento de los servicios del cuidado³⁶.

³³ BATHYÁNY DIGHERO, KARINA. “Las políticas del cuidado en América Latina”. op. cit., p. 11.

³⁴ SEN, AMARTYA. *Desarrollo y libertad*. op. cit., pp. 238.

³⁵ *Vid.* OEA. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015 (artículos 7.c, 12 y 19).

³⁶ *Vid.* OEA. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015 (artículos 6, 9.f, 9.g, 12 y 16).

Esta manera de comprender el derecho al cuidado implica que el Estado debe mejorar las condiciones de trabajo de los cuidadores desde la esfera institucional hasta la esfera del servicio doméstico. Esta obligación es independiente del nivel de profesionalización porque el objetivo es que el trabajo del cuidado no se realice en condiciones de precariedad laboral en ninguno de sus niveles. Nuevamente, en el cumplimiento de esta responsabilidad, los Estados deben tener en cuenta, el impacto de género derivado de la alta participación de las mujeres en el sector de los servicios del cuidado y las condiciones de discriminación múltiple a la que están expuestas muchas mujeres que se dedican al trabajo doméstico y del cuidado formal. Como se recordará, este punto fue analizado en el capítulo cuarto de esta investigación cuando se hizo referencia a los ordenamientos jurídicos de Colombia y España.

El derecho a decidir no cuidar dentro del ámbito familiar tiene una relación inescindible con la garantía de condiciones de trabajo dignas y decentes para quienes hacen este trabajo de manera remunerada. Cuando se protege y visibiliza el trabajo del cuidado remunerado se contribuye a visibilizar y proteger el trabajo del cuidado no remunerado e informal que ocurre dentro del ámbito familiar. Además, el ejercicio pleno de la autonomía de todas las personas involucradas en el cuidado (remunerado y no remunerado) depende directamente de las garantías institucionales que ofrezca el Estado para el cuidado de los dependientes. No es posible ejercer libremente el derecho a no cuidar cuando las opciones son el abandono del dependiente o el cuidado por parte de un tercero en condiciones de precariedad. Del mismo modo, la decisión afirmativa de cuidar no es libre si ocurre en condiciones de trabajo forzado y de explotación.

En el caso de las mujeres que realizan el trabajo doméstico y del cuidado remunerado, la inexistencia de un sistema institucional para el cuidado o de una vinculación estatal y empresarial sólida les deja a las familias la obligación exclusiva de contratación. Cuando esto ocurre, los niveles de los ingresos de los familiares del dependiente determinan la calidad de la remuneración y la mayor o menor satisfacción de las prestaciones laborales de la cuidadora.

Además, la ausencia de una vinculación estatal en el cuidado causa un aumento de la demanda de trabajo doméstico y del cuidado remunerado. Eso significa que, quienes realizan el trabajo doméstico y del cuidado de manera remunerada, deban dejar en manos de terceros (i.e. familiares, amigos y vecinos) el trabajo del cuidado de sus propios dependientes. La alternativa a esta cadena de cuidados es la realización de dobles jornadas de trabajo doméstico y del cuidado: se cuida en casa ajena de manera remunerada y precaria y, en las noches, se cuida en casa propia de manera no remunerada, invisible y precaria.

En síntesis, en un contexto económico neoliberal y capitalista, la inexistencia de mecanismos institucionales para el cuidado pone en tela de juicio el principio de autonomía individual como pilar del sistema económico. Esto se hace evidente, de manera fehaciente, en el desarrollo del trabajo doméstico y del cuidado en el ámbito familiar que se realiza de manera invisible e informal.

1.3. EL DERECHO A CUIDAR CON INDEPENDENCIA DEL TIPO DE VINCULACIÓN CON EL MERCADO DE TRABAJO: OTRA GARANTÍA ESENCIAL PARA LA AGENCIA DE LAS MUJERES

El cuidado de los familiares en situación de dependencia es una obligación y un derecho. Esta doble dimensión tiene fundamentos morales y jurídicos. Sin embargo, según se señaló en la sección anterior, la obligación de cuidar está mediada por la posibilidad de elegir cuidar de manera permanente y directa, cuidar temporalmente o no cuidar. Ahora bien, la decisión libre y afirmativa de cuidar implica que este trabajo se realiza en condiciones adecuadas que no dependen de la vinculación laboral de la persona cuidadora. Estas condiciones adecuadas se refieren al tiempo, modo y lugar para el cuidado. En este sentido, existe un cambio de enfoque en el sujeto protegido por el derecho que tradicionalmente se concentró en la persona cuidada y ha dejado de lado al cuidador.

Por consiguiente, el reconocimiento de derechos para quien decide cuidar, cuando existen otras opciones distintas, también permite el desarrollo del principio de cada persona como un fin. NUSSBAUM destacó la importancia de considerar a las mujeres como sujetos individuales que, si bien pueden ser parte de una familia, son mujeres con una vida independiente de las mismas, con metas y aspiraciones que no siempre son coincidentes. En este sentido, el desarrollo del derecho universal al cuidado y, en concreto, el reconocimiento del derecho a cuidar sin que esta decisión vaya en perjuicio de sus propios derechos humanos, es coherente con la teoría de NUSSBAUM, la agencia de las mujeres y el desarrollo de las capacidades. En este sentido, sobre el principio de cada persona como un fin, NUSSBAUM señala:

“El *principio de cada persona como fin* entraña, sin embargo, que la persona considerada en forma separada, debería ser la unidad básica para la distribución política. Los principios políticos básicos mandan que la sociedad asegure un nivel mínimo de bienes básicos de vida a *cada uno*, viendo *cada vida* como merecedora de un apoyo básico para vivir como también de las libertades y oportunidades básicas; esos principios mandan también que no debemos quedarnos contentos con un glorioso total o promedio, mientras algunos individuos sufren carencias, sea de libertad o de bienestar material.

Tal como he expuesto, un principio semejante es especialmente urgente cuando pensamos acerca de las vidas de las mujeres en la familia. Pues con determinada frecuencia se ha negado a las mujeres los bienes básicos para vivir porque se las ha visto como parte de una entidad orgánica, tal como se supone que es la familia, más que como sujetos políticos por derecho propio. Con demasiada frecuencia se las ha visto también como reproductoras y dadoras de cuidados más que como fines en sí mismas. En términos concretos y prácticos, esto ha significado que se plantearan demasiado pocas preguntas acerca de cómo están distribuidos los recursos y las oportunidades en el seno de la familia”³⁷.

Las garantías del derecho universal al cuidado antes descritas son el soporte para afirmar que decidir cuidar de manera permanente de una persona en situación de dependencia es una decisión libre. En la medida que existan opciones reales para la elección de una u otra forma

³⁷ NUSSBAUM, MARTHA. *Las mujeres y el desarrollo humano*. op. cit., pp. 327-327.

de cuidado cualquier decisión es respetable³⁸. No obstante, es necesario garantizar mecanismos de protección jurídica y mecanismos para el desarrollo pleno de las capacidades en cualquier opción que se tome. En ningún caso, el cuidar de manera permanente a una persona en situación de dependencia puede convertirse en un destino fatal. Es imprescindible que existan opciones para alternar este trabajo con otros trabajos productivos y/o monerarios y mecanismos de protección y de reconocimiento de derechos concretos para quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado.

El derecho a elegir cuidar y el cuidado -como un derecho- tiene fundamentos normativos en el plano internacional y regional de los derechos humanos. Este derecho se ha desarrollado principalmente desde un enfoque de garantía de tiempos para el cuidado que sean compatibles con el desarrollo de otras actividades productivas. Desde distintos niveles institucionales de regulación, existen normas y recomendaciones que señalan la necesidad de crear y fortalecer las políticas estatales y empresariales sobre el tiempo, modo y lugar en que ocurre el cuidado. Este es un enfoque determinante del derecho a cuidar que debe ser garantizado y exigible para todas las personas con independencia de su vinculación con el mercado de trabajo.

Por ejemplo, el Convenio 156 de la OIT ‘sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadoras con responsabilidades familiares’ de 1981 es el instrumento internacional más específico sobre esta arista del derecho del cuidado³⁹. Este Convenio concreta los mandatos de otros instrumentos internacionales y regionales de protección de las personas que, por su situación de debilidad manifiesta, son demandantes de cuidado. El Convenio también desarrolla los instrumentos internacionales y regionales sobre igualdad y no discriminación de las mujeres.

El Convenio 156 vincula al sector empresarial y al Estado en la obligación de buscar alternativas que faciliten el cuidado de los familiares en situación de dependencia. En este mismo Convenio se adoptan disposiciones para garantizar la incorporación y permanencia dentro del mercado del trabajo. La búsqueda de alternativas para el cuidado es un objetivo fuertemente vinculado con la igualdad de oportunidades y con el principio de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres.

El Convenio 156 de la OIT busca, entre otras cosas, garantizar el tiempo y los medios que requieren las personas para el cumplimiento de las obligaciones del cuidado de sus familiares en situación de dependencia. El presupuesto del Convenio es que la obligación y el derecho a cuidar debe estar precedido de unas condiciones adecuadas para el cumplimiento de la obligación o el ejercicio del derecho en entornos dignos para las partes.

³⁸ NUSSBAUM, MARTHA. *Las mujeres y el desarrollo humano*. op. cit., p. 133.

³⁹ El Convenio 156 es complementario en relación con los convenios y recomendaciones que buscan garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre las trabajadoras y los trabajadores. *Vid.* Convenio y Recomendación sobre igualdad de remuneración de 1951; Convenio y Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos de 1975.

Un elemento esencial del Convenio 156 es que sus disposiciones son aplicables a todas las ramas de la actividad económica y a todas las categorías de trabajadores⁴⁰. Por consiguiente, esta garantía no está condicionada a las relaciones de empleo ni a la economía formal. Se trata de una protección vinculada a la obligación estatal de incluir en las políticas públicas los mecanismos para que las personas con responsabilidades familiares puedan estar vinculadas al mercado de trabajo sin ser objeto de discriminación. Además, el contenido del Convenio pretende evitar que se genere un conflicto entre el cuidado y el ejercicio del derecho al trabajo remunerado⁴¹.

Para cumplir con esta obligación, los Estados deben considerar las necesidades derivadas del cuidado en todas las medidas administrativas que tengan un impacto en las comunidades locales y regionales. Además, los Estados deben crear mecanismos de sensibilización coherentes con las necesidades concretas de los trabajadores con responsabilidades familiares⁴². A efectos de alcanzar este objetivo, es necesario vincular el desarrollo y promoción de los servicios comunitarios, públicos y privados para el cuidado y para la asistencia en el cuidado infantil y familiar.

Todo lo anterior debe ir acompañado de procesos de formación permanente y de reintegración al mercado de trabajo de las personas que dedican una parte de su vida al cuidado de sus familiares en situación de dependencia. El artículo 7 del Convenio 156 de la OIT señala expresamente que:

“Deberán tomarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales, incluyendo medidas en el campo de la orientación y de la formación profesionales, para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades”⁴³.

Finalmente, en cuanto a la aplicación de las disposiciones del Convenio, este señala que podrán hacerse “por vía legislativa, convenios colectivos, reglamentos de empresa, laudos arbitrales, decisiones judiciales, o mediante una combinación de tales medidas, o de cualquier otra forma apropiada que sea conforme a la práctica nacional y tenga en cuenta las condiciones nacionales”⁴⁴. Por consiguiente, los mecanismos de aplicación son de diverso orden y no se restringen al ámbito de las disposiciones de derecho público.

⁴⁰ OIT. Convenio 156 de 1981 (artículo 2).

⁴¹ OIT. Convenio 156 de 1981 (artículo 3).

⁴² OIT. Convenio 156 de 1981 (artículos 4, 5 y 6).

⁴³ OIT. Convenio 156 de 1981 (artículo 7).

⁴⁴ OIT. Convenio 156 de 1981 (artículo 9).

Un análisis multinivel demuestra que el contenido sustancial del Convenio 156 de la OIT es plenamente compatible con buena parte de los elementos esenciales de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)* de 1979 que se refieren a la eliminación de todas las posibles causas de discriminación en el ámbito del empleo derivadas de las responsabilidades familiares y del cuidado⁴⁵.

Del mismo modo, el Convenio 156 de la OIT va en la misma dirección de los lineamientos del Comité de los Derechos del Niño. En la Observación General 16 del año 2013, el Comité advirtió que existe una conexión directa entre las políticas empresariales relacionadas con el acceso al empleo de los padres o cuidadores y la garantía de no discriminación de los niños; en especial, relacionado con el acceso a bienes y servicios. Esta relación es muy sensible cuando se trata de niños que se encuentran en situación de discapacidad.

La Observación General 16 reitera que la *Convención sobre los Derechos del Niño* (artículo 6) resulta ineficaz cuando las prácticas empresariales exigen que los adultos realicen largas jornadas de trabajo. En este sentido, la Observación destaca la importancia de introducir políticas de conciliación que sean favorables para las familias. De acuerdo con el Comité, estas políticas deben tener en cuenta el impacto de las horas de trabajo demandadas por las empresas en la supervivencia y desarrollo de los niños durante todas las etapas de su crecimiento. Por esa razón, las empresas deben incluir licencias parentales suficientemente remuneradas que faciliten la atención de los niños.

Cuando una política empresarial demanda largas jornadas de trabajo puede generar que los niños -principalmente las niñas- asuman el trabajo doméstico y del cuidado informal de los niños más pequeños. Además, en estos casos, las niñas son forzadas a realizar las tareas que deben ser desempeñadas por sus padres o por personas adultas. Esta situación tiene un impacto negativo en los derechos a la educación, recreación y salud de los niños.

En la misma Observación, el Comité de los Derechos del Niño también advirtió sobre el impacto del sector informal en el ejercicio del derecho al cuidado. En este sentido, el Comité señaló que “los padres o los cuidadores que trabajan en el sector no estructurado de la economía a menudo tienen que trabajar largas jornadas para obtener unos ingresos que les permitan subsistir, lo cual limita gravemente sus posibilidades de ejercer las responsabilidades parentales o atender a los niños a su cargo”⁴⁶.

Por consiguiente, en esta Observación, el Comité advirtió sobre la necesidad de que los Estados adopten medidas y recopilen información que permita cuantificar el impacto que tiene el sector informal en la protección de los derechos de los niños. Además, los Estados

⁴⁵ ONU. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de 1979 (artículo 11).

⁴⁶ ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General 16 ‘sobre obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño’, 2013, párr. 35, p. 11.

también deberán comprometerse a fomentar la creación de puestos de trabajo decentes. Es decir, trabajos que garanticen una remuneración suficiente para los padres y cuidadores⁴⁷.

Además, los Estados deben promulgar leyes claras sobre el uso de la tierra, mejorar las condiciones en materia de seguridad social para aquellas familias que tienen bajos ingresos y apoyar integralmente a las empresas del sector informal. Esto último implica aumentar el acceso al crédito, el registro, la capacitación y la aprobación de disposiciones de protección social adecuadas a sus necesidades⁴⁸.

En conclusión, el Comité de los Derechos del Niño abordó dos aspectos esenciales de la garantía del derecho al cuidado en el sector formal y en el sector informal de la economía. En relación con el primero, el Comité destacó la importancia de crear mecanismos de acceso y no discriminación en el ingreso al empleo, tiempo para el cuidado y una remuneración adecuada para los padres y cuidadores.

En el marco del sector informal, el Comité llamó la atención sobre las condiciones de alta vulnerabilidad de los padres y cuidadores que desarrollan este trabajo y el impacto para los niños. Por consiguiente, el Comité advirtió sobre la necesidad de buscar mecanismos de transición hacia la formalidad mediante el apoyo integral en el acceso a recursos económicos, la capacitación y la apertura de los mercados. Del mismo modo, el Comité se refirió a la garantía de trabajo decente, el ingreso mínimo y la protección social para quienes trabajan dentro de la economía informal⁴⁹.

Como se puede inferir, desde el derecho internacional, el derecho a cuidar implica un compromiso fuerte con la creación de mecanismos estatales y empresariales para que las personas vinculadas al mercado del trabajo en la economía formal e informal tengan alternativas de tiempo, modo y lugar que faciliten el cuidado de sus familiares en situación de dependencia. Para lograr estos objetivos es importante garantizar mecanismos de conciliación entre la vida familiar, laboral y personal.

Además de lo anterior, es necesario estimular y propiciar políticas que impulsen la corresponsabilidad entre hombres y mujeres, las licencias para el cuidado, la promoción de la igualdad de género y oportunidades en el ámbito empresarial, la validación de competencias durante los tiempos de cuidado y la garantía de derechos de protección social para quienes deciden realizar este trabajo dentro del ámbito familiar. Además de infraestructura adecuada para el cuidado en lugares donde existe un alto número de personas

⁴⁷ ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General 16 ‘sobre obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño’, 2013, párr. 35-37, p. 12.

⁴⁸ ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General 16 ‘sobre obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño’, 2013, párr. 36, p. 12.

⁴⁹ ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General 16 ‘sobre obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño’, 2013, párrs. 35-36, p. 12.

que se dedican a actividades informales. En el mismo sentido, contemplar mecanismos para garantizar que, en proyectos de creación de empleo, procesos de emprendimiento, o de apoyo a trabajadores autónomos el elemento del cuidado sea un eje central de las normas y en las políticas públicas que las desarrollen.

1.4. EL RECONOCIMIENTO DEL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO INFORMAL COMO PARTE DEL DERECHO AL CUIDADO: LAS FRONTERAS MÓVILES DE LABORALIDAD COMO UN MANDATO PARA LA IGUALDAD

Según se ha enunciado, el cuarto componente del derecho a cuidar es el reconocimiento de que el cuidado realizado dentro del entorno familiar de manera informal es un trabajo con valor social, económico y jurídico. Esto se concreta en la garantía de unos derechos que permiten cuidar a los familiares en situación de dependencia sin que esta decisión cause un perjuicio para el disfrute de los derechos humanos, sociales y laborales fundamentales de quien realiza el trabajo doméstico y del cuidado. En otras palabras, esto significa que el trabajo del cuidado no sea desarrollado de manera informal e implica extender las fronteras de protección del derecho del trabajo.

Desde la doctrina se ha advertido que las fronteras del derecho del trabajo deben ser más comprensivas e incorporar los problemas regulatorios derivados del trabajo doméstico y del cuidado informal que se realiza en entorno familiar, vecinal y de amistad y que no persigue la obtención de recursos monetarios. ALAIN SUPIOT considera que en el modelo laboral actual es necesario garantizar un derecho social y laboral amplio. El autor propone reconocer derechos concretos en función del estatuto profesional de las personas. Estos derechos los denomina derechos de giro social (*droits de tirage sociaux*) y permiten incluir como parte de la historia o estatuto profesional de las personas los tiempos destinados al trabajo del cuidado. En el entendido de que se trata de un trabajo socialmente necesario⁵⁰.

En la misma dirección de SUPIOT, autoras, como JUDY FUDGE y KAMALA SANKARAN, también han recalcado la importancia de expandir las fronteras del derecho del trabajo clásico e industrial. Una expansión de las fronteras que integre en su esquema regulatorio el trabajo doméstico y del cuidado informal y las problemáticas derivadas de los trabajos de reproducción social. Las dos autoras destacan que mantener al margen del manto protector y regulador del derecho del trabajo esta forma de participación en el mundo del trabajo tiene implícito un impacto de género de alta intensidad y la perpetuación de desigualdades y elementos de discriminación estructural que han estado ocultos en el trabajo invisible de las mujeres.

⁵⁰ SUPIOT, ALAIN (dir.). *Au-Delà de l'emploi*. op. cit., pp. 121-125.

Para JUDY FUDGE, el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado y todo el esquema de trabajo de reproducción social debe analizarse como parte del sistema de producción⁵¹. En opinión de la autora, estos trabajos han estado excluidos de las fronteras del derecho del trabajo sin una razón que lo justifique⁵². Por su parte, KAMALA SANKARAN advierte sobre la necesidad de ampliar las fronteras desde una perspectiva del sur global. Esto implica integrar dentro de las fronteras del derecho del trabajo aquellas formas de trabajo que probablemente nunca transitarán hacia la formalidad mediante el contrato de trabajo o una relación de empleo. KAMALA SANKARAN considera que algunas de las formas de trabajo que han estado excluidas del derecho del trabajo son un nicho de opresión y de trabajo forzado para las mujeres como puede ser el trabajo doméstico y del cuidado y los trabajos no remunerados⁵³.

Otra razón que impulsa a reconocer el derecho a cuidar de otro, sin que implique un desmedro en los derechos laborales y sociales fundamentales para quien así lo decide, es la superación de estereotipos de género y de imaginarios que consideran que el trabajo doméstico y del cuidado no es un trabajo o que no requiere de ningún esfuerzo. El reconocimiento del trabajo doméstico y del cuidado informal como un trabajo que debe transitar hacia la formalidad.

De acuerdo con lo anterior, el reconocimiento del trabajo doméstico y del cuidado como un trabajo informal que debe transitar hacia la formalidad requiere de un cambio en el paradigma de las fronteras del derecho del trabajo clásico. Esto implica la expansión de las fronteras de laboralidad y su adecuación a un enfoque de género más justo. Lo anterior, a través de mecanismos jurídicos y sociales que protejan aquellos trabajos feminizados que han sido invisibles para el derecho del trabajo. En el entendido que, las fronteras del derecho del trabajo son fronteras ideológicas y móviles que deben adecuarse para garantizar una menor brecha de género y evitar de esta manera la perpetuación de mecanismos jurídicos legitimadores de desigualdades y exclusiones.

En este punto recobra especial importancia la perspectiva aportada por LUCY WILLIAMS quien advierte sobre la necesidad de reconocer que las personas que hacen el trabajo doméstico y del cuidado informal también son trabajadoras productivas, que aportan social y económicamente a toda la sociedad. Este enfoque permite que quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado informal sean reconocidas como trabajadoras que participan con su trabajo a la sociedad y, por consiguiente, sean reconocidas como titulares de derechos de protección social, más que beneficiarias de la asistencia estatal y del trabajo productivo de los otros⁵⁴.

⁵¹ FUDGE, JUDY. "Feminist Reflections on the Scope". op. cit., p. 19.

⁵² FUDGE, JUDY. "Labour as a "Fictive Commodity"". op. cit., pp. 131-136.

⁵³ SANKARAN, KAMALA. "Informal Employment". op. cit., pp. 229-230.

⁵⁴ WILLIAMS, LUCY. "Beyond Labour Law's Parochialism". op. cit., pp. 93-96.

A la adecuación de los sistemas de protección social que contemplen el trabajo doméstico y del cuidado como un trabajo productivo también pueden sumarse alternativas como el reconocimiento de derechos laborales fundamentales y el reconocimiento de derechos sociales y laborales que permitan el ejercicio de ciudadanía laboral activa y la dignificación de la actividad. Uno de los mecanismos que puede considerarse como una hoja de ruta para avanzar hacia la extensión de fronteras de laboralidad, la visibilización, reconocimiento y protección de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado en el ámbito familiar es el reconocimiento de los derechos laborales fundamentales y los *social protection floor*. El reconocimiento de estos mínimos puede ser un punto de partida óptimo y acorde con la protección de derechos humanos para quienes dedican su vida o parte de esta al cuidado de personas en situación de dependencia.

Por otra parte, la extensión de las fronteras de laboralidad y la garantía de unos derechos laborales y sociales mínimos para quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado en el ámbito familiar permite garantizar el derecho a cuidar está en armonía con los mandatos internacionales que advierten sobre la superación de elementos de discriminación estructural contra las mujeres, la superación de la pobreza y la reparación de injusticias graves en materia de derechos humanos, la garantía de un trabajo decente para todas las personas. Finalmente, este sería un impulso para avanzar en los diferentes mecanismos de exigibilidad de derechos sociales universales no solo en el ámbito político y legislativo sino también en el ámbito judicial.

Por último, el reconocimiento del derecho a cuidar y, con este, el reconocimiento del trabajo doméstico y del cuidado informal sin que esto implique un desmedro en los derechos laborales y sociales es compatible con un enfoque ético del cuidado y del derecho del trabajo. Como señala AMARTYA SEN, la legislación laboral no puede estar ajena a los demás procesos de la vida de las personas como si se tratara de compartimentos separados⁵⁵.

De las aristas del derecho del cuidado, el derecho a cuidar y, en concreto, el reconocimiento de que se trata de un trabajo que debe ser protegido es la que ha tenido un menor desarrollo. Por eso, se debe hacer hincapié en la urgencia de buscar mecanismos jurídicos que faciliten la protección y exigibilidad de los derechos humanos fundamentales de quienes realizan este trabajo. La garantía del derecho a cuidar de un familiar en situación de dependencia conlleva necesariamente al reconocimiento de que se trata de un trabajo que debe ser protegido y esta protección es, *per se*, un elemento esencial del contenido del derecho a ser cuidado.

⁵⁵ SEN, AMARTYA. "Work and Rights". *International Labour Review*, vol. 139, n° 2, 2000, p. 127.

2. LA GARANTÍA DE UNOS DERECHOS MÍNIMOS INDISPONIBLES: UNA RUTA HACIA LA TRANSICIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO INFORMAL

Los instrumentos normativos laborales internacionales contenidos en la Declaración de Filadelfia, en la Declaración de principios y derechos fundamentales de la OIT, los convenios fundamentales del trabajo, la Agenda de Trabajo Decente y el *social protection floor* que se describieron en el tercer capítulo de esta investigación son una hoja de ruta útil y aplicable para quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado en el ámbito familiar. Estos instrumentos permiten y facilitan la ampliación de las fronteras de laboralidad hacia aquellos lugares en los que están las actividades marginales y que han sido históricamente invisibilizadas y excluidas de los sistemas de protección social y laboral.

El marco regulatorio de la OIT diseñado para afrontar la informalidad en el mundo del trabajo y el aumento de personas excluidas de los sistemas de protección social debe extenderse a las personas que hacen el trabajo doméstico y del cuidado que se hace sin una motivación económica, en el ámbito familiar, vecinal y de amistad y de manera no remunerada.

La necesidad de extender este marco de protección radica en que la visibilización y la protección de las personas que hacen el trabajo doméstico y del cuidado es un asunto de derechos humanos. El impacto de la exclusión de los sistemas de protección social lo sufren las personas más vulnerables de la sociedad: las personas en situación de dependencia y las personas que hacen el trabajo doméstico y del cuidado tanto en el ámbito remunerado como el no remunerado.

En este contexto, la protección de derechos laborales y sociales fundamentales es un imperativo ético que requiere de respuestas concretas en cada contexto local y nacional, sin dejar de lado que se trata de un asunto global. Como quedó demostrado con el fenómeno migratorio vinculado con las denominadas cadenas globales de cuidado.

En este objetivo el derecho del trabajo aporta herramientas útiles que permiten trazar nuevas líneas o rutas de protección a través de la extensión de las fronteras de laboralidad. En concreto, el aporte del derecho al trabajo tiene dos enfoques determinantes. Por una parte, el cuidado familiar como un elemento vertebral en las políticas de empleo y, por otra, el reconocimiento de que la actividad es un trabajo que debe ser protegido con independencia de si se realiza de manera remunerada o no remunerada.

En relación con el segundo enfoque, el marco regulatorio de derechos fundamentales que fue diseñado por la OIT para enfrentar el fenómeno de la informalidad se puede adecuar a esta modalidad de trabajo. En concreto, instrumentos, como la Declaración de Filadelfia, la Declaración de principios y derechos fundamentales del trabajo, los convenios fundamentales, la Agenda de Trabajo Decente y los *social protection floor*, los convenios y recomendaciones sobre trabajo doméstico e informalidad son insumos útiles que permiten

visibilizar las implicaciones de la actividad y avanzar hacia la protección y formalización del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado e informal.

Por supuesto, no es posible afirmar de manera categórica que estos principios y derechos son perfectamente aplicables al trabajo doméstico y del cuidado familiar. Sin embargo, son elementos nucleares que de ser garantizados a quienes hacen este trabajo permitiría que de manera progresiva se pueda reducir la vulnerabilidad de quienes hacen este trabajo de manera informal y que han estado excluidos de las fronteras de laboralidad detrás del velo de la domesticidad.

Por otra parte, avanzar hacia el reconocimiento del trabajo doméstico y del cuidado familiar a través de la ruta de los derechos laborales fundamentales también permitiría avanzar hacia la garantía de derechos humanos que han estado fuertemente vinculados a los mercados de trabajo formal. Este es el caso del derecho a la salud, el trabajo, la educación, la vivienda, el ingreso mínimo y los derechos laborales fundamentales de asociación y sindicalización. En este sentido, este marco regulatorio hace parte de un engranaje jurídico que se mueve en la dirección de visibilizar y proteger derechos humanos de todas las personas que trabajan. Engranaje en el que el trabajo doméstico y del cuidado familiar no puede quedar excluido en tanto es un trabajo que aporta económica y socialmente al sostenimiento de la vida.

En los siguientes dos apartes se describirá la forma como los derechos laborales fundamentales son compatibles y útiles en la visibilización del trabajo doméstico y del cuidado y, las razones por las que se debe considerar como un mínimo ético indisponible.

2.1. LOS DERECHOS LABORALES Y SOCIALES FUNDAMENTALES EN LA PROTECCIÓN DE QUIENES HACEN EL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO DE MANERA INFORMAL

La declaración de principios de la OIT, los derechos fundamentales del trabajo y los *social protection floor* crean un marco mínimo de protección para las personas que trabajan. Este marco mínimo se compone del derecho de asociación y libertad sindical y el derecho efectivo de negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Por otra parte, el *social protection floor* establece cuatro garantías básicas: el derecho a la salud, la protección a la vejez, la seguridad básica en el ingreso y la protección mínima a la infancia.

Este marco de derechos y garantías puede y debe ser el punto de partida en la protección de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado familiar de manera informal. La razón por la que este marco normativo es útil y se puede considerar como una hoja de ruta hacia la protección de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado, es que este es marco normativo fue diseñado por la Organización para proteger a todas las personas que trabajan, incluso a quienes no tienen relaciones de empleo tradicionales.

Por otra parte, estos derechos son derechos mínimos indisponibles y su garantía no está condicionados a factores económicos de los Estados, es un mínimo que permite que las personas vivan dignamente fuera de las líneas de la pobreza y la exclusión. Finalmente, uno de los aspectos más importantes de este marco de derechos es que se trata de derechos laborales y sociales que tienen soporte en el sistema internacional de derechos humanos, concretamente, en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en el *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* y en el *Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales*.

Lo anterior no implica desconocer la protección efectiva de los instrumentos jurídicos de naturaleza laboral continúan fuertemente vinculados y condicionados a la existencia de relaciones de empleo y de trabajos remunerados que están dentro de las fronteras de laboralidad. Por consiguiente, es necesario un cambio de paradigma más radical y más comprensivo. Un cambio de paradigma hacia el reconocimiento internacional de formas de trabajo no remuneradas que aportan social y económicamente a los países. Además, que aborde una perspectiva global en la asignación de responsabilidades.

Esta perspectiva implica vincular a todos los países tanto del sur como del norte global en el objetivo de reconocer el derecho universal al cuidado y el derecho a la protección social, económica y jurídica de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado formal e informal, remunerado o no remunerado. Vincular a los países demandantes de trabajo doméstico y del cuidado y la vinculación de los países que tienen altas tasas de migración donde el porcentaje de trabajadoras y trabajadores migrantes que se dedican a estos trabajos es alto.

Además, esta vinculación trasciende también del ámbito estatal al ámbito empresarial. En la medida que, como ya se ha señaló en el segundo capítulo, los cambios en el mundo del trabajo han implicado un cambio en los sistemas y cadenas de producción global. En el que grandes empresas multinacionales producen en lugares en los que el derecho del cuidado es una utopía porque las condiciones laborales son altamente precarias y el concepto en sí mismo no es ni siquiera contemplado. Adicionalmente, otra de las razones que implicaría una vinculación empresarial es que, en el mercado globalizado, es habitual que los países del sur global, una parte de los productos de grandes empresas multinacionales, son comercializados en el mercado de trabajo informal de venta en calle. Lo que implica un conjunto de trabajadores excluidos de los sistemas de protección laboral que también tienen obligaciones y derechos frente al cuidado.

Por consiguiente, la ampliación de las fronteras de laboralidad a través de la inclusión de formas de trabajo informales como el trabajo doméstico y del cuidado familiar son acordes con la protección de derechos humanos universales. La ampliación de las fronteras permitiría avanzar en un debate global serio y decidido hacia la búsqueda de mecanismos de transición para el trabajo doméstico y del cuidado familiar hacia la formalidad y la protección de derechos concretos como un asunto de justicia social global.

En conclusión, los derechos laborales y sociales fundamentales son una hoja de ruta válida para ampliar las fronteras de laboralidad y proteger a quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado en el ámbito familiar. Estos postulados son generales y esenciales. El nivel de generalidad busca establecer unos componentes mínimos con carácter universalista porque estos derechos mínimos garantizan que las personas tengan condiciones de vida digna. Además de las obligaciones que surgen para la familia y el Estado, el derecho a cuidar implica un enfoque global que vincula al sector empresarial en la garantía de condiciones adecuadas para que las personas puedan cuidar de sus familiares en situación de dependencia cuando así lo decidan sin que esto vaya en perjuicio de sus derechos humanos fundamentales. Como se argumentará en la siguiente sección, se trata de una ética empresarial compatible con una ética del cuidado que también encuentra fundamento en distintos instrumentos de *self regulation* sobre responsabilidad social, desarrollo sostenible, igualdad de género y de oportunidades.

2.2. LA CONSOLIDACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES Y SOCIALES FUNDAMENTALES: UNA ÉTICA MÍNIMA UNIVERSAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS EXCLUIDOS

El marco regulatorio de la OIT comprendido por los derechos laborales fundamentales, los objetivos de trabajo decente y los pisos de protección social que fue descrito en el tercer capítulo debe ser considerado como un mínimo ético y jurídico indisponible. Como señala AMARTYA SEN, se trata de una *ética básica* que guía la regulación y el avance hacia un reconocimiento de derechos concretos⁵⁶.

Esta ética se enmarca en la consideración de alternativas de protección que garanticen la vida digna de todas las personas en el marco de una sociedad justa. En la que se visibilice a las personas que demandan cuidados, pero también que visibilice a quienes hacen el trabajo del cuidado. Por consiguiente, este marco normativo puede contribuir de manera decisiva a generar un proceso de reconocimiento de derechos concretos, de mecanismos de protección y de alternativas y opciones frente al cuidado que garanticen la agencia y autonomía de las personas cuidadoras. Sobre este aspecto NUSSBAUM señala:

“Cabe pensar también que una sociedad justa tomaría en consideración la otra cara del problema, es decir, las cargas que todo eso supone para los cuidadores de las personas dependientes. Estos cuidadores necesitan muchas cosas: reconocimiento de que están haciendo un trabajo; asistencia, tanto humana como financiera; oportunidades para entrar un empleo satisfactorio y para poder participar en la vida política y social. Esta cuestión está estrechamente asociada a la justicia de género, pues la mayoría de las veces la asistencia a las personas dependientes va a cargo de las mujeres. Más aún, la mayor parte del trabajo de asistencia a las personas dependientes no está retribuido y no es reconocido como tal por el mercado. Sin embargo, tiene una enorme influencia sobre el resto de la vida del trabajador que se encuentra en esa situación”⁵⁷.

⁵⁶ SEN, AMARTYA. “Work and Rights”. op. cit., p. 127.

⁵⁷ NUSSBAUM, MARTHA. *Las fronteras de la justicia*. op. cit., p. 111.

Los componentes normativos de esta *ética básica* -mencionados previamente- aportan insumos esenciales para la protección social y jurídica de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado en el ámbito familiar. Sin embargo, el mayor reto es reconocer a estos cuidadores como verdaderos trabajadores y titulares de derechos laborales. La OIT todavía es tímida en visibilizar este trabajo y el discurso de protección de la Organización sigue arraigado en las formas de trabajo remuneradas y mercantiles.

A pesar de lo anterior, la regulación internacional contiene cinco elementos importantes para la protección de los cuidadores en el ámbito familiar y que pueden impulsar procesos de transición de la informalidad hacia la formalidad. En primer lugar, el reconocimiento de unos derechos laborales y sociales que deben ser garantizados a todas las personas que trabajan. Este componente de ética mínima universal puede y debe extenderse a quienes trabajan de manera informal dentro del ámbito familiar. En segundo lugar, el *social protection floor* entiende la dependencia como un riesgo social y establece que se debe garantizar una protección social mínima a todas las personas durante los momentos de contingencia.

En tercer lugar, tanto la garantía de un ingreso económico durante todo el ciclo de vida como la perspectiva de género exigida a todas las garantías de los *social protection floor* conducen a proteger formas de trabajo no monetarizadas. Esta protección debe incorporar un enfoque de género con miras a la superación de situaciones de discriminación estructural. El trabajo reproductivo también debe ser objeto de protección jurídica por medio del reconocimiento de los derechos de protección social y laboral.

En cuarto lugar, el mencionado compromiso de las empresas con el nuevo marco regulatorio de la OIT y con la igualdad material. Desde la perspectiva del derecho del cuidado, este compromiso implica distintos mecanismos de organización empresarial para la garantía del derecho a decidir con libertad cuidar, no cuidar o hacerlo parcialmente.

El quinto aspecto importante de este marco regulatorio de la OIT -que aporta elementos útiles para la protección jurídica de quienes cuidan de personas en situación de dependencia- es la vinculación de los contenidos del *social protection floor* con los derechos sociales reconocidos y protegidos en los demás instrumentos internacionales y regionales sobre derechos humanos. Como se verá en el siguiente apartado, estos tratados, convenios y declaraciones contribuyen a una interpretación evolutiva de los derechos sociales y a la búsqueda de mecanismos para su exigibilidad.

Según se indicó previamente, este nuevo marco regulatorio de la OIT está respaldado en instrumentos de *hard law*, *soft law* y *self regulation*. Estos dos últimos operan como una herramienta útil y necesaria, aunque no suficiente, para la superación del déficit de protección de las personas que realizan el trabajo doméstico y del cuidado de manera informal dentro del ámbito familiar. La utilidad de estos instrumentos está determinada por varios aspectos. Por una parte, integran a actores no estatales (e.g. empresas) en el cumplimiento de objetivos

globales que impulsarán una mejor distribución de los cuidados. En efecto, una mayor vinculación empresarial y estatal en el cuidado de las personas en situación de dependencia es esencial para la garantía de igualdad material.

Por otro lado, los instrumentos de *soft law* y de *self regulation* forman parte de un esquema de protección multinivel porque se originan en distintos niveles institucionales de regulación. Esta naturaleza refuerza significativamente los objetivos globales y regionales. Además, desarrollan y dotan de contenido los derechos que deben ser garantizados por distintos actores estatales y no estatales. Estos derechos y garantías se integran al sistema de fuentes del derecho del trabajo y lo hacen más dinámico a pesar de su naturaleza. Como advierte JULIA LÓPEZ, la evolución de los sistemas legales incorpora mecanismos de *self regulation* o instrumentos empresariales de regulación que se ajustan a la “noción clásica de norma jurídica, que permiten un mayor control y exigibilidad por parte de los jueces”⁵⁸.

En rasgos generales, los derechos laborales y sociales reconocidos como parte de estos mínimos éticos globales no son nuevos porque están contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos. En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, algunos de estos derechos aparecen bajo la categoría de los derechos civiles y políticos, y otros bajo la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales.

Además, estos mínimos éticos forman parte del compromiso global por un desarrollo sostenible y se configuran como mínimos exigibles para los Estados y para los actores económicos. Esto quiere decir que se configura un nuevo derecho social construido desde el derecho del trabajo al que se agrega la protección y exigibilidad de los derechos sociales de los colectivos tradicionalmente excluidos y vulnerables dentro del mundo del trabajo⁵⁹.

En conclusión, estos instrumentos se convierten en insumos útiles para la protección de las personas que hacen el trabajo doméstico y del cuidado de manera informal en el ámbito familiar. También son funcionales a la superación de las condiciones de vulnerabilidad porque refuerzan la idea de que los derechos laborales son derechos humanos y buscan mecanismos para la exigibilidad de algunos de los derechos sociales vinculados al *social protection floor*. Se trata de una red regulatoria que se integra de manera interdependiente con el derecho universal al cuidado en sus múltiples dimensiones.

⁵⁸ LÓPEZ LÓPEZ, JULIA. “La construcción de derechos sociales”. op. cit., pp. 14-15.

⁵⁹ Uno de los efectos secundarios de la globalización ha sido el mayor interés por los derechos sociales. Vid. FUDGE, JUDY. “The New Discourse of Labour Rights”. op. cit., p. 29.

3. LA PROTECCIÓN DE DERECHOS LABORALES FUNDAMENTALES Y LA EXIGIBILIDAD POLÍTICA, LEGISLATIVA Y JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES: UN MARCO NORMATIVO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES INFORMALES

La protección de derechos laborales fundamentales y el nuevo marco de regulación internacional del trabajo tiene una conexión directa con las esferas de exigibilidad de todos los derechos humanos y, muy especialmente, con los derechos sociales. Esta mayor interrelación se debe a los procesos de globalización y la creciente desprotección social y económica de los diferentes colectivos de trabajadores. En este sentido, la construcción de una propuesta de políticas para superar o reducir el déficit de protección de las personas que hacen el trabajo doméstico y del cuidado en el ámbito familiar se debe fundamentar en la mayor protección de los derechos sociales. Por eso, es vertebral la postura de JULIA LÓPEZ, quien afirma que el derecho del trabajo:

“(…) se encuentra hoy, en un escenario marcado por la globalización, frente al reto de insertarse –sin perder la esencia de su función social como rama del ordenamiento– en un proceso de transformaciones que le permitan dar respuesta a las nuevas necesidades sociales. Este proceso de adaptación del Derecho del Trabajo no es nuevo, los derechos sociales han ido evolucionando dentro de una rama del ordenamiento jurídico que se caracteriza por la dinamicidad”⁶⁰.

Una parte de la naturaleza dinámica del derecho del trabajo se evidencia en el nuevo enfoque de la OIT descrito en la sección anterior. Este se basa en la idea de que los derechos laborales y sociales son derechos humanos. Como se afirmó, esta premisa implica una definición de mínimos éticos globales que deben ser garantizados a todas las personas que trabajan. Eso implica dignificar y reconocer el valor social y económico de todos los trabajos, incluido, por supuesto, el trabajo doméstico del cuidado.

Además del nuevo marco normativo de la OIT, es relevante tener en cuenta que la globalización, la consolidación del sistema neoliberal y el aumento de la desigualdad exigen nuevas formas de impulsar la protección de los derechos sociales y de los derechos laborales fundamentales. Como señala BOB HEPPLÉ, los derechos sociales “a nivel internacional, regional y nacional se consideran cada vez más como un faro de resistencia contra la incapacidad de las comunidades locales, los sindicatos y otras organizaciones sociales de lo que implican la globalización y el neoliberalismo”⁶¹.

⁶⁰ LÓPEZ LÓPEZ, JULIA. “La construcción de derechos sociales”. op. cit., p. 10.

⁶¹ HEPPLÉ, BOB. “Introduction”. En: HEPPLÉ, BOB (ed.). *Social and Labour Rights in a Global Context. International and Comparative Perspectives*. Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 2.

Del mismo modo, tanto las instituciones internacionales (e.g. ONU) como la doctrina resaltan que la garantía de los derechos sociales reduce la desigualdad, la marginalidad, la pobreza y la exclusión⁶². Como advierte JUDY FUDGE, ante el debilitamiento de las relaciones de trabajo estándar y las formas tradicionales de asociación y sindicalización, el nuevo discurso de los derechos laborales implica un reajuste de la relación clásica trazada entre los derechos sociales y el mercado. Por ende, también ocurre una redefinición de los derechos sociales en virtud de la decadencia de los “vehículos tradicionales de garantía de los derechos sociales”⁶³ como el Estado de bienestar o el poder de negociación de los trabajadores.

Por esa razón, es necesaria una lectura evolutiva y dinámica de los derechos sociales y del marco regulatorio de la OIT. Esta lectura evolutiva de las fuentes tradicionales implica que el sistema de ordenación del derecho del trabajo se diversifica a partir de instrumentos de regulación que tienen una eficacia jurídica disímil y que no siempre corresponden a un derecho fuerte o jerarquizado⁶⁴.

La lectura evolutiva implica superar la idea de que la garantía efectiva de los derechos laborales depende exclusivamente del empleo y del trabajo asalariado. Tal y como fue propuesto por ALAIN SUPIOT, se debe conferir reconocimiento jurídico y protección social a las formas de trabajo no mercantiles que tienen una contribución social importante y que son vitales para la humanidad⁶⁵. La lectura evolutiva también sugiere que es necesario avanzar en mecanismos procedimentales para la exigibilidad de los derechos sociales en los planos político, legislativo y judicial por parte de los colectivos de trabajadores informales excluidos de los sistemas tradicionales de protección.

En este sentido, los debates en torno al nuevo marco de regulación de la OIT y la exigibilidad de los derechos laborales y sociales fundamentales se conjugan perfectamente a favor de un cambio de paradigma en la protección de los derechos sociales que supere su diseño institucional clásico estrechamente vinculado a las relaciones de empleo. El verdadero cambio de paradigma es garantizar estos derechos más allá del empleo y del trabajo dependiente, subordinado y remunerado.

La igualdad y la libertad son los ejes vertebrales que unen la protección de los derechos sociales más allá de empleo. Estos dos principios operan como elementos bisagra bajo el entendido de que son derechos humanos inescindibles y universales. Por consiguiente, el derecho al cuidado -con sus distintas aristas- encuentra un espacio de reconocimiento y protección.

⁶² MANTOUVALOU, VIRGINIA. “In Support of Legalisation”. En: MANTOUVALOU, VIRGINIA y GEARTY, CONOR. *Debating Social Rights*. Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 87-89 y 98-107.

⁶³ FUDGE, JUDY. “The New Discourse of Labour Rights”. op. cit., p. 31.

⁶⁴ LÓPEZ LÓPEZ, JULIA. “La construcción de derechos sociales”. op. cit., p. 14.

⁶⁵ SUPIOT, ALAIN (dir.). *Au-Delà de l'emploi*. op. cit., p. 119.

En la primera parte de esta sección se hará una aclaración sobre la categoría de los derechos laborales y sociales fundamentales (3.1). En segundo lugar, se hará referencia a la garantía y exigibilidad de los derechos sociales desde el punto de vista político (3.2.), normativo (3.3.) y judicial (3.4.). Estas tres esferas de exigibilidad de los derechos sociales son complementarias al marco de protección internacional del trabajo de la OIT. En concreto, la exigibilidad judicial de los derechos sociales es la más discutida. Pero esta también demuestra el avance relevante en la interpretación evolutiva de los derechos sociales y el derecho a la igualdad como derechos articuladores para la protección laboral de los colectivos de trabajadores que están en la informalidad o en zonas grises de reconocimiento y protección.

3.1. LOS DERECHOS LABORALES Y SOCIALES FUNDAMENTALES Y LA PROTECCIÓN REFORZADA DE COLECTIVOS VULNERABLES: UN MARCO JURÍDICO DE REFERENCIA PARA LA PROTECCIÓN DE QUIENES HACEN EL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO INFORMAL

Bajo la terminología tradicional del derecho del trabajo, los derechos laborales se clasifican en derechos individuales y derechos colectivos. En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, la exigibilidad judicial de estos derechos está condicionada a la existencia de relaciones contractuales de trabajo. Por esa razón, las jurisdicciones laborales han sido las encargadas de resolver las controversias relativas a estos derechos.

Sin embargo, el derecho internacional del trabajo reconoce derechos laborales fundamentales. Dentro de estos se encuentran los derechos individuales (i.e. igualdad y no discriminación) y los derechos colectivos (i.e. asociación, sindicalización y huelga).

Según se ha señalado previamente, los derechos y obligaciones vinculados al trabajo como actividad humana están recogidos en convenios y recomendaciones de la OIT. Todos estos convenios y recomendaciones constituyen el *corpus iuris* del derecho internacional del trabajo. En particular, destacan los convenios y recomendaciones que se mencionaron como sustento normativo de los derechos fundamentales del trabajo y de los pisos de protección social.

Por su parte, el derecho internacional de los derechos humanos incluye los derechos laborales individuales, colectivos y de protección social dentro de los dos instrumentos sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos y sociales⁶⁶. A estos dos instrumentos se agregan algunas convenciones específicas sobre la protección a: las mujeres, las personas en situación de discapacidad, los niños, las niñas y los adultos mayores⁶⁷. Cada uno de estos

⁶⁶ *Vid.* ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

⁶⁷ *Vid.* ONU. Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de 1979, ONU. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 y ONU. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. En plano regional, algunos ejemplos de protección de los derechos laborales y sociales fundamentales en instrumentos de derechos humanos son: OEA. Convención Americana sobre

instrumentos internacionales de derechos humanos tiene diferentes grados de exigibilidad jurídica. Desde luego, el mayor debate se ha concentrado en la exigibilidad judicial ante los tribunales internacionales, regionales y nacionales de protección de los derechos humanos.

Como se indicará más adelante, la mayor parte de los mecanismos procedimentales de exigibilidad judicial se han concentrado en la protección de los derechos civiles y políticos. No obstante, de manera progresiva, se han protegido los derechos económicos y sociales mediante las cláusulas de apertura de algunos instrumentos internacionales o por medio de mecanismos de interpretación que han avalado la exigibilidad de los derechos sociales y económicos en el ámbito internacional.

Del mismo modo, la responsabilidad en el cumplimiento de los derechos varía en función de la naturaleza de los mismos. En el ámbito nacional, los derechos laborales (individuales y colectivos) han sido exigibles tanto a las autoridades públicas como a los particulares. Mientras que la exigibilidad estatal ha estado vinculada a las obligaciones positivas y negativas para el disfrute de los derechos laborales en cualquiera de sus dos aristas, la responsabilidad de los actores privados tiene su fundamento en la relación jurídica vinculada al contrato de trabajo.

Lo anterior significa que el cumplimiento de las obligaciones en materia de empleo y de trabajo ha estado a cargo del Estado, las empresas y los mismos trabajadores; principalmente aquellos que tienen una relación de empleo. Los mecanismos judiciales de exigibilidad se han concentrado en los casos en los que existe un contrato de trabajo. La garantía de estos derechos ha sido conferida principalmente por las jurisdicciones laborales y administrativas del orden nacional.

En el plano internacional, según los tribunales regionales de derechos humanos, las instancias cuasi-jurisdiccionales y los mecanismos de control de la OIT, el Estado tiene la responsabilidad por la garantía de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales relacionados con el trabajo como actividad humana. En efecto, el Estado tiene obligaciones positivas de garantizar y satisfacer las prestaciones que se derivan de los derechos humanos y, en concreto, de los derechos laborales y sociales.

Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969, OEA. Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador” de 1988, OEA. Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención Belem do Pará” de 1994 y OEA. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015.

Los Estados deben satisfacer estas obligaciones mediante el diseño de políticas públicas, sociales y normativas que garanticen todos los derechos. Como ha indicado MAGDALENA SEPÚLVEDA:

“Un enfoque de derechos humanos no prescribe las políticas públicas que los Estados deben adoptar, ya que los Estados tienen la facultad de adoptar las políticas públicas que sean más adecuadas a sus propias circunstancias. Sin embargo, el debido cumplimiento de las normas internacionales y nacionales de derechos humanos impone ciertas obligaciones de conducta y de resultado. Esto significa que las políticas públicas no solo deben tender a un mayor disfrute de los derechos humanos de toda la población, sino que, además, los procesos a través de los cuales se diseñan, implementan y evalúan las políticas públicas deben estar en consonancia con los estándares de derechos humanos”⁶⁸.

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC) ha resaltado que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas orientadas a la satisfacción de las obligaciones contenidas en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966. Ese deber de garantía se refiere a unos contenidos mínimos esenciales cuya insatisfacción da lugar a la responsabilidad internacional de los particulares y del Estado⁶⁹.

Por otra parte, existe una conexión entre el nuevo marco institucional de la OIT con la exigibilidad de los derechos humanos y sociales en las esferas política, legislativa y judicial. La descripción de la forma como se han garantizado los derechos sociales y laborales fundamentales en estas tres esferas de exigibilidad, denota que existe un mayor interés de los jueces de los sistemas regionales (europeo e interamericano) de protección de los derechos humanos por garantizar los derechos de quienes realizan labores por fuera de las relaciones de trabajo estándar. Eso se traduce en la protección progresiva de los derechos laborales y sociales fundamentales incluidos en el marco institucional de la OIT.

La discusión que se analizará en las siguientes secciones ocurre en el plano del derecho internacional de los derechos humanos. En concreto, esta investigación se concentrará en aquellos derechos que, con independencia de su categorización o denominación, tienen una vinculación directa o transversal con el nuevo marco regulatorio de la OIT, con los derechos fundamentales del trabajo y con las garantías que se derivan del *social protection floor*. Por consiguiente, se empleará la categoría derechos laborales y sociales fundamentales para referirse a los dos grandes bloques regulatorios señalados y se afirmará que estos derechos laborales son derechos humanos exigibles política, legislativa y judicialmente.

⁶⁸ SEPÚLVEDA, MAGDALENA. “De la retórica a la práctica, el enfoque de derechos en la protección social en América Latina”. *Serie: Políticas Sociales*, n° 189, CEPAL-Norwegian Ministry of Foreign Affairs-ONU, Santiago de Chile, 2014, p. 13.

⁶⁹ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 3 ‘sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes’, 1999.

3.2. LA EXIGIBILIDAD POLÍTICA DE LOS DERECHOS SOCIALES Y LABORALES
FUNDAMENTALES: EL DIÁLOGO SOCIAL COMO INSTRUMENTO PARA LA AMPLIACIÓN DE LAS
FRONTERAS DE LABORALIDAD

El primer estadio de exigibilidad de los derechos sociales y laborales fundamentales tiene sus ejes centrales en el ejercicio ciudadano de los derechos civiles y políticos, en la capacidad de las personas para manifestar sus opiniones, ejercer control sobre el poder estatal y participar en la vida política y pública.

Una primera forma de exigibilidad política se produce mediante el ejercicio de los derechos restringidos a la calidad de ciudadano y está determinado por la participación política activa o pasiva. En otras palabras, se basa en el derecho de las personas a elegir a otras que consideran idóneas para que representen sus intereses (individuales y colectivos) o en el derecho a postularse y ser elegido como representante en los órganos deliberativos encargados de diseñar los mecanismos para la protección y garantía efectiva de los derechos sociales. Este mecanismo es una garantía de exigibilidad indirecta porque:

“(…) en un sistema plural y democrático de partidos, el derecho de sufragio activo y pasivo, ejercido con garantías suficientes, puede ser un instrumento de apoyo a aquellas fuerzas políticas que favorecen la expansión de los derechos sociales o, si se prefiere, de rechazo a aquellas que amenazan su vigencia”⁷⁰.

El segundo tipo de exigibilidad política de los derechos sociales es la conformación de organizaciones civiles, sindicatos y asociaciones. El núcleo de esta exigibilidad es la organización como un medio para reclamar, con un mayor grado de legitimidad y fortaleza, el cumplimiento de las obligaciones estatales adquiridas en el plano internacional. La exigibilidad de los derechos sociales a través del ejercicio de los derechos políticos es, quizás, el mecanismo más fuerte para impulsar la protección y la eficacia normativa de los derechos sociales mediante acciones colectivas que tengan incidencia directa en el reclamo de derechos concretos⁷¹.

⁷⁰ PISARELLO, GERARDO. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*. Trotta, Madrid, 2007, p. 123.

⁷¹ Algunos autores critican la exigibilidad judicial porque implica una desmovilización política de la ciudadanía. En su versión, la ciudadanía espera los regalos de los jueces y desatiende el ejercicio de sus derechos políticos y el control sobre sus representantes en el Parlamento. Para esos autores, la exigibilidad política es la más importante de todas las formas de exigibilidad. *Vid.* GARGARELLA, ROBERTO. “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”. *Perfiles Latinoamericanos*, n° 28, México, 2006, pp. 9-32 y UPRIMNY YEPES, RODRIGO. “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”. *Sur International Journal on Human Rights*, vol. 4, n° 6, 2007, pp. 52-69.

Esta forma de exigibilidad tiene una relación directa de complementariedad con los derechos fundamentales del trabajo, en concreto, los derechos colectivos de asociación y sindicalización. En efecto, la garantía de estos dos derechos permite y facilita la organización y el ejercicio de los derechos políticos. Asimismo, en escenarios de deliberación pública, los actores colectivos (e.g. sindicatos) reafirman la idea de que los derechos laborales son derechos humanos. Algunos de estos actores no solo intervienen en el plano nacional, sino que juegan un papel determinante en el plano internacional y global⁷².

Además, el ejercicio de los derechos civiles y políticos de asociación y sindicalización fortalece el diálogo social que es uno de los objetivos del trabajo decente. A su vez, el fortalecimiento del diálogo social implica una mayor protección y fomento del derecho a la libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva. Este círculo virtuoso no solo beneficia a las personas que están empleadas sino a todos los trabajadores y trabajadoras. En especial, beneficia a aquellas trabajadoras que han sido invisibles o excluidas de la organización sindical; por ejemplo, las trabajadoras que están en la informalidad, realizan actividades laborales en zonas grises, sin regulación ni protección laboral y social. Finalmente, la mayor participación social también se convierte en una garantía de igualdad y no discriminación en escenarios de deliberación en los que se toman decisiones que les afectan como colectivo de trabajadores informales.

Uno de los ejemplos de esta forma de exigibilidad es la movilización social. Esta se puede convocar con el fin de impulsar la inclusión o la protección efectiva de los derechos sociales en los ordenamientos jurídicos nacionales, para exigir la ratificación de normas de derecho internacional, demandar la superación de déficits de protección, reclamar un mayor estándar de protección y advertir que una reforma legislativa o constitucional es regresiva.

Las mesas de concertación también hacen parte de esta vía de exigibilidad. Estas facilitan e impulsan formas de gobernanza, las negociaciones colectivas y el litigio estratégico. Este último ocurre a través de acciones judiciales colectivas o individuales que tienen impacto en la protección de los derechos sociales en las jurisdicciones nacionales, regionales e internacionales⁷³.

Algunos de estos mecanismos están condicionados a los derechos derivados de la ciudadanía. Sin embargo, la titularidad universal de los derechos civiles incluye a quienes no tienen la calidad de ciudadanos y les habilita para participar en organizaciones que persiguen la garantía de sus derechos. Cuando se trata de la población migrante, por ejemplo, el efecto de cohesión trasciende las fronteras e incentiva procesos de organización social, regional y global⁷⁴. Este

⁷² FUDGE, JUDY. "Labour Rights as Human Rights: Turning Slogans into Legal Claims". *Dalhousie Law Journal*, vol. 37, n° 2, 2014, p. 609.

⁷³ PISARELLO, GERARDO. *Los derechos sociales y sus garantías*. op. cit., pp. 134-135.

⁷⁴ A nivel global está el ejemplo de las organizaciones que luchan contra la trata de seres humanos y el trabajo esclavo. Este es el caso de la Global Alliance Against Traffic in Women.

es un factor relevante para avanzar hacia la protección de los derechos de los trabajadores migrantes con independencia de su situación migratoria para evitar que esta condición les excluya de la posibilidad de exigir ciertos derechos que solo pueden reclamar aquellos que tienen la calidad de ciudadanos.

La exigibilidad de los derechos sociales, a través del ejercicio de los derechos políticos y de organización, tiene un doble impacto a nivel local y global. En el primer caso, el núcleo de las reclamaciones tiene como objetivo principal abrir el debate público en torno a problemas con incidencia nacional. En el segundo nivel, se generan las condiciones para crear nuevos escenarios de discusión sobre ciertos temas concretos que tienen relevancia dentro de un contexto global. La coordinación entre estos dos niveles contribuye a que se produzcan acciones colectivas frente a órganos judiciales regionales e internacionales a los cuales se les reclama la protección de los derechos sociales y el impulso de cambios institucionales respecto de la protección de estos derechos.

Esta doble dimensión permite que hoy se consoliden redes u organizaciones a nivel nacional y global con objetivos y reclamaciones diversas pero convergentes en la mejora de las condiciones de vida, de la igualdad y de una mejor garantía de los derechos humanos, sociales y laborales. Algunas de estas organizaciones buscan contrarrestar los efectos del trabajo informal y presionan la ratificación de instrumentos internacionales⁷⁵. Este es el caso de las organizaciones que han surgido en distintos países y que abogan para que los Estados ratifiquen el Convenio 189 sobre trabajo decente para trabajadoras y trabajadores domésticos.

Además, estas organizaciones impulsan mecanismos de presión social que hacen que los esquemas de regulación y de gobernanza de *soft law* (e.g. *Global Compact*) adquieran algún grado de eficacia. Por medio de campañas y del movimiento social, las organizaciones impulsan el consumo responsable con reivindicaciones sobre economía verde y condiciones dignas de trabajo en el contexto de las redes o cadenas globales de producción. También reivindican los derechos sociales y protección especial para los trabajadores migrantes.

Piénsese, por ejemplo, en el movimiento en torno a las condiciones de trabajo en el sector de la moda y la confección. Este movimiento se ha ampliado desde el accidente ocurrido en Bangladesh (2013) en el que murieron más de 1500 personas. El accidente suscitó el repudio de organizaciones sociales en los países desarrollados que se movilizaron mediante campañas dirigidas a los consumidores europeos. En concreto, se impulsó el consumo responsable y se programaron jornadas de boicots a las tiendas de ropa cuya producción ocurre en los países que no respetan los derechos laborales o que tienen estándares de protección muy bajos.

⁷⁵ Una organización internacional en esta materia es: Women in Informal Employment. Globalizing and Organizing (WIEGO).

La importancia de esta fase de la exigibilidad de los derechos sociales y laborales radica en la posibilidad de reclamar mejores derechos y mejores condiciones de vida. Se trata de una vía idónea para alertar sobre los problemas estructurales de protección de los derechos y buscar remedios efectivos para su solución. Además, también puede considerarse como un mecanismo de emancipación⁷⁶.

La participación de las organizaciones sindicales y asociaciones es trascendental para el reclamo de los derechos sociales relacionados con la protección del trabajo. A esta, se suma la articulación de la sociedad civil global, nacional o local. De esta forma se generan redes más fuertes de exigibilidad de los derechos sociales y se advierte sobre problemas de carácter estructural y global.

Para cumplir con esta finalidad es necesario repensar nuevas formas de gobernanza que faciliten la organización sindical. En concreto, es necesario impulsar una mayor afiliación y la creación de organizaciones sindicales más incluyentes y acordes con la realidad del mundo actual del trabajo. El modelo de laboralidad clásico pensó la organización sindical para las personas empleadas a tiempo completo, con un contrato permanente e indefinido y con una relación de clara subordinación, dependencia y jerarquía⁷⁷. El cambio en el enfoque institucional de la OIT señalado en el tercer capítulo implica buscar mecanismos efectivos para dar una mayor voz y participación a aquellas personas que están en la informalidad o en zonas grises de laboralidad. Esto se pudo lograr a través de la organización social y de asociaciones sindicales que promuevan un mayor y mejor diálogo social.

Algunos avances en esta materia resultan destacables y es innegable el crecimiento de formas de asociación y organización de personas que trabajan en actividades tradicionalmente informales: los trabajadores domésticos remunerados, los recicladores, los carreteros y los vendedores ambulantes⁷⁸. Es importante destacar que estas formas de organización de los trabajadores informales no se ajustan a los modelos clásicos de sindicalización⁷⁹. No obstante, como lo señala ROUTH SUPRIYA estas formas de asociación de los trabajadores informales permiten agrupar a trabajadores excluidos de los sistemas normativos del derecho del trabajo y se convierten en un modelo de acción colectiva que puede tener un impacto en iniciativas

⁷⁶ BLACKETT, ADELLE. “Emancipation in the Idea of Labour Law”. op. cit., pp. 432-435.

⁷⁷ TEKLÈ, TZEHAINESH. “Labour Law and worker protection in the South: An evolving tension between models and reality”. En: TEKLÈ, TZEHAINESH (ed.). *Labour Law and worker protection*. op. cit., p. 3.

⁷⁸ Algunos ejemplos de estas nuevas organizaciones son: Iniciativa Regional para el Reciclaje Inclusivo (América Latina), Sindicato Popular de Vendedores Ambulantes (Cataluña), Asociación de Recicladores (Bogotá), Federación de Bicitaxistas (Bogotá) y Sindicato Nacional de Trabajadoras y Trabajadores del Hogar (México).

⁷⁹ En el caso concreto del trabajo doméstico y del cuidado remunerado, MARTHA CHEN advierte que las organizaciones sociales han aumentado y que si bien, no se ajustan exactamente a las formas que adoptan los sindicatos tradicionales facilitan la organización y el derecho de asociación. En este sentido destaca que algunas de estas organizaciones operan como sindicatos, pero no están legalmente registradas. Desde la doctrina estas formas de asociación han sido denominadas como *proto-sindicatos* o *quasi-sindicatos*. CHEN, MARTHA. “Recognizing Domestic Workers, Regulating Domestic Work”. op. cit., pp. 170-176.

de organización a nivel mundial⁸⁰. Por otra parte, estos avances son un paso adelante en la exigibilidad política de los derechos sociales que tiene un impacto positivo en materia de género.

En efecto, como ha señalado RINA AGARWALA, un elemento importante es la mayor participación de las mujeres en las organizaciones y sindicatos de trabajadores informales. Como se ha analizado en esta investigación, el trabajo informal es un espacio de participación mayoritariamente femenino. Por esa razón, inevitablemente se están generando formas de organización de los sectores informales que son lideradas principalmente por las mujeres. Esta situación es evidente en la mayor parte de los países del sur global y contrasta con lo que ocurre dentro de las organizaciones sindicales tradicionales en las cuales la participación femenina no existe o es minoritaria⁸¹.

Una de las particularidades novedosas de los movimientos de trabajadores en la informalidad señalada por AGARWALA es que estos han tejido puentes con otros movimientos sociales basados en la identidad (*identity-based social movements*). Esa política de unidad ha creado espacios para abordar debates estructurales sobre la discriminación por género, orientación sexual y origen nacional, y sobre la precarización, las condiciones de trabajo y de empleo⁸².

Sin duda alguna, la garantía efectiva de esta forma de exigibilidad de los derechos sociales depende del fortalecimiento del derecho de asociación. A nivel internacional, este derecho encuentra su fundamento normativo en la OIT. Según se ha dicho en esta investigación, la Organización considera que se trata de uno de los derechos fundamentales del trabajo. El mismo derecho está establecido en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Desde luego, también aparece en otros instrumentos regionales y nacionales de protección de los derechos humanos.

En conclusión, la exigibilidad política de los derechos sociales por medio de la asociación permite escuchar la voz de los miembros subalternos, de las personas excluidas, de las minorías y de quienes son víctimas de la desprotección de sus derechos. Estas voces se unen en torno a una organización que les sirve de medio para impulsar procesos locales, nacionales y globales en los cuales exigen una mayor garantía de sus derechos laborales y sociales.

La movilización social organizada también actúa como barrera de contención de las políticas internacionales y nacionales que dificultan o imposibilitan la protección de los derechos. Todos estos efectos son consecuencia del ejercicio de los derechos de organización, del diálogo social, de la resistencia civil y de la participación democrática en las urnas.

⁸⁰ ROUTH, SUPRIYA. “Informal Workers’ Aggregation and Law”. op. cit., p. 289.

⁸¹ Sobre la participación y la organización de las mujeres trabajadoras informales en la lucha por sus derechos: AGARWALA, RINA. “Informal Worker’s Struggles in Eight Countries”. *The Brown Journal of World Affairs*, vol. XX, n° 2, 2014, p. 256.

⁸² AGARWALA, RINA. “Informal Workers’s Struggles in Eight Countries”. op. cit., p. 256.

En el caso concreto del trabajo doméstico y del cuidado realizado en el ámbito familiar de manera informal y del disfrute del derecho al cuidado, la exigibilidad política es relevante porque es un escenario idóneo de deliberación para exigirle al sector empresarial que garantice las diferentes aristas del derecho al cuidado. Por fuera del ámbito empresarial, las demandas originadas en el derecho al cuidado también son presentadas a través de organizaciones sociales que interceden institucionalmente a favor de la garantía efectiva de los derechos.

No es descartable que surjan formas de organización y asociación que impulsen la exigibilidad del derecho al cuidado y, en concreto, el derecho a decidir cuidar sin que esa decisión implique el desmedro de los derechos laborales y sociales fundamentales. Es decir, que se pueda cuidar por fuera de la informalidad y con pleno reconocimiento social, económico y jurídico.

3.3. LA EXIGIBILIDAD NORMATIVA O LEGISLATIVA DE LOS DERECHOS LABORALES Y SOCIALES FUNDAMENTALES Y LA GARANTÍA DE UN CONTENIDO MÍNIMO INDISPONIBLE: UN PUNTO DE PARTIDA PARA AVANZAR HACIA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS EN LA INFORMALIDAD

En la sección anterior se expuso el primer estadio de la exigibilidad de los derechos sociales. Se trataba de una exigibilidad social y política que implicaba el derecho de todas las personas a participar individual o colectivamente en la vida pública con el fin de hacer efectivos sus derechos laborales y sociales. Se hizo referencia especial a la organización civil en una dimensión local, nacional y global.

El siguiente estadio hace referencia a la exigibilidad normativa o legislativa. Esta dimensión se encuentra ligada a dos situaciones concretas. Por una parte, a la incorporación dentro de las Constituciones y las leyes nacionales de las normas de derecho internacional en materia de derechos laborales y sociales⁸³. Por otra parte, implica la regulación o la creación de medidas de tipo administrativo y de gobernanza que faciliten la garantía y efectividad de estos derechos⁸⁴.

⁸³ La inclusión de algunos de los derechos sociales en las Constituciones nacionales ocurrió a finales del siglo XIX. La constitucionalización de estos derechos se amplió progresivamente durante todo el siglo XX. Entre las primeras Constituciones que incorporaron los derechos sociales se pueden enunciar: la Constitución de México (1917), la Constitución de Weimar (1919), la Constitución Soviética (1936) y la Constitución Irlandesa (1937). *Vid.* TUSHNET, MARK. “Reflexiones sobre la protección judicial de los derechos sociales y económicos en el siglo XXI”. En: HENAO, JUAN CARLOS (ed.). *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*. Corte Constitucional-Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 127.

⁸⁴ DAVIS, DENNIS. “Socio-Economic Rights”. En: ROSENFELD, MICHAEL y SAJÓ, ANDRÁS (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 1021.

La exigibilidad normativa incluye los mecanismos de control y veeduría (e.g. inspecciones de trabajo), las instituciones administrativas para la organización del espacio público o la recaudación de impuestos, las contralorías, las superintendencias de servicios públicos y las defensorías del pueblo⁸⁵. En algunos casos, esta estructura institucional permite materializar los contenidos normativos y establecer obligaciones concretas para los demás poderes públicos y para algunos actores privados⁸⁶.

Ahora bien, la incorporación de los derechos sociales en instrumentos jurídicos internacionales, regionales o nacionales tiene implicaciones sustanciales en su exigibilidad. La principal consecuencia es que estos derechos hacen parte del ordenamiento jurídico nacional y su garantía adquiere un carácter imperativo. Esta integración ocurre a través de distintos mecanismos como el bloque de constitucionalidad. Esta integración implica que surjan obligaciones concretas para el Estado y para los entes privados. Además, los derechos sociales incorporados se convierten en principios rectores que orientan la política estatal.

En varios ordenamientos jurídicos la protección de los derechos sociales está ligada a la noción de reserva de la ley⁸⁷. En este sentido, se crea una obligación constitucional a cargo del legislador para que, dentro de escenarios de deliberación parlamentaria, proceda a establecer el alcance, los contenidos mínimos y los mecanismos de protección de los derechos sociales⁸⁸. El legislador debe cumplir con esta tarea dentro del marco de las obligaciones internacionales para la protección de los derechos sociales. En concreto, el órgano de representación popular no puede desconocer los principios de progresividad, no regresividad y no discriminación⁸⁹.

No obstante, el hecho de que los Estados no incorporen los derechos sociales a los ordenamientos jurídicos internos por medio de sus procedimientos legislativos o no avancen en los procesos de constitucionalización de los derechos sociales, no implica necesariamente

⁸⁵ “Las defensorías del pueblo, por ejemplo, pueden tener un papel importante a la hora de denunciar una violación de los derechos de colectivos que no se encuentran debidamente representados en otros espacios institucionales, como las personas migrantes, los trabajadores informales, las minorías sexuales o las personas con discapacidad. Los tribunales de cuentas, por su parte, pueden desempeñar una función igualmente relevante en la fiscalización del empleo de fondos destinados a satisfacer derechos sociales y en la detección de casos de corrupción y desvíos”. PISARELLO, GERARDO. *Los derechos sociales y sus garantías*. op. cit., p. 120.

⁸⁶ PISARELLO, GERARDO. *Los derechos sociales y sus garantías*. op. cit., pp. 114-120.

⁸⁷ El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia de 1991 establece una reserva de ley al señalar que el Congreso expedirá el estatuto del trabajo. No obstante, el Congreso todavía no ha expedido ese estatuto. Otro ejemplo de la reserva de la ley en el desarrollo de los derechos sociales se encuentra en la Constitución de Sudáfrica de 1996 en la que se protegen los derechos sociales y se establece la obligación a cargo del Estado de: “adoptar medidas legislativas y de otra índole para lograr la realización progresiva de los derechos sociales, en atención a los recursos disponibles”. TUSHNET, MARK. “Reflexiones sobre la protección judicial”. op. cit., p. 128.

⁸⁸ LUIGI FERRAJOLI denomina a esa obligación constitucional la ‘esfera de lo indecible que no’. Esta implica una obligación positiva de legislar derivada de un derecho fundamental que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. *Vid.* FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, 7ª ed., Madrid, 2010, pp. 23-24.

⁸⁹ PISARELLO, GERARDO. *Los derechos sociales y sus garantías*. op. cit., p. 117.

que los derechos sociales queden desprovistos de toda garantía y protección. Incluso los derechos que carecen de desarrollo legislativo son exigibles porque existe un “contenido mínimo e indisponible, susceptible de algún tipo de tutela jurisdiccional incluso en caso de que no exista regulación legal”⁹⁰.

Este último argumento es el fundamento del tercer estadio de exigibilidad de los derechos sociales o exigibilidad judicial a la que se dedicará el siguiente apartado de esta tesis doctoral y se convierten un elemento esencial a tener en consideración para exigir que se garanticen, aunque este sea en un nivel mínimo, derechos laborales y sociales para quienes están en la informalidad. En otras palabras, se puede considerar que estadio de exigibilidad da un sustento normativo desde el derecho internacional de los derechos humanos al social *protection floor* para todas las personas que trabajan, incluso, desde la perspectiva que se propone en esta investigación: para la protección de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado de manera informal.

3.4. LA EXIGIBILIDAD JUDICIAL DE LOS DERECHOS LABORALES Y SOCIALES FUNDAMENTALES Y LA PROGRESIVA VISIBILIZACIÓN DE LAS PERSONAS QUE TRABAJAN FUERA DE LAS FRONTERAS DE LABORALIDAD

La exigibilidad judicial de los derechos sociales genera mayores debates dentro de la doctrina jurídica. La controversia gira en torno a tres problemas vertebrales sobre: los mecanismos de protección, la legitimidad democrática y la eficacia normativa. Cada uno de estos ejes de la discusión amerita una investigación completa. Por esa razón, en esta sección solo se hará referencia a los mecanismos de protección de los derechos sociales en los ámbitos nacional, regional e internacional y a su conexión con los derechos laborales fundamentales.

3.4.1. El problema de los mecanismos de protección de los derechos sociales: un obstáculo relativo para el avance en la protección de quienes trabajan en la informalidad

El problema sobre los mecanismos de protección se presenta porque, en el ámbito internacional, no existen mecanismos para hacer efectivos los derechos sociales que sean análogos a los que existen para la protección de otros derechos humanos. Esta situación tiene un efecto reflejo en las jurisdicciones regionales y nacionales en las que se mantiene una fuerte división entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales. Resulta innegable que todavía está pendiente un diseño institucional que permita que una persona, a quien se ha vulnerado un derecho social, pueda acceder directamente ante un tribunal de justicia para reclamar la protección de sus derechos y recibir un remedio efectivo en las mismas

⁹⁰ PISARELLO, GERARDO. *Los derechos sociales y sus garantías*. op. cit., p. 84.

condiciones en que puede acceder una persona que reclama la violación de un derecho civil o político.

Como se verá más adelante, la anterior situación explica la existencia de dos mecanismos distintos de protección de los derechos humanos tanto en el sistema universal como en los sistemas regionales. Esta división también es una causa de que hayan surgido distintas técnicas interpretativas elaboradas por los tribunales para proteger los derechos sociales mediante los recursos previstos para la protección de los derechos civiles o políticos (i.e. conexidad).

Con el fin de construir una propuesta de políticas sociales de atención a la vulnerabilidad y de protección a las personas que trabajan en la informalidad o en zonas grises de laboralidad (e.g. trabajadores domésticos y del cuidado informal dentro del entorno familiar) es necesario superar la anterior dicotomía entre unos derechos civiles y políticos protegidos y unos derechos sociales que no son objeto de exigibilidad directa ante los tribunales. Lo anterior implica adecuar los sistemas jurídicos nacionales y el sistema internacional a las necesidades actuales. Se trata de superar un paradigma normativo basado en el viejo Estado liberal clásico y en las desuetas tensiones del periodo de la guerra fría que identificaban al capitalismo con los derechos civiles y políticos y al socialismo con los derechos sociales. La idea es construir un sistema jurídico e institucional de síntesis sobre las bases del Estado social en el que los derechos sociales sean protegidos de manera equiparable a la forma como son protegidos los derechos civiles⁹¹.

Ahora bien, mientras eso sucede de manera generalizada, actualmente no existe ningún obstáculo que impida sostener que los derechos sociales son exigibles y ocupan la misma jerarquía normativa de los derechos civiles y políticos⁹². Sin embargo, para que esta fórmula no se quede en la simple retórica, es necesario refinar los mecanismos procedimentales de acceso a la administración de justicia para que faciliten la garantía y exigibilidad directa de los derechos sociales⁹³, reafirmar la relevancia de la protección de estos derechos dentro de los sistemas jurídicos nacionales e internacionales y difundir la idea de que los derechos sociales son derechos humanos de primer orden.

El objetivo final es la superación de la clásica y conservadora división entre derechos principales y accesorios o entre derechos civiles exigibles y derechos sociales aspiracionales. De esta manera, se podría avanzar hacia la construcción de derechos humanos realmente

⁹¹ *Vid.* FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y garantías*. op. cit., p. 30 y ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Trotta, 8º ed., Madrid, 2008, p. 38.

⁹² *Vid.* TUSHNET, MARK. “Reflexiones sobre la protección judicial”. op. cit., p. 127. El autor señala que existe un cierto consenso sobre el estatus constitucional de los derechos sociales y económicos porque estos han sido incluidos directamente en las Constituciones nacionales y están garantizados como los denominados derechos de primera generación.

⁹³ PISARELLO, GERARDO. *Los derechos sociales y sus garantías*. op. cit., pp. 125-126.

indivisibles e interdependientes en el ámbito internacional⁹⁴ y de derechos humanos fundamentales en el ámbito interno. En ambos casos, con un andamiaje institucional adecuado para su reclamo ante los tribunales⁹⁵.

El derecho del trabajo juega un papel determinante para lograr este objetivo. La descontractualización, la flexibilización de las relaciones de trabajo y los cambios en el mundo del trabajo -como producto de la globalización dentro del sistema neoliberal- han evidenciado la importancia de encontrar mecanismos de protección de los derechos laborales y sociales más allá de las relaciones de empleo. Como se ha indicado previamente, la idea es que se garanticen unas condiciones de igualdad y de dignidad para todas las personas que trabajan.

La respuesta del derecho internacional del trabajo se ha concretado en convenios, recomendaciones y en todo el andamiaje normativo compuesto por normas de *hard law* y *soft law* que permiten reforzar la protección y superar los déficits de protección social. Dentro de esta respuesta, ha sido esencial la conexidad de los derechos sociales con otros derechos, como el derecho a la igualdad, la vida en condiciones dignas, la integridad y el acceso a un ingreso mínimo vital. Estos instrumentos y su interpretación conexa con otros derechos humanos se han convertido en insumos útiles y esenciales para la adopción de decisiones judiciales en las que se demanda la protección de los derechos laborales y sociales fundamentales.

Adicionalmente, ante la ausencia de mecanismos procedimentales específicos para la protección de los derechos sociales, han ocurrido fenómenos regionales y nacionales de litigio estratégico de alto impacto que han permitido solventar la ausencia de mecanismos judiciales de exigibilidad directa. Se trata de un litigio *estratégico* porque implica el diseño de alternativas procesales para reclamar la protección de los derechos sociales ante los tribunales en causas individuales, colectivas o de grupo⁹⁶.

Al litigio estratégico se agregan las acciones presentadas ante los mecanismos cuasi-jurisdiccionales de protección de los derechos sociales (e.g. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU)⁹⁷. En todos estos casos, ha sido muy efectiva

⁹⁴ Autores, como CARLOS SANTIAGO NINO, señalaron que los derechos sociales son una extensión de los derechos civiles en la medida en que “son bienes necesarios para la autonomía personal”. NINO, CARLOS SANTIAGO. “Sobre los derechos sociales”. En: CARBONELL, MIGUEL; CRUZ PARCERO, JUAN y VÁZQUEZ, RODOLFO (eds.). *Derechos sociales y derechos de las minorías*. IJ-UNAM, México, 2000, p. 137.

⁹⁵ Para LUIGI FERRAJOLI los derechos civiles y los derechos sociales pertenecen a una sola categoría: los derechos fundamentales. Los derechos civiles o derechos de libertad son derechos que ninguna mayoría puede violar mientras que los derechos sociales son derechos que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. *Vid.* FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y garantías*. op. cit., pp. 23-24.

⁹⁶ ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta, 2º ed., Madrid, 2004, pp. 45 y 46.

⁹⁷ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 18 ‘sobre el derecho al trabajo, 2005.

la identificación de los derechos laborales como derechos humanos y el rol innegable del derecho internacional en la irradiación o en la generación de efectos jurídicos dentro de los ordenamientos nacionales.

3.4.2. La exigibilidad de los derechos sociales y laborales fundamentales en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos: la protección del trabajo más allá de las relaciones de empleo

En el ámbito regional europeo e interamericano, la exigibilidad judicial de los derechos laborales y sociales fundamentales ha sido progresiva. Se trata de un proceso inevitable porque, como señala JUDY FUDGE, con “la globalización y el neoliberalismo, los discursos de los derechos humanos y sociales se han entrelazado y los tribunales han cobrado mayor protagonismo”⁹⁸.

En el plano regional europeo e interamericano existen casos muy importantes de exigibilidad judicial de los derechos laborales y sociales fundamentales⁹⁹. En los dos sistemas regionales de protección de los derechos humanos, la exigibilidad directa de los derechos sociales y laborales fundamentales se restringe a: i) el derecho de asociación y sindicalización, ii) la prohibición de trabajo forzoso y obligatorio y iii) el derecho a la igualdad y no discriminación.

Sin embargo, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante también Tribunal Europeo o TEDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también Corte IDH) han proferido decisiones en las que se protegen los derechos sociales vinculados con el trabajo y con el empleo. Estas decisiones se han adoptado a través de mecanismos concretos, como la interpretación evolutiva de los derechos o la doctrina del derecho viviente. También se ha puesto énfasis en la dimensión social de los derechos civiles y políticos.

Otra vía utilizada para la protección de los derechos sociales y laborales fundamentales ha sido la ampliación del contenido de los derechos civiles y la intersección de estos con los derechos laborales y sociales. Un instrumento clave ha sido la conexidad de los derechos sociales con otros derechos como: los derechos procedimentales y las garantías judiciales, el acceso a la justicia, el debido proceso, el derecho a un juicio justo y el derecho de propiedad¹⁰⁰.

⁹⁸ FUDGE, JUDY. “The New Discourse of Labour Rights”. op. cit., p. 43.

⁹⁹ En Europa existe un sistema de protección multinivel conformado por los Estados, la Unión Europea y el Sistema Europeo de Derechos Humanos. No obstante, en este apartado solo se hará referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En relación con América, se hará referencia a la protección de los derechos laborales y sociales fundamentales por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁰⁰ Vid. SALMÓN, ELIZABETH. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano: el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el camino hacia una lectura social de los derechos civiles y políticos*. Cooperación Alemana al Desarrollo-GTZ, Lima, 2010.

La protección de los derechos laborales y sociales fundamentales por parte de los tribunales regionales de protección de los derechos humanos es muy relevante para la visibilización contextual de los problemas regionales e internacionales en materia de garantía tanto de los derechos laborales como de los derechos sociales vinculados con el trabajo.

Por ejemplo, el TEDH ha protegido las diferentes dimensiones del derecho de asociación y sindicalización en sus facetas positiva y negativa¹⁰¹. El tribunal de Estrasburgo también ha protegido el derecho a la huelga como parte esencial del artículo 11 del Convenio Europeo¹⁰². Por su parte, la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre la garantía del derecho de asociación y sindicalización en varios casos relacionados con la protección del derecho a la vida de los líderes sindicales, de las garantías judiciales y del derecho a la libertad de asociación. Con ese objetivo, el tribunal interamericano ha utilizado la cláusula de exigibilidad directa referente a los derechos sindicales incluida en el artículo 8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”¹⁰³.

3.4.3. La respuesta europea e interamericana frente a la esclavitud moderna y el trabajo forzado: el enfoque jurisprudencial y la incidencia del análisis desde el trabajo doméstico y del cuidado

A pesar de que las decisiones judiciales están determinadas por contextos y eso implica reconocer la distancia entre los casos europeos y latinoamericanos, también es cierto que existen fenómenos globales que deben ser afrontados por los tribunales en diferentes lugares del mundo. Por ejemplo, la trata de seres humanos, la esclavitud, la servidumbre o el trabajo forzado y obligatorio. En razón del carácter global de estos fenómenos, existe un alto grado de identidad fáctica en varios de los casos estudiados por los tribunales regionales de Europa y América.

¹⁰¹ TEDH. Asunto *Demir y Baykara v. Turquía*, n° 34503/97, sentencia de 12 de noviembre de 2008; TEDH. Asunto *Enerji Yapı-Yol Sen v. Turquía*, n° 68959/01, sentencia de 21 de abril de 2009 y TEDH. Asunto *Matelly v. Francia*, n° 10609/10, sentencia de 2 de octubre de 2014.

¹⁰² TEDH. Asunto *Schmidt y Dabström v. Suecia*, n° 5589/72, sentencia del 6 de febrero de 1976 y TEDH. Asunto *Unison v. Reino Unido*, n° 53574/99, sentencia de 10 de enero de 2002.

¹⁰³ Corte IDH. Caso *Huilca Tecse Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121; Corte IDH. Caso *Cantoral Huamani y García Santa Cruz Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167; Corte IDH. Caso *Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144; Corte IDH. Caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198 y Corte IDH. Caso *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

En relación con la servidumbre y la prohibición de esclavitud, por ejemplo, el TEDH ha sido pionero al desarrollar una sólida doctrina jurisprudencial sobre este fenómeno¹⁰⁴. En efecto, el Tribunal Europeo ha declarado el incumplimiento de las obligaciones positivas de los Estados en materia de prevención de este fenómeno cuando no existen normas y disposiciones fuertes que prevengan y castiguen eficazmente este delito. Además, el TEDH ha señalado que los Estados tienen las obligaciones positivas de: proteger a las víctimas de servidumbre y esclavitud, garantizar el acceso a la justicia y cumplir con los deberes de investigación y sanción.

El desarrollo jurisprudencial sobre la servidumbre y la prohibición de esclavitud por parte del TEDH ha sido fundamental para la identificación y visibilización de otras formas de trabajo que son realizadas por personas altamente vulnerables en contextos de esclavitud moderna. Con base en el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el TEDH se ha referido a casos de esclavitud sexual, agrícola y doméstica¹⁰⁵. En este marco de trabajos objeto de análisis, el lugar del trabajo doméstico y del cuidado es esencial.

Sobre la esclavitud doméstica, el Tribunal Europeo ha señalado que las víctimas son personas que se ven forzadas a desarrollar trabajos domésticos y del cuidado sin remuneración, durante largas jornadas de trabajo y bajo coacción o amenaza. En el asunto *C.N y contra Francia*, por ejemplo, la víctima era obligada a realizar trabajos domésticos y del cuidado en el ámbito familiar¹⁰⁶. De hecho, como lo señala CONSUELO CHACARTEGUI:

“Uno de los ámbitos donde más frecuentemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha apreciado la vulneración de los derechos contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ha sido a propósito de las trabajadoras del servicio doméstico, en su inmensa mayoría mujeres, que se someten frecuentemente a condiciones de trabajo inhumanas, contrarias a la dignidad de las personas, de tal manera que el Tribunal utiliza terminología tan dura como ‘esclavismo moderno’ o ‘esclavismo doméstico’ para definir cierto tipo de situaciones laborales, como por ejemplo la utilización de mano de obra de menores para quienes se pone de relieve que no se respetaban ni los mínimos estándares de

¹⁰⁴ El trabajo del TEDH no solo es pionero en el ámbito regional, sino que es el primero en desarrollar el concepto de servidumbre dentro de la prohibición de esclavitud. Ahora bien, es importante destacar que la primera decisión tomada en materia de esclavitud fue adoptada por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. *Vid.* ICYT. Caso *Fiscal v. Dragoljub Kunarac y otros*, n° 96-23, sentencia de 22 de febrero de 2001 (primera instancia) y ICYT. Caso *Fiscal v. Dragoljub Kunarac y otros*, n° 96-23, sentencia de 12 de junio de 2002 (segunda instancia).

¹⁰⁵ TEDH. Asunto *Rantsev v. Chipre y Rusia*, n° 25965/04, sentencia del 7 de enero de 2010; TEDH. Asunto *Chowdury y otros v. Grecia*, n° 21884/15, sentencia de 30 de marzo de 2017; TEDH. Asunto *Siliadin v. Francia*, n° 73316/01, sentencia de 26 de octubre de 2005 y TEDH. Asunto *C.N v Reino Unido*, n° 4239/08, sentencia de 13 de noviembre de 2012.

¹⁰⁶ TEDH. Asunto *C.N y V v. Francia*, n° 67724/09, sentencia de 11 de octubre de 2012.

dignidad humana, a menudo sometidas a malos tratos, condiciones de seguridad y salud en el trabajo indignas y acoso sexual y por razón de sexo¹⁰⁷.

Los pronunciamientos del TEDH sobre esclavitud moderna han servido de referente en la identificación de formas de esclavitud moderna o contemporánea en todo el mundo. Este trabajo judicial ha generado un efecto irradiador en otros tribunales regionales y nacionales de protección de los derechos humanos.

Por ejemplo, desde el año 2006, la Corte Interamericana se había referido al trabajo forzoso en el caso de una población que fue obligada, por parte de los grupos paramilitares y con la aquiescencia del Estado, a realizar trabajos en contra de su voluntad y bajo la amenaza de una pena¹⁰⁸. Sin embargo, el efecto de irradiación de la jurisprudencia europea en el sistema interamericano se evidencia en la reciente decisión de la Corte Interamericana en el caso de los *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. En esta sentencia, la Corte IDH declaró responsable a Brasil frente a un caso de esclavitud agrícola. La Corte Interamericana tuvo en cuenta los precedentes sobre esclavitud sexual y doméstica tanto del Tribunal Europeo como de otros tribunales internacionales y órganos cuasi-judiciales¹⁰⁹.

Uno de los elementos más importantes del caso de los *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil* es que la Corte Interamericana señaló la importancia de proteger y garantizar los derechos laborales y sociales fundamentales. La garantía de estos derechos en el ámbito interamericano se vinculó al artículo 6.1 (prohibición de esclavitud y servidumbre) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Según la Corte Interamericana, los fenómenos de esclavitud moderna están asociados a situaciones de discriminación estructural histórica en razón de la posición económica. Por esa razón, para reparar las situaciones de discriminación estructural basada en la situación económica, el tribunal considera que los Estados deben satisfacer las obligaciones de garantizar la vida digna y las condiciones adecuadas de existencia de todas las personas¹¹⁰.

¹⁰⁷ CHACARTEGUI JÁVEGA, CONSUELO. *Dignidad de los trabajadores*. op. cit., p. 92.

¹⁰⁸ *Vid.* Corte IDH. Caso de las *Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

¹⁰⁹ Corte IDH. Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párrs. 263-264.

¹¹⁰ Sobre estas dos obligaciones: Corte IDH. Caso de los *“Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63 y Corte IDH. Caso *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

- 3.4.4. La protección de los derechos sociales y laborales fundamentales: el derecho a la igualdad, la prohibición de discriminación, la propiedad y la salud, algunos de los derechos que impulsan la protección jurisprudencial de todas las personas que trabajan

Además de los casos sobre esclavitud, el Tribunal Europeo ha sido prolífico en su jurisprudencia sobre el derecho a la igualdad y no discriminación en el ámbito del trabajo. En efecto, el artículo 14 del Convenio Europeo (derecho a la igualdad y prohibición de discriminación) se ha configurado como un derecho esencial en la protección de los derechos laborales y sociales fundamentales. Se trata de un verdadero derecho articulador de la protección de otros derechos humanos y fundamentales en el ámbito del trabajo, el empleo y la protección social¹¹¹.

En concreto, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación han sido esenciales en la protección del acceso y permanencia en el empleo. Por esta vía se ha protegido a sujetos especialmente vulnerables en razón de su sexo¹¹², orientación sexual¹¹³ y estado serológico¹¹⁴. Este derecho también ha fundamentado la protección de derechos frente a normas o medidas discriminatorias en materia de seguridad social¹¹⁵.

El derecho a la igualdad también ha sido empleado por el Tribunal Europeo para la protección de una dimensión de los derechos sociales vinculada con el acceso a la justicia y el derecho a un juicio justo establecidos en el artículo 6 del Convenio Europeo. Por esta vía se ha protegido a algunos colectivos de trabajadores, por ejemplo, a los trabajadores de embajadas frente a los privilegios de la inmunidad diplomática¹¹⁶.

A diferencia de lo que sucede en el ámbito europeo, dentro del sistema interamericano se han dado pocos avances en materia de igualdad y no discriminación en el ámbito del trabajo. Hasta ahora no es posible señalar ningún caso decidido por la Corte IDH sobre esta materia. Sin embargo, es importante señalar que, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han empleado el principio de igualdad y no discriminación en informes

¹¹¹ TEDH. Asunto *García Mateos v. España*, n° 38285/09, sentencia de 19 de febrero de 2013 (reducción de jornada para el cuidado de los hijos a cargo y conciliación de la vida familiar con la laboral).

¹¹² TEDH. Asunto *Emel Boyraz v. Turquía*, n° 61960/08, sentencia de 2 de diciembre de 2014.

¹¹³ TEDH. Asunto *Perkins y R. v. Reino Unido*, n° 43208/98, 44875/98, sentencia de 22 de enero de 2003 y TEDH. Asunto *Beck, Copp y Bazeley v. Reino Unido*, n° 48535/99, 48536/99, 48537/99, sentencia de 22 de enero de 2003. En estos casos se tuvo en cuenta el contenido de los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho al respeto a la vida privada y familiar y prohibición de discriminación).

¹¹⁴ TEDH. Asunto *I.B. v. Grecia*, n° 552/10, sentencia de 3 de octubre de 2013.

¹¹⁵ TEDH. Asunto *Di Trizio v. Suiza*, n° 7186/09, sentencia de 2 de febrero de 2016.

¹¹⁶ TEDH. Asunto *Cudak v. Lituania*, n° 15869/02, sentencia de 23 de marzo de 2010; TEDH. Asunto *Sabeh El Leil v. Francia*, n° 34869/05, sentencia de 29 de junio de 2011; TEDH. Asunto *Wallishauser v. Austria*, n° 156/04, sentencia de 19 de noviembre de 2012 y TEDH. Asunto *Radunovic y otros v. Montenegro*, n° 45197/13, 53000/13, 73404/13, sentencia de 25 de octubre de 2016.

y opiniones consultivas en las que advierten sobre la necesidad de garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la protección del derecho al trabajo y el acceso al trabajo de los grupos vulnerables (e.g. migrantes, afrodescendientes, mujeres y personas en situación de discapacidad)¹¹⁷.

Ahora bien, en los dos sistemas regionales se han protegido los derechos laborales y sociales fundamentales a través de distintos mecanismos interpretativos que permiten avanzar en la protección de estos derechos y en la consolidación del derecho al trabajo como un derecho humano. Por ejemplo, se ha apelado a la dimensión social de algunos derechos (e.g. derecho de propiedad), lo cual ha permitido la protección de los medios de vida en materia de salarios, seguridad social y las *herramientas de trabajo*¹¹⁸. En efecto, en el caso *Lallament contra Francia*, el Tribunal Europeo estableció la existencia de una afectación del derecho de propiedad en razón de que al demandante le fue expropiada su *herramienta de trabajo* de la que obtenía los recursos para su subsistencia y la de su familia¹¹⁹.

En el ámbito interamericano, la protección del derecho de propiedad ha estado vinculada con el derecho a la subsistencia y ha tenido una dimensión comunitaria relacionada con las poblaciones indígenas y campesinas. En concreto, en las decisiones en las que el tribunal interamericano ha protegido el derecho a la propiedad, también se han señalado las implicaciones en materia de salud, vida, integridad y supervivencia de las comunidades mencionadas¹²⁰. Sobre la conexión entre el derecho a la propiedad y la protección de los medios de vida en la jurisprudencia interamericana, ROSE-MARIE BELLE señala:

“El sistema interamericano contempla los medios de vida de varias maneras, por ejemplo, incorporando el interés de campesinos y trabajadores indígenas que quieren conservar el

¹¹⁷ CIDH. Informe en el caso María Eugenia Morales Sierra contra Guatemala, 2001; CIDH. Informe en el caso Simone André Diniz contra Brasil, 2006 y Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. En esta última, la Corte IDH señaló que los trabajadores en situación migratoria irregular tenían los mismos derechos laborales que los nacionales o las personas migrantes en situación migratoria regular.

¹¹⁸ Sobre la protección de los salarios y la seguridad social en el ámbito europeo: TEDH. Asunto *Howald Moor y otros v. Suiza*, n° 52067/10, 41072/11, sentencia de 11 de marzo de 2014. Sobre el mismo tema en el sistema interamericano: Corte IDH. Caso “*Cinco Pensionistas*” *Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98 y Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

¹¹⁹ TEDH. Asunto *Lallament v. Francia*, n° 46044/99, sentencia de 11 de abril de 2002.

¹²⁰ La protección del derecho a la propiedad en la dimensión resaltada en esta sección ocurre en el contexto de comunidades indígenas que reclaman el respeto de su territorio ancestral frente a la amenaza de desplazamiento forzado, el abandono de sus tierras o la imposibilidad de explotarlas. En este sentido, la protección sobre la propiedad -como medio para la obtención de recursos para su propia subsistencia- es solo uno de los muchos aspectos estudiados en estos casos en los que se alegan diversas vulneraciones de los derechos establecidos en la Convención Americana. *Vid.* Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214 y Corte IDH. Caso de las *Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

derecho a vivir en comunidad con la protección del medio ambiente frente a la amenaza de sus medios de vida y a su supervivencia frente a la intervención de las industrias extractivas. Reconociendo tales de medios de subsistencia como formas legítimas de trabajo que requieren protección, el sistema ha tenido la capacidad de defender el derecho de estos pueblos de sostener sus medios de vida a través actividades como la pesca haciendo frente a una enorme presión¹²¹.

En síntesis, tanto en el sistema europeo como en el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a la propiedad ha permitido la protección frente al despojo y la pérdida de los recursos que son necesarios para la supervivencia. La diferencia es que en Europa se enfatiza en la dimensión individual y familiar de la propiedad frente a una dimensión principalmente comunitaria de la propiedad, de la tierra y de su explotación desarrollada por la Corte Interamericana.

Por último, uno de los derechos laborales y sociales fundamentales que ha sido protegido dentro del sistema europeo está vinculado con el derecho a la salud y la seguridad en las condiciones de trabajo. La protección de este derecho se ha hecho exigible a través de la garantía de los derechos a la vida, la información y la vida privada y familiar. En efecto, el Tribunal Europeo ha recordado las obligaciones positivas de los Estados destinadas a legislar e informar a todas las personas para que puedan prevenir eficazmente los riesgos para la salud o la vida de los trabajadores. Uno de los casos más representativos sobre esta materia es *Brincat y otros contra Malta* del año 2014. Este caso se refería al uso de amianto en el lugar de trabajo. Como se indicará más adelante, el amianto es un producto cancerígeno que causó una afectación grave a la salud de los trabajadores y a la salud de las familias de los trabajadores vinculados con este sector industrial¹²².

3.4.5. La protección de los derechos sociales laborales fundamentales: el uso dinámico de las fuentes del derecho internacional del trabajo como herramienta para impulsar y sustentar la protección de trabajadores informales

Una de las particularidades de los casos que han sido decididos por el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana es el uso de fuentes del derecho que tienen diferente naturaleza jurídica. Desde luego, la fuente principal de las obligaciones son los respectivos convenios europeo e interamericano sobre derechos humanos. Sin embargo, también es posible hallar múltiples referencias al derecho nacional y a las fuentes e instrumentos (convenios y recomendaciones) de la OIT.

¹²¹ BELLE ANTOINE, ROSE MARIE. "Labour in the economic social cultural rights regime of the Inter-American system on human rights". En: BRODIE, DOUGLAS; BUSBY, NICOLE y ZAHN, REBECCA (eds.). *The Future Regulation of Work. New Concepts, New Paradigms*. Palgrave, Reino Unido, 2016, p. 198.

¹²² TEDH. Asunto *Brincat y otros v. Malta*, nº 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 y 62338/11, sentencia de 24 de julio de 2014.

En el caso *Chowdury y otros contra Grecia*, por ejemplo, el Tribunal Europeo citó el *corpus iuris* internacional sobre esclavitud y trabajo forzado de la OIT. Es decir, se basó en el Convenio 29 de la OIT sobre trabajo forzoso, la Convención suplementaria relativa a la abolición de la esclavitud y el Convenio 105 de la OIT sobre la abolición del trabajo forzado¹²³. Además, el tribunal citó extractos del informe global de seguimiento de la declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (*El costo de la coacción*) que fue adoptado en la Conferencia Internacional del Trabajo del año 2009.

Otro de los casos interesantes sobre el uso de fuentes es *Brincat y otros contra Malta* de 2014. En ese caso, los demandantes alegaron que la exposición al amianto se realizó sin el debido control y atención por parte del Estado. Eso ocurrió a pesar de que, desde los años sesenta, Malta se incorporó a la Organización Internacional del Trabajo y a la Organización Mundial de la Salud. Estas dos organizaciones alertaron sobre los peligros del amianto desde los años cincuenta. Sin embargo, el Estado solo adoptó medidas legislativas adecuadas hasta el año 2003 cuando ya no era posible prevenir y reparar el daño causado a los trabajadores y a sus familias.

Uno de los fundamentos más relevantes esbozados por el Tribunal Europeo fue que el Estado no podía argumentar su ignorancia sobre los peligros para la salud de los trabajadores derivados del uso del amianto. En sus consideraciones, el TEDH advirtió que era irrelevante el hecho de que Malta no hubiese ratificado los Convenios y las recomendaciones de la OIT pertinentes (Convenio 162 de 1986 sobre la utilización del asbesto en condiciones de seguridad y Convenio 139 de 1974 sobre la prevención y el control de los riesgos profesionales causados por sustancias o agentes cancerígenos). Según el TEDH, un Estado parte de la OIT no puede alegar que desconoce los peligros del amianto porque la aprobación de los convenios y las recomendaciones dentro de esa Organización están precedidos de un amplio debate internacional. En este sentido, de acuerdo con el TEDH, no es válido que el Estado acuse desconocimiento sobre los peligros del amianto¹²⁴.

Además del uso de fuentes de derecho internacional del trabajo -como los Convenios de la OIT- incluso cuando estos no han sido ratificados por los Estados, también se han considerado las decisiones de otros tribunales internacionales. Por ejemplo, en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil* del año 2016, la Corte Interamericana citó algunas decisiones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, del Tribunal Especial para Sierra Leona, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de las salas extraordinarias de las Cortes de Camboya y de la Comisión Africana de Derechos Humanos

¹²³ TEDH. Asunto *Chowdury y otros v. Grecia*, n° 21884/15, sentencia de 30 de marzo de 2017.

¹²⁴ TEDH. Asunto *Brincat y otros v. Malta*, n° 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 y 62338/11, sentencia de 24 de julio de 2014.

y de los Pueblos. Para la Corte IDH, todos estos eran antecedentes jurisprudenciales relevantes en materia de esclavitud¹²⁵.

En la misma decisión, la Corte Interamericana resaltó la existencia de pronunciamientos de distintos órganos internacionales y regionales que han abordado el fenómeno de la esclavitud moderna. Entre estos, destacó los pronunciamientos del Comité CEDAW de Naciones Unidas, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre formas contemporáneas de esclavitud, de la Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre Tráfico de Personas, de la Oficina del Alto Comisionado de las Derechos Humanos de Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹²⁶.

De este uso significativo de informes y documentos elaborados por diferentes organizaciones se infiere que la exigibilidad judicial de los derechos sociales y laborales fundamentales está vinculada con el papel de promoción de los derechos humanos que realizan distintas entidades internacionales. Desde luego, en este ámbito destaca el rol del Consejo de Europa y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta última elabora informes anuales, por materia o por país y estudia peticiones en casos individuales.

Todos estos mecanismos no estrictamente judiciales también aportan elementos e insumos esenciales para el avance regional de la protección de los derechos laborales y sociales fundamentales. La influencia institucional es relevante tanto para los tribunales internacionales que deciden casos contenciosos como para los Estados y sus tribunales internos. Desde luego, esta influencia también es importante para las demás instituciones del ámbito regional y nacional que tienen competencias de regulación o de política pública.

En este sentido, el eslabón de exigibilidad judicial de los derechos laborales y sociales fundamentales no se limita a la solución de casos concretos, sino que todo el sistema de protección tiene impacto en los demás eslabones de exigibilidad de los derechos sociales. Esto denota el carácter dinámico, complementario e interactivo de los distintos estadios de exigibilidad.

La interacción de todos estos componentes es evidente en la construcción de conceptos como ‘vida en condiciones dignas’, ‘dignidad humana vinculada con el trabajo’ o ‘discriminación estructural por razones económicas’ que llenan de contenido a los derechos humanos. Sin duda alguna, el fuerte componente social y el estudio de casos vinculados a fenómenos de explotación laboral, servidumbre y trabajo forzado denotan un cambio de

¹²⁵ Corte IDH. Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párrs. 252 - 266.

¹²⁶ Corte IDH. Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 267.

enfoque trascendental en la protección de los derechos humanos y un mayor interés por las condiciones de trabajo en el mundo.

Adicionalmente, no se pueden dejar de lado los pronunciamientos sobre los derechos vinculados al trabajo de las personas migrantes. Se trata del reconocimiento de que son titulares de derechos humanos y de derechos laborales con independencia de su situación migratoria. Es innegable el avance y la consolidación de una tendencia hacia una mayor protección de los derechos laborales y sociales en los sistemas de protección regional de derechos humanos. Este avance se ha dado a través del reconocimiento del trabajo como un derecho humano y de los derechos humanos como derechos indivisibles e interdependientes.

En este sentido, el derecho del trabajo -desde una perspectiva de derechos humanos- puede impulsar a futuro la protección de colectivos de trabajadores invisibilizados y excluidos de los sistemas de protección social. Este es el caso de los trabajadores informales. Esta perspectiva también fomenta mecanismos de transición hacia la formalidad y la inclusión dentro de los sistemas de protección social para remediar las condiciones estructurales de discriminación y de exclusión. Los beneficios de ese reconocimiento y protección beneficiarán, sin duda, a quienes realizan el trabajo doméstico y del cuidado de manera informal dentro del ámbito familiar.

Ahora bien, es innegable que también es necesario impulsar mecanismos de exigibilidad judicial directa de los derechos sociales. Este avance permitirá una mejor garantía de los derechos laborales y sociales fundamentales. El reconocimiento directo y abierto de estos derechos implicará una mayor eficacia de los mismos y soluciones estructurales a los problemas de desigualdad y discriminación producto de la exclusión del disfrute de los derechos sociales. En el mismo sentido, se permitiría un control más efectivo del principio de progresividad y no regresividad de los derechos sociales y la construcción de pisos de protección social más sólidos, igualitarios y consistentes.

4. LA TRANSICIÓN DE LA INFORMALIDAD A LA FORMALIDAD EN EL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO Y LA REDUCCIÓN DEL DÉFICIT DE PROTECCIÓN

Los instrumentos jurídicos que respaldan el derecho universal al cuidado, los instrumentos que soportan el nuevo marco normativo de la OIT y los derechos sociales conforman una amalgama de insumos que justifican y soportan el reconocimiento y protección de los derechos de las personas que hacen el trabajo doméstico y del cuidado familiar de manera informal.

En los siguientes apartados se sostendrá que existen insumos normativos que, desde distintos niveles institucionales de regulación (internacional, regional y nacional), aportan elementos jurídicos relevantes para la protección de este colectivo de trabajadores y para la superación del déficit de protección. Además, se sostendrá que estos insumos -que pueden ser generales

o específicos- son interactivos, interdependientes y están generando cambios progresivos en el paradigma de protección jurídica. En concreto, estos cambios pueden repercutir de manera positiva en una mayor visibilización del trabajo doméstico y del cuidado y en la creación de mecanismos de protección que remedien las condiciones de vulnerabilidad que han sido ampliamente descritas en los capítulos anteriores.

4.1. LA CONTRIBUCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO A LA GARANTÍA DEL DERECHO UNIVERSAL AL CUIDADO

Existe una vinculación inescindible entre los distintos componentes del derecho universal al cuidado y el aporte del nuevo marco regulatorio del derecho internacional del trabajo que puede identificarse en dos aspectos concretos: la protección social más allá del empleo y la consolidación de un conjunto de derechos laborales y sociales fundamentales. Además, los derechos derivados del derecho universal al cuidado y el nuevo marco regulatorio tienen un componente articulador que es la protección de los derechos humanos, en tanto indivisibles, interdependientes y complementarios.

En este marco, el derecho del trabajo dota al derecho universal al cuidado de herramientas útiles para su materialización en cuatro aspectos: i) la responsabilidad empresarial frente al cuidado, ii) las condiciones de trabajo decente y digno para los cuidadores, iii) los pisos mínimos de derechos para los cuidadores y iv) la agenda de trabajo decente.

En primer lugar, en materia de responsabilidad empresarial frente al cuidado, la responsabilidad social se materializa con el pago efectivo de impuestos que permitan la cobertura de servicios de atención, la adaptación de espacios para el cuidado dentro y fuera de las empresas y un aporte para quienes trabajan en la economía informal. Por ejemplo, una empresa (e.g. Coca Cola o Nestlé) debería asumir una parte de la responsabilidad frente a las condiciones para el cuidado de quienes venden sus productos en las calles de las distintas ciudades del mundo. Uno de los mecanismos podría ser la adaptación de infraestructura para el cuidado de los niños y niñas, sala-cunas, lugares para amamantar o dormir a los más pequeños. Esta infraestructura debería estar ubicada cerca de los lugares habituales de trabajo en calle y las plazas de mercado.

Además, se pueden implementar las licencias de trabajo remuneradas y no remuneradas, la promoción laboral de las personas encargadas del cuidado de familiares o de personas en situación de dependencia, la validación de las cualificaciones profesionales adquiridas durante los tiempos de cuidado y la posibilidad de volver al lugar de trabajo una vez finalizado el periodo del cuidado.

El cumplimiento de las obligaciones empresariales permitiría crear una ética empresarial hacia el cuidado garantizada a través de mecanismos promocionales (incentivos) y legales. La

vigilancia respecto del cumplimiento de estas garantías le correspondería a los Estados y estos podrían exigirlos ante las jurisdicciones laborales y administrativas.

En segundo lugar, el derecho del trabajo es vertebral en la garantía del derecho universal al cuidado en relación con las condiciones de trabajo decente y digno para quienes realizan el trabajo del cuidado como actividad profesional y remunerada. Según se ha señalado en este trabajo, el derecho internacional del trabajo ha demostrado ser un motor importante para la protección progresiva del colectivo de trabajadores y trabajadoras domésticas. El Convenio 189 de la OIT, analizado en el tercer capítulo de este trabajo, ha sido determinante para la visibilización de las distintas problemáticas laborales, sociales y económicas que padecen los trabajadores domésticos a nivel global. Además, el Convenio 189 ha abierto nuevos espacios de exigibilidad de los derechos de este colectivo que constituyen un aporte para avanzar hacia la eficacia del derecho.

Este aporte del derecho del trabajo es perfectamente coherente con el nuevo enfoque regulatorio de la OIT basado en una perspectiva de derechos. Por una parte, el Convenio 189 es reconocido como un instrumento de derechos humanos y esto amplía su marco de exigibilidad y protección. Así quedó demostrado cuando se hizo referencia a los ordenamientos jurídicos de España y Colombia (capítulo 4) y a los debates que se han generado en la Unión Europea (capítulo 3) sobre esta materia.

Por otra parte, el Convenio 189 es el primer instrumento que busca garantizar un trabajo decente, incluso cuando se trata del trabajo que es realizado en el entorno doméstico y familiar o cuando el empleador no es *stricto sensu* un empresario. Esto último significa que el derecho del trabajo irradia la protección de los derechos laborales a una zona de la laboralidad que, en la gran parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, ha estado en la informalidad o en una zona gris de reconocimiento y de protección jurídica.

En tercer lugar, el derecho del trabajo es vertebral para la garantía del derecho universal al cuidado por medio del *social protection floor*. En efecto, este responde a la necesidad de implementar una protección social básica, garantizar unos derechos sociales mínimos durante todo el ciclo de vida y prevenir o aliviar la pobreza de las personas durante sus momentos de mayor vulnerabilidad o debilidad: enfermedad, maternidad, infancia, desempleo, discapacidad y vejez.

Este nuevo marco regulatorio impulsa la protección mínima de cuatro garantías básicas: el derecho a la salud con cobertura universal, la protección a la maternidad, la seguridad del ingreso y de la infancia en diferentes aspectos (salud, educación, alimentación y cuidado) y la seguridad básica en el ingreso para todas las personas en edad de trabajar. Este marco regulatorio refuerza la naturaleza, la función, el sentido y la urgencia de garantizar la efectividad de las normas internacionales de derechos humanos y, en concreto, de los derechos sociales. De allí la vinculación mencionada entre el *social protection floor* y el sistema

de protección internacional de los derechos humanos, en especial, los mecanismos de exigibilidad de los derechos sociales.

Además, se debe recordar que el enfoque de género debe ser transversal en todas las políticas adoptadas por los Estados para la garantía del *social protection floor*. En el mismo sentido, se incluye un mandato de evaluación de las diferentes aristas del derecho universal al cuidado y, en particular, del impacto de género de quienes cumplen con la obligación o ejercen el derecho a cuidar de las personas en situación de dependencia.

Esto significa que la implementación de los *social protection floor* debe tener en cuenta las condiciones de invisibilidad o desprotección jurídica de quienes desarrollan el trabajo doméstico y del cuidado en el ámbito familiar. Los cuidadores son sujetos titulares de derechos concretos en razón del trabajo que realizan y no son solo una parte pasiva o invisible de la protección de las personas en situaciones de debilidad.

En cuarto lugar, la agenda de trabajo decente vincula, por una parte, el impulso a la creación de empleo. El reconocimiento de nuevas formas de trabajo que deben ser protegidas por el derecho no excluye el objetivo de crear empleos de calidad. Por otra parte, la agenda incluye la protección de los trabajadores más vulnerables mediante la extensión de la protección social. Esto implica condiciones de trabajo seguras, tiempo libre, descanso y una contribución mínima adecuada en caso de pérdida o reducción de ingresos.

Como se puede inferir, los objetivos de la agenda de trabajo decente son plenamente compatibles con el derecho universal al cuidado. Además, también son acordes con propuestas que desde la doctrina del derecho del trabajo señalan la importancia de extender las fronteras del derecho del trabajo y ampliar el marco de protección de derechos laborales y sociales más allá del empleo y de las formas de trabajo mercantil. Propuestas útiles para justificar mecanismos de transición de la informalidad hacia la formalidad de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado de manera no remunerada e informal.

En suma, más que nunca, el aporte del derecho del trabajo es esencial en un contexto flexible e incierto en el que las personas realizan actividades y trabajos de diversa índole durante toda su vida y no solo tienen relaciones de empleo¹²⁷. El derecho del trabajo puede contribuir a la materialización de los derechos humanos, no solo de los empleados y de los trabajadores, sino también a la protección de los derechos humanos de las mujeres, de las personas en situación de discapacidad y a la humanización de las relaciones de producción.

¹²⁷ SIMON DEAKIN presenta una postura genérica muy interesante acerca del papel sistémico y dinámico de las instituciones del mercado laboral para avanzar hacia un desarrollo económico y un desarrollo humano sostenible que tenga en cuenta un enfoque de capacidades. DEAKIN, SIMON. "The Contribution of Labour Law to Economic and Human Development". En: DAVIDOV, GUY y LANGILLE, BRIAN (eds.). *The Idea of Labour Law*. op. cit., pp. 162-164 y 170-176.

En definitiva, el derecho del trabajo y el nuevo esquema de regulación son una hoja de ruta útil para la garantía del derecho universal al cuidado y para la superación del déficit de protección de quienes realizan el trabajo doméstico y del cuidado en el ámbito familiar de manera prevalentemente informal. El objetivo del trabajo decente debe guiar las políticas de los Estados frente a la garantía de condiciones de trabajo dignas y adecuadas para todas las personas, debe impulsar la creación de empleo y debe proteger a quienes trabajan más allá de las relaciones de empleo. Esta será una garantía de libertad para poder elegir libremente la opción de cuidar de un familiar en situación de dependencia sin que esta decisión implique un desmedro de sus derechos laborales y humanos fundamentales. En otras palabras, sin que esta decisión restrinja o limite la agencia de las personas y particularmente la agencia de las mujeres¹²⁸.

Por último, los pisos de protección social se consolidan como una guía orientativa de derechos mínimos que deben ser garantizados a todas las personas para que puedan vivir unas condiciones de vida dignas y para que se superen las condiciones de desigualdad estructural que genera el desarrollo del trabajo doméstico y del cuidado remunerado y no remunerado cuando ocurre en zonas grises o informales de regulación. Los pisos de protección social se consolidan, entonces, como derechos laborales y sociales fundamentales y como derechos humanos que deben ser garantizados y protegidos para este colectivo y, por consiguiente, como un mecanismo adecuado para garantizar procesos de transición del trabajo doméstico y del cuidado informal realizado en el entorno familiar hacia la formalización. El nuevo marco regulatorio de la OIT extiende las fronteras del derecho del trabajo y debe ser comprensiva de otras formas de trabajo que a pesar de aportar socialmente han estado excluidas de los sistemas de protección social y jurídica y del manto protector del derecho al trabajo.

4.2. INSTRUMENTOS GENERALES PARA LA VISIBILIZACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO INFORMAL EN AMÉRICA LATINA: EL PAPEL IRRADIADOR DEL CONVENIO 189 DE LA OIT

Una síntesis del capítulo 5 de esta investigación permite inferir que la Ley de Dependencia de España, en su versión inicial, garantiza un *social protection floor* para los denominados cuidadores no profesionales o familiares. En efecto, con esta norma, el cuidado pasó de un lugar informal e invisible a una zona gris de regulación. Desde luego, comparado con otras actividades o frente al mismo trabajo doméstico y del cuidado remunerado, el trabajo del cuidado no profesional sigue siendo un trabajo precario.

Según se indicó en ese mismo capítulo, el reconocimiento del cuidado en España estuvo precedido por unos cambios sociales y normativos ocurridos en otros países de Europa. Además, tuvo antecedentes en normas e informes de la Unión Europea que advertían sobre

¹²⁸ SEN, AMARTYA. *Desarrollo y libertad*. op. cit., pp. 233-249.

los cambios demográficos y las implicaciones de género en el cuidado de las personas dependientes en todo el continente. Actualmente, el reto de Europa -en concreto de España- sobre esta materia es que no se afecte el principio de progresividad que guía la garantía de los derechos sociales y la implementación de los *social protection floor*. El principio de progresividad (no regresividad) impone el mandato de avanzar hacia una protección cuantitativa y cualitativa de los derechos de quienes realizan el trabajo del cuidado.

Como también se indicó en el capítulo 5, en Colombia no existe un *social protection floor* para quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado en el ámbito familiar. Esto es así a pesar de que, a nivel latinoamericano, se ha llamado la atención sobre la necesidad de buscar mecanismos que visibilicen las distintas aristas del derecho al cuidado y se ha advertido sobre el impacto de género que tiene un enfoque esencialmente familiarista del cuidado y una participación estatal marginal o meramente asistencial.

En toda América Latina es necesario implementar mecanismos para garantizar el derecho al cuidado desde el enfoque de derechos que se ha defendido en esta investigación. Es decir, desde un enfoque que permita construir políticas públicas, garantías normativas y mecanismos jurisdiccionales acordes con la protección de derechos concretos para las personas en situación de dependencia y para sus cuidadores.

La garantía de las distintas aristas del derecho al cuidado y, en particular, del derecho a decidir cuidar con protección social -que se defiende en este trabajo- encuentra sustento en distintos niveles institucionales de regulación en América Latina. Estos niveles institucionales de regulación aportan insumos esenciales para construir propuestas de protección de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado familiar de manera informal. En concreto, los insumos se encuentran en los instrumentos internacionales y regionales que operan de manera interactiva e interdependiente.

De hecho, es posible identificar instrumentos internacionales generales y específicos. Dentro de los primeros, se encuentran los instrumentos de derechos humanos y de derecho internacional del trabajo. Por ejemplo, la *Declaración Universal de Derechos Humanos*¹²⁹, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*¹³⁰ y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*¹³¹. En el segundo grupo se encuentran la *Convención sobre los Derechos de los Niños*, la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* y la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)*.

¹²⁹ *Vid.* ONU. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículos 22, 23, 24, 25, 28 y 29).

¹³⁰ *Vid.* ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (preámbulo y artículos 3, 8, 14, 17, 22, 23 y 24).

¹³¹ *Vid.* ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (preámbulo y artículos 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12).

A los anteriores, se suman los instrumentos sobre derecho internacional del trabajo como: la *Declaración de Filadelfia*, la *Declaración sobre la justicia social para globalización equitativa*, la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo* y la *Recomendación 202* ‘sobre los pisos de protección social’. Finalmente, se encuentran los instrumentos generales del marco internacional de protección conformados por las observaciones y pronunciamientos de los Comités de la ONU encargados de hacer el seguimiento y emitir observaciones sobre el cumplimiento de los diferentes instrumentos de derechos humanos. Este es el caso, entre otros, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹³².

En el plano regional o específicamente interamericano también es posible identificar instrumentos de protección de los derechos humanos que están agrupados en dos categorías concretas: protección de derechos humanos generales y protección reforzada. En el primer grupo se encuentran la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*¹³³, la *Convención Americana sobre los Derechos Humanos*¹³⁴ y el *Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales* o “*Protocolo de San Salvador*”¹³⁵.

El segundo grupo de instrumentos corresponde a la protección especial de colectivos vulnerables a nivel regional. Dentro de estos, se encuentra la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* o *Convención de “Belém do Pará”*¹³⁶; la *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*¹³⁷ y la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*¹³⁸.

Como se puede inferir de este recuento normativo, a nivel internacional no existe un instrumento específico para la protección de las personas que realizan el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado al interior de las familias. Este elemento de anomia forma parte del carácter informal en que se desarrolla esta actividad. Sin embargo, como se ha sostenido hasta ahora, la interdependencia normativa de esta forma de trabajo con otros derechos

¹³² *Vid.* ONU. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observaciones Generales sobre salud, trabajo, seguridad social, no discriminación, discapacidad, personas adultas mayores e igualdad entre hombres y mujeres.

¹³³ *Vid.* OEA. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos II, VI, VII, XI, XIV, XV, XVI, XVIII, XXX, XXXV y XXXVII)

¹³⁴ *Vid.* OEA. Convención Americana sobre los Derechos Humanos (preámbulo y artículos 5, 6, 8, 11, 16, 17, 19, 24, 25, 26 y 29).

¹³⁵ *Vid.* OEA. Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador” (preámbulo y artículos 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 15, 16, 17, 18 y 19).

¹³⁶ *Vid.* OEA. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de “Belém do Pará” (preámbulo y artículos 4, 5, 6, 7 y 8).

¹³⁷ *Vid.* OEA. Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (artículo III).

¹³⁸ *Vid.* OEA. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015 (artículos 5-31).

humanos y, en concreto, con el trabajo doméstico y del cuidado remunerado lleva a que el Convenio 189 de la OIT funja como el instrumento internacional específico más importante sobre la materia.

En efecto, el Convenio 189 es uno de los más recientes insumos para abordar la discusión sobre el trabajo doméstico y del cuidado y sobre el trabajo doméstico y del cuidado informal realizado dentro del ámbito familiar. Por esa razón, en el primer capítulo de esta investigación se hizo referencia a la protección del cuidado informal mediante el *efecto espejo o reflejo* de la protección del trabajo doméstico.

Además, el Convenio 189 se ha convertido en un instrumento relevante para visibilizar los distintos componentes del cuidado en el marco de los cambios ocurridos dentro del mundo del trabajo. En este ámbito, el convenio resaltó la forma como la demanda de trabajo del cuidado causa cambios en el funcionamiento del sistema productivo porque quienes realizan el cuidado permiten que otras familias puedan conciliar el cuidado de sus familiares dependientes con la vida laboral mediante la externalización del cuidado.

El Convenio 189 también respondió a las condiciones de precariedad económica del trabajo realizado por las mujeres de manera silenciosa e invisible dentro del hogar familiar. Asimismo, el Convenio el trabajo doméstico y lo integró con el mantenimiento emocional de los hogares. Finalmente, uno de los aspectos más importantes es que el Convenio 189 se considera como un instrumento basado en un enfoque de derechos humanos.

4.3. LOS INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS PARA LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE QUIENES HACEN EL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO INFORMAL EN AMÉRICA LATINA

Además de los instrumentos generales sobre derechos humanos enunciados en la sección anterior y de la función complementaria e integradora del Convenio 189 de la OIT, en América Latina se han aprobado instrumentos específicos que impulsarían la transición de la informalidad a la formalidad y, por consiguiente, la protección de los derechos laborales fundamentales de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado de manera informal. Esos instrumentos tienen origen en la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, es decir, en la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. A continuación, se describen cada uno de estos fundamentos para la garantía de los derechos laborales de los cuidadores.

En primer lugar, es importante señalar que la CEPAL ha aportado fundamentos específicos de gran relevancia para impulsar la protección de quienes desarrollan el trabajo doméstico y del cuidado informal. Esta organización ha señalado específicamente la necesidad de reconocer el valor económico y social del trabajo doméstico y del cuidado informal mediante la visibilización de los aportes de este trabajo a la economía global de los países. Para la

CEPAL, los Estados no se pueden beneficiar de un trabajo que no es reconocido como tal pero que aporta significativamente a sus economías. La vía adecuada es reconocer el valor económico relevante de ese trabajo y protegerlo plenamente.

El punto de partida de la CEPAL ha sido la preocupación por el cuidado de las personas en situación de dependencia en toda América Latina y por las excesivas cargas de trabajo doméstico no remunerado asumidas –principalmente- por las mujeres. A partir de esos dos elementos, desde la CEPAL se ha dado un impulso a la *economía del cuidado*, se han abierto nuevos debates y generado pactos (Consensos) regionales sobre la necesidad de contabilizar y valorar económicamente el tiempo destinado al cuidado.

En las últimas tres Conferencias Regionales sobre la mujer de América Latina y el Caribe que fueron organizadas por la División de Género de la CEPAL, los Estados han coincidido en la necesidad de ubicar al cuidado en el centro de las políticas públicas y sociales. Los acuerdos (Consensos) a los cuales se ha llegado en estas reuniones se refieren al reconocimiento de valor social y económico del trabajo doméstico no remunerado y al reconocimiento del derecho al cuidado como un derecho universal que genera responsabilidades compartidas entre las familias (hombres y mujeres), las empresas privadas, la sociedad civil y el Estado¹³⁹.

Por una parte, el reconocimiento del valor social y económico del trabajo doméstico y del cuidado informal no remunerado se concreta en la obligación de los Estados de dirigir sus esfuerzos a adoptar medidas y políticas públicas de carácter legislativo que reconozcan el valor de este trabajo. Por otra parte, los Estados tienen la obligación de reconocer que el cuidado de otros es un derecho y una responsabilidad que incluye la titularidad de derechos de protección social para quien cuida¹⁴⁰.

En segundo lugar, existen fundamentos específicos a nivel regional para la superación del déficit de protección de quienes realizan el trabajo doméstico y del cuidado en el ámbito familiar de manera informal que han surgido dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Se trata de los avances alcanzados por la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos.

En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya se advirtió que no es posible encontrar un pronunciamiento contencioso que aborde -como tema principal- el trabajo doméstico y del cuidado por parte de familiares. También se señalaron algunos avances de ese tribunal en la protección de los derechos sociales, laborales y en materia de esclavitud moderna.

¹³⁹ *Vid.* CEPAL. Consenso de Quito de 2007 (acuerdos XIII y XX), CEPAL. Consenso de Brasilia de 2010 (acuerdos 1A y 1B) y CEPAL. Consenso de Santo Domingo de 2013 (acuerdos 54 y 57).

¹⁴⁰ BATTYÁNY DIGHERO, KARINA. “Las políticas del cuidado en América Latina”. op. cit., pp. 7-8.

Sin embargo, existe un caso en el cual, la Corte Interamericana se refirió directamente a las implicaciones económicas, sociales, jurídicas y psicológicas causadas a las familias cuando sus integrantes deben encargarse del cuidado de las personas en situación de dependencia. En efecto, en el caso *Furlan y familiares Vs. Argentina* de 2012, la Corte Interamericana condenó al Estado de Argentina por la vulneración de los derechos a la integridad personal, garantías judiciales y acceso a la justicia de SEBASTIÁN FURLAN y sus familiares. La causa de la violación fue la dilación del sistema judicial argentino para ordenar y pagar una indemnización a favor de la víctima dentro de un proceso de responsabilidad civil extracontractual originado en el accidente del niño SEBASTIÁN dentro de una instalación militar. Del pago de esa indemnización dependía el tratamiento médico de SEBASTIÁN quien quedó en situación de discapacidad después del accidente¹⁴¹.

La Corte IDH reconoció a toda la familia FURLAN como víctima directa de la vulneración del derecho a la integridad personal. En los siguientes términos:

“Para la Corte es claro que la contribución por parte del Estado al crear o agravar la situación de vulnerabilidad de una persona, tiene un impacto significativo en la integridad de las personas que le rodean, en especial de familiares cercanos que se ven enfrentados a la incertidumbre e inseguridad generada por la vulneración de su familia nuclear o cercana (...) Por tanto, la Corte encuentra probado que el accidente sufrido por SEBASTIÁN FURLAN, así como el transcurso del proceso civil, tuvieron un impacto en el núcleo familiar conformado por DANILO FURLAN, SUSANA FERNÁNDEZ, CLAUDIO FURLAN y SABINA FURLAN. Dicho impacto generó un estado de angustia y desesperación permanente en la familia, lo cual terminó quebrantando los lazos familiares y generando otro tipo de consecuencias. Además, la familia FURLAN FERNÁNDEZ no contó con asistencia para desarrollar un mejor apoyo a SEBASTIÁN FURLAN, lo cual desencadenó una serie efectos negativos en el normal desarrollo y funcionamiento familiar”¹⁴².

El tribunal hizo especial hincapié en la afectación a los derechos del padre de SEBASTIÁN que ejerció como cuidador permanente de su hijo. Para encargarse de la atención y rehabilitación de su hijo, el señor DANILO FURLÁN abandonó su empleo remunerado y se dedicó de manera exclusiva al cuidado de SEBASTIÁN. La dedicación permanente al cuidado de su hijo, sin el apoyo estatal adecuado, le causó al padre cuidador una afectación a su vida, salud física y mental. La Corte Interamericana también reconoció que el cuidador sufrió un cambio de rol dentro del entorno familiar con consecuencias desproporcionadas que no estaba en la obligación de soportar¹⁴³.

¹⁴¹ Corte IDH. Caso *Furlan y familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

¹⁴² Corte IDH. Caso *Furlan y familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párrs. 250 y 256.

¹⁴³ La Corte Interamericana ha señalado que el derecho a la integridad psíquica y moral de algunos familiares puede ser afectada por el sufrimiento generado con las acciones u omisiones del Estado en contra de sus seres queridos. En el caso concreto, la Corte consideró probada la desintegración del núcleo familiar, el sufrimiento

Sin duda, este caso es un precedente importante en el reconocimiento judicial de las implicaciones del trabajo doméstico y del cuidado para las familias. Especialmente cuando estas tienen que asumir de manera solitaria la responsabilidad del cuidado. Frente a esta vulneración, la Corte Interamericana señaló que el Estado tiene una alta responsabilidad para evitar que las familias asuman de manera desproporcionada esta obligación. El Estado debe proveer atención y contar con mecanismos que faciliten la atención de quienes están en situación de dependencia y de sus familias¹⁴⁴.

Entre otras fuentes, la Corte Interamericana fundamentó su decisión en los instrumentos generales señalados en la sección anterior, esto es: la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, la *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*, el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* o “*Protocolo de San Salvador*”, la *Convención de los Derechos del Niño* y la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*¹⁴⁵.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) también ha analizado las implicaciones del trabajo doméstico y del cuidado informal realizado dentro del entorno familiar. La CIDH se ha referido especialmente a la garantía del principio de igualdad y a los elementos que impiden la superación de la discriminación estructural que afecta a las mujeres.

En concreto, la CIDH ha reconocido la relación inescindible de los derechos económicos sociales y culturales de las mujeres con la garantía y materialización de los derechos civiles y políticos. A esos efectos, la CIDH se ha referido a la distribución sexual y social del cuidado como un elemento que determina tanto el disfrute efectivo de los derechos como la superación de las condiciones de discriminación estructural de las mujeres en distintos ámbitos. La CIDH señala que se deben revisar o inaplicar aquellas disposiciones y medidas que perpetúan estereotipos de género o que afectan de manera significativa la igualdad y la autonomía de las mujeres en la región¹⁴⁶.

Además, la CIDH ha destacado la importancia de que los Estados se comprometan institucionalmente con la inserción y permanencia de las mujeres dentro del mercado del

padecido por todos los integrantes de la familia como consecuencia de las dilaciones procesales y todos los problemas que tuvo que enfrentar la familia. En concreto, la Corte se refirió al padre que ejerció como cuidador permanente de su hijo y quien se encargó de su atención durante el proceso de rehabilitación. *Vid.* Corte IDH. Caso *Furlan y familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párrs. 250-265.

¹⁴⁴ Corte IDH. Caso *Furlan y familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párrs. 254-255.

¹⁴⁵ Corte IDH. Caso *Furlan y familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

¹⁴⁶ *Vid.* CIDH. *Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres*. OEA/Ser, L/V/II.143. Doc. 60, 26 de enero de 2015, pp. 19, 74, 79 y 81.

trabajo remunerado mediante una participación institucional más activa en materia de licencias de maternidad, paternidad y parentales, y en la atención o cuidado de las personas en situación de dependencia¹⁴⁷. Estos insumos demuestran la necesidad de aplicar los principios de igualdad y no discriminación en el ejercicio de los derechos económicos y sociales de las mujeres.

Los instrumentos generales expuestos en la sección anterior y los instrumentos específicos mencionados en esta sección son interactivos e interdependientes. Estos procesos de interacción ocurren mediante la irradiación vertical entre los instrumentos internacionales o regionales generales y los instrumentos regionales específicos. Desde luego, también hay interacción horizontal entre instrumentos de diferentes sistemas regionales, como en el caso mencionado de la esclavitud moderna en el que la Corte IDH utilizó la jurisprudencia del TEDH.

Según se ha visto en esta sección, en América Latina existen dos ejemplos evidentes de esta interacción. Por una parte, existe una interacción horizontal entre el sistema institucional de la CEPAL y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. El proceso de interacción ocurre porque la CIDH ha hecho eco de los avances de la CEPAL relacionados con el reconocimiento y la visibilización del trabajo doméstico y del cuidado familiar. En efecto, la CIDH ha señalado que “la división sexual del trabajo tiene una incidencia directa en la autonomía económica de las mujeres, ya que limita sus opciones de generar ingresos y su acceso al control de recursos necesarios (...) este problema propende la feminización de la pobreza, y se agrava en casos de viudez, ruptura matrimonial o desintegración familiar”¹⁴⁸.

Por consiguiente, la CIDH ha instado a los Estados para que adopten medidas que permitan resolver los problemas de discriminación estructural. Incluso, la CIDH ha reconocido, como un avance positivo, las medidas adoptadas por Ecuador y Venezuela al incorporar en sus Constituciones nacionales el reconocimiento del trabajo doméstico no remunerado¹⁴⁹. La incorporación constitucional del derecho universal al cuidado es un avance innegable en materia de igualdad para hombres, mujeres, niños, adultos mayores y personas en situación de discapacidad¹⁵⁰.

Del mismo modo, la CIDH ha exhortado a los Estados a continuar adoptando este tipo de medidas que reconocen el trabajo no remunerado de las mujeres y le otorgan derechos o

¹⁴⁷ Vid. CIDH. *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*. OEA/Ser, L/V/II.143. Doc. 59, 3 de noviembre de 2011, pp. 29-30.

¹⁴⁸ Vid. CIDH. *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*. OEA/Ser, L/V/II.143. Doc. 59, 3 de noviembre de 2011, pp. 51-52.

¹⁴⁹ Vid. CIDH. *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*. OEA/Ser, L/V/II.143. Doc. 59, 3 de noviembre de 2011, pp. 51-52.

¹⁵⁰ Vid. PAUTASSI, LAURA. “El cuidado como cuestión social”. op. cit., p. 30.

beneficios equivalentes al trabajo remunerado, sobre todo, en el ámbito de la seguridad social. Estas apreciaciones de la CIDH se basan directamente en el Consenso regional de la CEPAL suscrito en México en el año 2004¹⁵¹.

El segundo ejemplo de interacción es vertical y ocurre entre los instrumentos de la CEPAL y las Constituciones o leyes nacionales. En efecto, en los procesos constitucionales citados por la CIDH, la incidencia de la CEPAL fue determinante para que se reconociera el valor del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado. Así ocurrió en Ecuador, donde la Constitución de 2008 estableció un marco constitucional que reconoce los derechos laborales específicos de quienes se dedican al trabajo del cuidado.

La Constitución de Ecuador estableció una sección específica destinada a las personas en situación de discapacidad. En relación con el objeto de esta investigación, el aspecto más relevante de esa regulación es el derecho a la seguridad social y a la capacitación de los cuidadores establecido en el artículo 49 de la Constitución¹⁵². A esta trascendental disposición, se suman las normas de protección al trabajo reproductivo establecido en el artículo 332¹⁵³.

Una mención expresa merece el reconocimiento del trabajo del cuidado no remunerado que aparece en el artículo 333 de la Constitución de Ecuador. Al final de esta investigación, se puede afirmar que esta disposición sintetiza un ideal de reconocimiento y protección del trabajo del cuidado en los siguientes términos:

“Se reconoce como labor productiva el trabajo no remunerado de autosustento y cuidado humano que se realiza en los hogares.

El Estado promoverá un régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades del cuidado humano, que facilite servicios, infraestructura y horarios de trabajo adecuados; de manera especial, proveerá servicios de cuidado infantil, de atención a las personas con discapacidad y otros necesarios para que las personas trabajadoras puedan desempeñar sus actividades laborales; e impulsará la corresponsabilidad y reciprocidad de los hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares.

¹⁵¹ Vid. CIDH. *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*. OEA/Ser, L./V/II.143. Doc. 59, 3 de noviembre de 2011, pp. 51-52.

¹⁵² Constitución Política de Ecuador (artículo 49). “Las personas y las familias que cuiden a personas con discapacidad que requieran atención permanente serán cubiertas por la seguridad social y recibirán capacitación periódica para mejorar la calidad de la atención”.

¹⁵³ Constitución Política de Ecuador (artículo 332). “El Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijos e hijas, derechos de maternidad, lactancia y el derecho a licencia por paternidad. Se prohíbe el despido a la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación con los roles reproductivos”.

La protección de la seguridad social se extenderá de manera progresiva a las personas que tengan a su cargo el trabajo familiar no remunerado en el hogar, conforme a las condiciones generales del sistema y la ley”¹⁵⁴.

Desde luego, el caso de Ecuador no es el único ejemplo de interacción virtuosa de los instrumentos de protección del trabajo del cuidado en América Latina. Como se verá en la parte final de esta investigación, en Colombia, estos instrumentos han sido determinantes para el reconocimiento progresivo y la visibilización del trabajo doméstico y del cuidado informal. La diferencia entre Ecuador y Colombia, según se verá, es que la incidencia de la CEPAL en el ordenamiento jurídico colombiano se hizo visible en normas de carácter legal.

En definitiva, los aportes regionales de la CEPAL han tenido un efecto horizontal en otras instituciones regionales (CIDH) y un efecto irradiador vertical en las Constituciones de algunos países (Ecuador y Venezuela)¹⁵⁵. Como se verá inmediatamente en el caso de Colombia, el mismo efecto ha sido logrado por instrumentos internacionales específicos como el Convenio 189 de la OIT que, de manera complementaria, ha permeado los sistemas jurídicos nacionales.

4.4. LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE QUIENES REALIZAN EL TRABAJO DOMÉSTICO Y DEL CUIDADO INFORMAL: COLOMBIA COMO UN CASO REVELADOR DE LOS DIFERENTES NIVELES DE INTERACCIÓN NORMATIVA

Hasta ahora se ha visto que los instrumentos generales y específicos que interactúan de manera dinámica desde distintos niveles institucionales de regulación son determinantes para un cambio de paradigma que permita reconocer al trabajo doméstico y del cuidado familiar como un verdadero trabajo que aporta económica y socialmente a los países y que les permite un desarrollo sostenible. El cuidado, como trabajo, requiere de la protección jurídica y de la garantía de un *social protection floor*.

Todos los cambios de paradigma son progresivos y ocurren con diferentes velocidades en cada contexto social y jurídico. En esta sección se señalará que, a pesar de que en Colombia prevalece una tendencia familiarista sobre el cuidado, los instrumentos jurídicos generales y específicos descritos en este capítulo aportan elementos que facilitan un viraje hacia la visibilización social y económica del trabajo del cuidado y favorecen la garantía de unos derechos sociales mínimos vinculados al trabajo del cuidado.

Los instrumentos internacionales generales y específicos han permitido que, en la práctica, las condiciones normativas del trabajo doméstico y del cuidado mejoren. Este impacto ha

¹⁵⁴ *Vid.* Constitución Política de Ecuador (artículo 333).

¹⁵⁵ BATHYÁNY DIGHERO, KARINA. “Las políticas del cuidado en América Latina”. *op. cit.*, pp. 25-41.

sido evidente en el ámbito del trabajo doméstico y del cuidado remunerado. Como se describió en el capítulo referente al trabajo doméstico remunerado, la ratificación por parte del Estado colombiano del Convenio 189 de la OIT ha implicado una consolidación y visibilización de las organizaciones sindicales que agrupan a este colectivo. Además, se han generado cambios legislativos importantes con miras a mejorar las condiciones normativas de las trabajadoras y trabajadores domésticos remunerados.

En Colombia, el alcance del Convenio 189 de la OIT no se ha limitado al trabajo doméstico remunerado, sino que este ha producido un efecto espejo de protección al trabajo doméstico y del cuidado no remunerado e informal realizado dentro de las familias. Este efecto espejo se ha generado gracias a que los jueces constitucionales han identificado que las situaciones de vulnerabilidad de las trabajadoras del servicio doméstico son una consecuencia de la invisibilidad del trabajo doméstico y del cuidado realizado por las mujeres dentro de los hogares de manera invisible y sin reconocimiento laboral. En suma, los jueces han identificado el objeto del trabajo del cuidado y las causas de su invisibilidad y marginalidad.

Por consiguiente, existe un efecto de irradiación del Convenio 189 de la OIT sobre los ordenamientos jurídicos nacionales que implica cambios sociales, legislativos y judiciales sobre el trabajo doméstico y del cuidado remunerado. En virtud del efecto espejo, sale de la sombra de desprotección el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado.

El efecto de irradiación y el posterior efecto espejo ocurrieron desde la primera sentencia de control abstracto de constitucionalidad que fue proferida después de la ratificación, por parte de Colombia, del Convenio 189 de la OIT. En efecto, en la sentencia C-871 de 2014, la Corte Constitucional colombiana se pronunció sobre la exclusión de la prima de servicios para los trabajadores y trabajadoras domésticas. En su decisión –que puede ser considerada como un *leading case* sobre la materia- la Corte Constitucional destacó las condiciones de especial vulnerabilidad en las que se desarrolla el trabajo doméstico y del cuidado remunerado en todo el país. Por esa razón, la Corte exhortó al Congreso para que expidiera las leyes que fueran necesarias para remediar el déficit de protección de las trabajadoras domésticas¹⁵⁶.

Desde la sentencia T-494 de 1992, la Corte Constitucional de Colombia no señalaba con tanta contundencia la importancia del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado e informal, la invisibilidad en la que se desarrolla y el valor social y económico de este trabajo. Esto demuestra que, debido a la ratificación del Convenio 189 de la OIT, la Corte identificó el efecto espejo entre el trabajo doméstico y del cuidado remunerado y el no remunerado. El tribunal también identificó una alta feminización en las dos modalidades de trabajo y consideró que existía una violación flagrante de la igualdad de género.

En la sentencia de 2014, la Corte además reconoció que, gracias al trabajo doméstico de terceros en el entorno familiar, las familias pueden generar más ingresos económicos. De

¹⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-871 de 2014.

esta manera, el tribunal advirtió que, si una persona debía quedarse en casa a cargo del cuidado de sus familiares en situación de dependencia, eso empobrecía a toda la familia o restringía la posibilidad de obtener recursos adicionales para el sostenimiento familiar. Ante la ausencia de un sistema institucional, esta es la única decisión que pueden tomar las familias colombianas porque, de lo contrario, se podrían generar problemas de abandono con los que el Estado debería lidiar.

En la misma sentencia C-871 de 2014, la Corte le confirió al Convenio 189 de la OIT el estatus de un tratado sobre derechos humanos. De acuerdo con el tribunal, eso significa que el Convenio obliga al Estado a adoptar acciones positivas para remediar las condiciones de desigualdad de quienes desarrollan esta modalidad de trabajo. Según la Corte, esta es una obligación mínima del Estado con las personas que hacen el trabajo doméstico y del cuidado remunerado quienes, en su mayoría, forman parte de colectivos vulnerables o de especial protección constitucional (e.g. personas afrocolombianas, población indígena y campesina)¹⁵⁷.

Otro aspecto esencial de esta trascendental decisión es que la Corte elevó el problema de la invisibilidad del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado al plano de la igualdad material de las mujeres. Además, el tribunal identificó que una de las causas directas de las malas condiciones laborales de quienes desarrollan el trabajo doméstico remunerado radica en la invisibilización del valor social y económico de este trabajo. En este sentido, la Corte señaló que la invisibilización del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado genera la infravaloración del trabajo doméstico del cuidado remunerado. Por esa razón, la Corte Constitucional concluyó que el desconocimiento del valor del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado repercute en los bajos estándares salariales del trabajo doméstico y del cuidado remunerado.

En relación con este último aspecto, la Corte Constitucional resaltó la importancia de la Ley 1413 de 2010 como un mecanismo para reconocer el valor económico y social del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado¹⁵⁸. En este sentido, la Corte insistió en la interdependencia entre el reconocimiento del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado con el trabajo doméstico remunerado.

Estas consideraciones de la Corte Constitucional permiten entrever una suerte de interacción normativa entre la norma nacional y el tratado internacional (Convenio 189) que apunta a acabar con la concepción cultural de que el trabajo doméstico y del cuidado no genera valor. Esta falsa creencia causa un problema de discriminación en contra de las mujeres. En este sentido, existe un proceso de interacción entre la regulación internacional en materia de

¹⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-871 de 2014.

¹⁵⁸ *Vid.* Ley 1413 de 2010 “Por medio de la cual se regula la inclusión de la economía del cuidado en el sistema de cuentas nacionales con el objeto de medir la contribución de la mujer al desarrollo económico y social del país y como herramienta fundamental para la definición e implementación de políticas públicas”.

trabajo doméstico y del cuidado formal y la legislación nacional para superar la invisibilidad y desprotección del trabajo doméstico y del cuidado no remunerado e informal. Interacción que también permite identificar el efecto espejo entre una y otra modalidad de prestación.

Finalmente, en la sentencia C-871 de 2014, la Corte Constitucional denota el dinamismo, la interrelación y la interacción entre los diferentes instrumentos mencionados en este capítulo. Estos aportan elementos para construir propuestas que permitan reducir el déficit de protección del trabajo doméstico y del cuidado no remunerando.

En ese contexto, la mencionada Ley 1413 de 2010 constituye un instrumento nacional cuya motivación legislativa se basó en un instrumento regional concreto: los citados Consensos de la CEPAL. La Ley 1413 de 2010 es, actualmente, uno de los insumos más importantes para la visibilización del trabajo doméstico y del cuidado. Este tipo de normas y políticas públicas que permiten la medición económica del tiempo son un desarrollo de la recomendación hecha por la Plataforma de Acción de Beijing y, esta es -a su vez- un insumo internacional general para la protección de quienes realizan el trabajo doméstico y del cuidado de manera informal dentro del ámbito familiar¹⁵⁹.

Lo anterior demuestra que la interacción entre los insumos regionales específicos para el reconocimiento del trabajo doméstico y del cuidado familiar no solo ocurre en el nivel de las Constituciones nacionales (e.g. Ecuador y Venezuela), sino que también existe un proceso de interacción entre los insumos regionales y las leyes nacionales (Colombia). Además de una importante influencia de los Convenios de la OIT. Con esto se prueba que estas formas de interacción regulatoria no son exclusivamente jerárquicas o rígidas. Además, también demuestra el valor y el papel del derecho internacional del trabajo y su rol dinamizador en la protección de los derechos sociales. En este sentido, como señala JULIA LÓPEZ:

“(…) el derecho internacional del trabajo se inserta en un mapa multinivel normativo que actúa de forma combinada en los niveles supranacionales y nacionales al mismo tiempo y con un mismo fenómeno de multiplicación de los sistemas nacionales que se plantan en los diferentes territorios elaborando la jurisprudencia de una forma interactiva”¹⁶⁰.

Desde luego, el ejemplo comentado en esta investigación es solo uno de los procesos de interacción que se pueden dar para avanzar hacia el reconocimiento y protección de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado. También es posible articular otros mecanismos o formas de interacción que sustenten la protección jurídica de este colectivo. Como ya se ha afirmado, los cambios son lentos y no existe todavía un cambio holístico de paradigma cultural y normativo en torno al reconocimiento del trabajo doméstico y del cuidado.

¹⁵⁹ CHEN, MARTHA; VANEK, JOANN; LUND, FRANCIE, et al. *Women, Work and Poverty*. op. cit., p. 24.

¹⁶⁰ LÓPEZ LÓPEZ, JULIA. “La construcción de derechos sociales”. op. cit., p. 15.

Tampoco existe una conciencia real sobre la necesidad de comprometer activamente a otros actores dentro de la división social del cuidado.

A pesar de lo anterior, el mensaje alentador que arrojan los resultados de esta investigación es que existen los mecanismos jurídicos adecuados que sustentan la necesidad de reparar el déficit de protección de quienes desarrollan el trabajo doméstico y del cuidado de manera informal dentro del ámbito familiar. Como ya se ha sostenido, los parámetros del *social protection floor* pueden ser un faro orientador de los derechos mínimos que deben ser garantizados a los cuidadores para la superación de las condiciones concretas de desigualdad estructural. Los contenidos del *social protection floor* aparecen respaldados por los demás instrumentos universales y regionales de derechos humanos y por los convenios y recomendaciones de la OIT.

Este enfoque basado en el *social protection floor* y en los derechos humanos permitirá garantizar las tres aristas del cuidado con las que se inició este capítulo: el derecho a recibir cuidados, el derecho a decidir no cuidar de manera permanente o el derecho a decidir cuidar sin que esto implique un desmedro de los derechos laborales y sociales fundamentales y las condiciones de trabajo decente para quienes realizan este trabajo de manera remunerada.

La propuesta formulada en esta investigación tiene la virtud de impulsar una mayor corresponsabilidad en el trabajo del cuidado y un compromiso activo del Estado tanto en su condición de empleador, prestador de servicios públicos o regulador del cuidado de las personas en situación de dependencia. En el contexto colombiano, la propuesta implica que este tema sea vertebral dentro del análisis sobre el mercado del trabajo, la vinculación y permanencia de las mujeres en el mercado del trabajo formal y el desarrollo de las actividades económicas dentro de la economía informal.

Finalmente, esta propuesta también vinculará a las empresas en la garantía del tiempo para cuidar, la no penalización del cuidado para las familias y la validación de las competencias adquiridas en el desarrollo de este trabajo. Estos cambios impulsarán nuevas respuestas a las condiciones de vulnerabilidad de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado no remunerado e informal y tendrá un impacto positivo para la garantía de los derechos humanos fundamentales, no solo de la persona que realiza este trabajo sino también de las personas en situación de dependencia y de quienes cuidan de manera remunerada.

Todos estos cambios pueden tomar tiempo, pero no son utópicos porque, como se ha intentado señalar, están dadas las condiciones necesarias para avanzar en la protección multinivel de los derechos humanos de quienes se dedican al cuidado de otros. Se requiere, sin embargo, un mayor compromiso estatal y un cambio de enfoque global frente al cuidado. Por el momento, la academia dirige su mirada constructiva y propositiva hacia las necesidades de los seres humanos que cuidan a otros seres humanos.

APUNTES CONCLUSIVOS, PERSPECTIVAS Y (MÁS) RETOS

LA GARANTÍA EFECTIVA DEL DERECHO A CUIDAR Y EL reconocimiento del trabajo doméstico y del cuidado como un verdadero trabajo y con plena protección jurídica deben ser objetivos globales de justicia social e igualdad de género. Esta es una condición necesaria para superar las situaciones de desigualdad estructural, la pobreza y la marginalidad de quienes son cuidadores informales de familiares, vecinos y amigos que con su trabajo no buscan una retribución económica.

La doctrina ha dado pasos importantes al alertar sobre la necesidad de buscar mecanismos reales de protección jurídica para las formas de trabajo informal, especialmente de aquellas formas de trabajo que no transitarán hacia la formalidad bajo la modalidad de empleo asalariado, dependiente y subordinado o de las formas de trabajo que, a pesar de aportar económica y socialmente, no son reconocidas como trabajo productivo. Este último es el caso del trabajo doméstico y del cuidado familiar no remunerado que, por esta razón, se encuentra al margen de la protección jurídica, laboral y social.

Desde el inicio de esta investigación se señaló que la importancia de buscar los mecanismos de protección para esta forma de trabajo se justifica por cuatro aspectos concretos. Por una parte, por la ausencia de condiciones de trabajo dignas y decentes en las que se desarrolla el cuidado. En segundo lugar, por los perfiles de quienes realizan este trabajo bajo la perspectiva de un enfoque de género. En tercer lugar, por las graves consecuencias de la invisibilidad y de la falta de reconocimiento normativo dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales y las restricciones en el acceso a la justicia. En cuarto lugar, por el hecho de que el objeto del trabajo doméstico y del cuidado tiene unas implicaciones globales relacionadas con las condiciones de trabajo para quienes cuidan de manera remunerada, precaria, dentro de cadenas globales de cuidado y con estándares de protección inferiores a las de otros trabajadores asalariados.

La protección jurídica de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado en el ámbito familiar y la superación de las condiciones de informalidad de estos trabajadores es una necesidad urgente que constituye un mínimo de justicia social. Aquí se ha demostrado que esta protección encuentra sustento normativo en distintos niveles institucionales de regulación y se concreta en instrumentos con fuerza vinculante progresiva (*hard law* y *soft law*) que se ocupan de la situación de los colectivos de especial protección (e.g. personas en situación de discapacidad, adultos mayores, niños y niñas), sobre igualdad de género, derechos humanos, laborales y sociales.

Adicionalmente, el nuevo enfoque de la OIT marca un parámetro de protección mediante la ampliación de las fronteras de la laboralidad y la garantía de trabajo decente para todas las

personas con independencia del trabajo que realicen. La garantía del *social protection floor* durante todo el ciclo de vida refuerza la idea de buscar mecanismos de exigibilidad de los derechos sociales en las esferas política, legislativa y judicial con el objetivo de ampliar la protección a los cuidadores.

Las dinámicas jurídicas en las esferas de exigibilidad de los derechos sociales han demostrado una interacción interesante entre los distintos niveles institucionales de regulación y los instrumentos para la protección de los derechos laborales y sociales fundamentales. Estas dinámicas también pueden servir para proteger a quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado de manera informal dentro del ámbito familiar, principalmente, en el reconocimiento de los derechos de protección social. Este es el punto de partida para reparar el déficit de protección en los planos legislativo y judicial.

Para llegar a este objetivo, es esencial reforzar el discurso de protección y exigibilidad de los derechos laborales y sociales fundamentales, la primacía del principio de no regresividad, la búsqueda de una jurisdicción universal en materia de derechos sociales y la interpretación social y multinivel por parte de los jueces nacionales para que estos integren los instrumentos de *hard law*, *soft law* y, progresivamente, incluso los instrumentos de *self regulation* a las decisiones que comprometan los derechos de quienes realizan el cuidado en condiciones de informalidad y se refuercen los mecanismos de exigibilidad de los derechos ante los tribunales.

En esta tarea también es vertebral que las instituciones judiciales y cuasi-judiciales de seguimiento a los instrumentos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos continúen con la identificación de los déficits de protección de los cuidadores. Esos organismos también deben profundizar en el análisis del impacto de la informalidad para las mujeres y para la calidad de vida de todas las personas involucradas en el cuidado.

Por su parte, la OIT tiene el reto de ampliar la protección más allá del empleo y proteger también a quienes con su trabajo contribuyen al bienestar de personas dependientes a pesar de no recibir ni buscar una compensación monetaria por su trabajo. La OIT debe impulsar la ratificación del Convenio 156 de 1981 ‘sobre los trabajadores con responsabilidades familiares’ en aquellos países -como Colombia- que no lo han ratificado. Es necesario un nuevo impulso convencional a la creación de mecanismos empresariales y estatales de conciliación entre la vida laboral y la familiar.

En el ámbito regional, la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* ofrece una nueva puerta para la protección del derecho universal al cuidado. Esto permite pensar en nuevas formas de exigibilidad de este derecho mediante técnicas de litigio estratégico ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

A nivel nacional, en el caso concreto colombiano, es necesario recopilar mayor información estadística y precisar las técnicas de medición. Desde luego, el papel de los legisladores locales es esencial para la protección de los *social protection floor* en materia de salud, protección a la maternidad e ingreso mínimo en tiempos de mayor vulnerabilidad (i.e. desempleo, enfermedad, discapacidad y vejez). Las políticas sobre esta materia deben diluir los estereotipos de género a través del reconocimiento de que el cuidado es un trabajo. Además, son necesarios cambios legislativos y de políticas públicas que impulsen cambios culturales para fomentar la vinculación paritaria de los hombres en el cuidado de las personas dependientes. También es posible pensar en mecanismos contractuales especiales que identifiquen a quienes realizan el trabajo doméstico y del cuidado familiar como trabajadores que hacen un aporte social. Esta identificación contractual permitiría establecer obligaciones y derechos concretos para este colectivo y mecanismos de exigibilidad judicial de sus derechos.

Por otra parte, también es importante tener en cuenta experiencias comparadas y referencias normativas que pueden ser útiles en este propósito. Por ejemplo, a través del análisis de distintos modelos de protección del derecho al cuidado, característicos de los países europeos. Ejemplos como el de España pueden ser útiles en un contexto como el colombiano. El reconocimiento del derecho al cuidado como un derecho de ciudadanía, las situaciones de dependencia como un riesgo social, el diseño institucional de una red de servicios y prestaciones y, particularmente, el reconocimiento y visibilización del trabajo del denominado cuidador no profesional son elementos esenciales que pueden ayudar a construir en Colombia un esquema de protección de derechos mínimos para quienes hasta ahora hacen este trabajo de manera informal y, por otra parte, para construir un sistema institucional que garantice el derecho al cuidado en todas sus aristas.

Sin embargo, el sistema español solo será útil en un contexto como el colombiano, siempre que la protección del trabajo doméstico y del cuidado informal y familiar este acompañada de un sistema institucional y público para el cuidado de personas dependientes. De otro modo, existe el riesgo de crear un sistema perverso, que perpetúe los roles de género y que genere para las mujeres un efecto no deseable. Contrario a los objetivos de igualdad de género, justicia social, mayor autonomía y agencia para las mujeres frente al cuidado. Además de lo anterior, en Colombia uno de los retos más importantes es garantizar el derecho al cuidado en un contexto de mercado del trabajo predominantemente informal y precario.

Por otra parte, en el ámbito nacional colombiano el papel de los jueces constitucionales, laborales, civiles y administrativos también es esencial para la visibilización del cuidado. La identificación judicial de las situaciones de vulnerabilidad de las personas que hacen el trabajo doméstico y del cuidado de manera informal podría abrir paso a futuras decisiones judiciales estructurales que adviertan a otros órganos del poder público sobre la necesidad de reparar la vulneración sistemática de los derechos de los cuidadores.

Finalmente, un reto importante es activar los mecanismos para que la responsabilidad social corporativa incorpore en las agendas de diálogo social y responsabilidad social, las implicaciones del trabajo doméstico y del cuidado como un tema central de las organizaciones empresariales a nivel global. La vida familiar y la producción no son dos mundos opuestos. Por eso, es necesaria una responsabilidad social empresarial que permita alcanzar la igualdad de género y superar las situaciones de discriminación estructural originadas por la invisibilización del cuidado.

En suma, un verdadero cambio de paradigma implicará modificaciones estructurales que garanticen el derecho efectivo al cuidado y la protección social, jurídica y económica de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado de manera informal dentro del ámbito familiar, una distribución social del cuidado más equitativa que vincule de manera activa al sector empresarial y al Estado en su papel de regulador y una comprensión más amplia de las fronteras del derecho del trabajo que reconozca y proteja otras formas de aporte social y económico.

Las perspectivas y retos para el reconocimiento social, económico y jurídico de quienes hacen el trabajo doméstico y del cuidado de manera informal dentro del ámbito familiar deben considerarse como un asunto de derechos humanos en el que el derecho del trabajo marca una hoja de ruta esencial para la superación de los déficits de protección. Avanzar hacia esa meta ha sido el objeto y el compromiso de esta investigación.

CONCLUSIVE REMARKS, PERSPECTIVES AND (FURTHER) CHALLENGES

THE EFFECTIVE GUARANTEE OF THE RIGHT TO CARE AND the recognition of domestic and care work as an actual job and with full legal protection must be global social justice and gender equality goals. This is a necessary condition for overcoming the situations of structural inequality, poverty and marginalization of informal caregivers of relatives, neighbors and friends, who do not seek an economic retribution for their work.

Doctrines have taken important steps in alerting about the need to seek for real mechanisms of legal protection of informal forms of work, especially those forms of work that will not move towards formality in the form of a wage-earning, dependent and subordinate employment or those other forms of work that are not recognized as productive work despite their economic and social contribution. The latter is the case of domestic work and unpaid family care, which are therefore outside the boundaries of labour law and, in general, outside the legal, labour and social protection.

From the beginning of this research I pointed out that the importance of seeking protection mechanisms for this form of work is justified by four specific aspects. First, due to the absence of decent and dignifying working conditions in which care is performed. Second, because of the profiles of those who perform this work from a gender perspective approach. Third, because of the serious consequences of invisibility and lack of normative recognition within national legal systems, as well as the restrictions to access to justice. Fourth, because the object of domestic and care work has global implications related to the working conditions of those who provide paid care under precarious circumstances within global chains of care and with lower standards of protection than those of other salaried workers.

The legal protection of those who do domestic and care work in the family sphere and the overcoming of the conditions of informality of such workers are urgent needs that constitute a minimum of social justice. It has been demonstrated here that this protection finds normative support on different institutional levels of regulation and is established in instruments with progressive binding force (hard law and soft law) that focus on the condition of specially protected groups (e.g. people in situation of disability, older adults, boys and girls), gender equality, human, labour and social rights.

In addition, the ILO's new approach sets a standard of protection by expanding the boundaries and the guarantee of decent work for all persons regardless of the work they perform. The guarantee of a social protection floor throughout the life cycle reinforces the idea of seeking for enforcement mechanisms of the social rights in the political, legislative and judicial spheres with the aim of extending the protection of caregivers.

The legal dynamics in the areas of enforceability of social rights have demonstrated an interesting interaction between the different institutional levels of regulation and the instruments for the protection of fundamental labour and social rights. These dynamics can also serve to protect those who perform domestic and care work informally within the family, mainly in the recognition of social protection rights. This is the starting point for repairing the protection deficit at the legislative and the judicial levels.

To achieve this goal, it is essential to reinforce the discourse of protection and enforceability of fundamental labour and social rights, the primacy of the principle of non-regression, the search for a universal jurisdiction of social rights and the social and multi-level interpretation by national judges in order to integrate hard law, soft law and, progressively, also the self-regulation instruments into decisions that compromise the rights of informal caregivers, and to reinforce the enforcement mechanisms of those rights before the tribunals.

In this task, it is also essential for judicial and quasi-judicial institutions to follow the international and regional human rights protection instruments and to continue identifying the deficits of the protection of informal caregivers. Those agencies should also deepen their analysis of the impact that informality has on women and on the quality of life of all persons involved in care.

The ILO, for its part, has the challenge of extending the protection beyond employment in order to also protect those who contribute with their work for the well-being of dependent persons, despite not receiving or seeking any monetary compensation for their work. Also, the ILO must promote the ratification of Convention No. 156 of 1981 on workers with family responsibilities in those countries which, as Colombia, have not ratified it yet. A new conventional impulse is needed for the creation of business and state mechanisms to balance work and family life.

At the regional level, the Inter-American Convention on the Protection of the Human Rights of Older Persons provides a new door for the protection of the universal right to care. This allows us to think of new ways of enforcing this right through strategic litigation techniques before the Inter-American Commission and the Inter-American Court of Human Rights.

At the national level, it is necessary to collect more statistical information and to specify the measurement techniques. Certainly, the role of local legislators is essential for the protection of the social protection floor in terms of health, maternity protection and minimum income in times of increased vulnerability (i.e., unemployment, illness, disability and old age). Policies on this field should dilute gender stereotypes by recognizing that care is work. In addition, legislative and public policy changes are needed to promote cultural changes that encourage the equal linkage of men to the care of dependent persons. It is also possible to think of special contractual mechanisms that identify those who perform domestic work and family care as workers who make a social contribution. This contractual identification would make

it possible to establish specific obligations and rights for this group as well as mechanisms for the enforceability of their rights.

On the other hand, it is also important to take into account comparative experiences and legal references that might be useful in this regard. For example, through the analysis of different models of protection of the right to care that are characteristic of European countries. Examples such as the Spanish case can be useful in contexts like that of Colombia. The recognition of the right to care as a right to citizenship, the conditions of dependence as a social risk, the institutional design of a network of services and benefits, and in particular the recognition and visibility of the work of the so-called non-professional caregiver, are essential elements that can help to build a scheme in Colombia for the protection of minimum rights for those who until now perform this work informally and, on the other hand, for the establishment an institutional system that guarantees the right to care in all its aspects.

However, the Spanish system will only be useful in contexts such as the Colombian as long as the protection of domestic and informal family care work is accompanied by a strong institutional and public system for the care of dependent persons. Otherwise, there is the risk of creating a perverse system that perpetuates gender roles and that gives place to undesirable effects for women. Contrary to the goals of gender equality, social justice, greater autonomy and agency for women in care work. In addition, one of the most important challenges in Colombia is to guarantee the right to care in a context of predominantly informal and precarious labor market.

On the other hand, at the national level, the role of constitutional, labour, civil and administrative judges is also essential for the visibility of care. Judicial identification of conditions of vulnerability of persons performing domestic and care work informally could lead to future structural judicial decisions warning other public authorities of the need to repair the systematic violation of the rights of caregivers.

Finally, an important challenge is to activate the mechanisms for corporate social responsibility to include in the social dialogue and social responsibility agendas the implications of domestic and care work as a central theme of business organizations at the global level. Family life and production are not two opposing worlds. For this reason, it is necessary to have a corporate social responsibility that allows the achievement of gender equality and the overcoming of situations of structural discrimination originated by the absence of visibility of care.

In summary, a real paradigm shift will involve structural changes that guarantee the effective right to care and social, legal and economic protection of those who do domestic and care work informally within the family, a more equitable social distribution of care which actively links the business sector and the state in its role as regulator and a broader understanding of

the boundaries of labour law that recognizes and protects other forms of social and economic contribution.

The perspectives and challenges for the social, economic and legal recognition of those who do domestic and care work informally within the family should be considered as a human rights issue where labour law marks an essential roadmap for the overcoming of protection deficits. Moving towards this goal has been the object and the commitment of this research.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AA.VV. *Libro blanco sobre la atención a las personas en situación de dependencia en España*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales - Secretaría de Estados de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad - Instituto de Mayores y Servicios Sociales, diciembre, 2004.
- AA.VV. “Mujeres rurales gestoras de esperanza”. *Cuaderno del Informe de Desarrollo Humano*. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Colombia, 2011.
- AA.VV. *Cuatro años de incumplimiento del Plan de Acción Obama-Santos. Informe sobre los cuatro primeros años de implementación del Plan de Acción Laboral (PAL) (2011-2015)*, Escuela Nacional Sindical, abril, 2015.
- ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta, 2º ed., Madrid, 2004.
- AGARWALA, RINA. “Informal Worker’s Struggles in Eight Countries”. *The Brown Journal of World Affairs*, vol. XX, nº 2, 2014, pp. 251-263.
- ALBERTYN, CATHERINE; FREDMAN, SANDRA y FUDGE, JUDY. “Introduction: elusive equalities-sex, gender and women”. *International Journal Law in Context*, vol. 10, nº 4, 2014, pp. 421-426.
- ALFONSO MELLADO, CARLOS. “La aplicación en el ámbito interno de la Carta Social Europea y de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales”. En: ALFONSO MELLADO, CARLOS; JIMENA QUESADA, LUIS y SALCEDO BELTRÁN, MARÍA CARMEN. *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 239-261.
- ALONSO OLEA, MANUEL. *Alienación historia de una palabra*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974.
- ALONSO OLEA, MANUEL y CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA. *Derecho del Trabajo*. Thomson Reuters, 26ª ed., Madrid, 2006.
- ALSTON, PHILIP. “Core Labour Standards” and the transformation of the International Labour Rights Regime”. *European Journal of International Law*, vol. 15, nº 3, 2004, pp. 457-521.

- “Facing Up to the complexities of the ILO’s Core Labour Standards Agenda”. *European Journal of International Law*, vol. 16, n° 3, 2005, pp. 467-480.
- ÁLVAREZ CORTÉS, JUAN CARLOS. “Situación social de los cuidadores no profesionales”. En: CALVO ORTEGA, RAFAEL y GARCÍA CALVENTE, YOLANDA (dir.). *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*. Thompson Civitas, 1ª ed., 2007, pp. 437-444.
- ÁLZATE ARIAS, LIGIA INÉS. *Estrategias de la CUT Colombia hacia las madres comunitarias*. III Reunión, Lima, 2010.
- ARAGÓN MEDINA, JORGE; CRUCES AGUILERA, JESÚS y ROCHA SÁNCHEZ, FERNANDO. *Sector de la atención a la dependencia y negociación colectiva*. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.
- ARANGO GAVIRIA, LUZ GABRIELA. “El cuidado como ética y como trabajo”. En: ARANGO GAVIRIA, LUZ GABRIELA y MOLINIER, PASCALE (comps.). *El trabajo y la ética del cuidado*. Editorial La Carreta - Universidad Nacional del Colombia - Escuela de Estudios de Género, Bogotá, 2011, pp. 15-21.
- “El trabajo del cuidado: ¿servidumbre, profesión o ingeniería emocional?”. En: ARANGO GAVIRIA, LUZ GABRIELA y MOLINIER, PASCALE (comps.). *El trabajo y la ética del cuidado*. Editorial La Carreta - Universidad Nacional del Colombia - Escuela de Estudios de Género, Bogotá, 2011, pp. 91-107.
- BACHETTA, MARC; ERNEST, EKKEHARD y BUSTAMANTE, JUANA. *La globalización y el empleo informal en los países en desarrollo*. OIT-OMC, Ginebra, 2009.
- BANGASSER, PAUL. “The ILO and the informal sector: an institutional history”. *Employment Paper*, n° 9, OIT-Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2000.
- BARCELÓN COBEDO, SUSANA y QUINTERO LIMA, MARÍA GEMA. “Las Situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de Protección Social”. *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 60, 2006, pp. 13-23.
- BARRANCO AVILÉS, MARÍA DEL CARMEN (coord.). *Situaciones de Dependencia, Discapacidad y Derechos: Una mirada a la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia desde la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Dykinson, Madrid, 2011.

- BATTHYÁNY DIGHIERO, KARINA. “Las políticas y el cuidado en América Latina. Una mirada a las experiencias regionales”. *Serie Asuntos de Género*, n° 124, CEPAL, Santiago de Chile, 2015.
- BATTHAYÁNY DIGHIERO, KARINA; GENTA, NATALIA y PERROTTA, VALENTINA. “El cuidado de calidad desde un saber experto y su impacto de género. Análisis comparativo sobre cuidado infantil y de adultos y adultas mayores en Uruguay”. *Serie Asuntos de Género*, n° 123, CEPAL, 2013.
- BELLE ANTOINE, ROSE MARIE. “Labour in the economic social cultural rights regime of the Inter-American system on human rights”. En: BRODIE, DOUGLAS; BUSBY, NICOLE y ZAHN, REBECCA (eds.). *The Future Regulation of Work. New Concepts, New Paradigms*. Palgrave, Reino Unido, 2016, pp. 193–217.
- BENERIA, LOURDES. “El debate inconcluso sobre el trabajo no remunerado”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118, n° 3, 1999, pp. 321-346.
- “Trabajo productivo/reproductivo, pobreza y políticas de conciliación”. *Revista Nómadas*, n° 24, abril, 2006, pp. 8-21.
- “Account for women’s work: the progress of two decades”. En: VISVANATHAN, NALINI; DUGGAN, LYNN; WIEGERSMA, NAN y NISONOFF, LAURIE (eds.). *The Women Gender and Development Reader*. Fernwood Publishing, Canada, 2ª ed., 2011, pp. 117-118.
- BENÍTEZ PINEDO, JORGE MARIO. “El reconocimiento de la licencia de maternidad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. *Discurso Laboral*, Universidad Externado de Colombia, n° 15, abril, 2010, pp. 1-4.
- BENJAMIN, PAUL. “Informal Work and Labour Rights in South Africa”. *Industrial Law Journal*, vol. 29, Julio, 2008, pp. 1579-1604.
- BENLLOCH SANZ, PABLO. “Los recursos humanos movilizados para el cuidado de los dependientes: tercer sector y cuidadores”. En: SEMPERE NAVARRO, ANTONIO (dir.) y CHARRO BAENA, PILAR (coord.). *Comentarios Sistemáticos a la Ley de la Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y Normas Autonómicas*. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 479-529.
- BENSUSÁN, GRACIELA. “Labour Law in Latin America: The gap between norms and reality”. En: TEKLE, TZEHAINESH (ed.). *Labour Law and worker protection in developing countries*. Hart Publishing, Ginebra, 2010, pp. 135-173.

- BLACKETT, ADELLE. “Regulating Decent Work for Domestic Workers”. *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 23, n° 1, 2011, pp. 1-45.
- “Emancipation in the Idea of Labour Law”. En: DAVIDOV, GUY y LANGILLE, BRIAN (eds.). *The Idea of Labour Law*. Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 420-436.
- BONET ESTEVA, MARGARITA. “El sentido de la intervención penal en el desarrollo de una regulación del servicio doméstico: Explotación laboral, tráfico de trabajadores y trata de personas con finalidad de explotación laboral severa”. En: ESPUNY TOMÁS, MARÍA JESÚS y GARCÍA GONZÁLEZ, GUILLERMO (coords.). *Relaciones laborales y empleados del hogar, reflexiones jurídicas*. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 275-289.
- CANALDA CRIADO, SERGIO. *Acuerdos Marco Transnacionales y Derechos Sociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO y SEMPERE NAVARRO, ANTONIO. *Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*. Thompson Aranzadi, Navarra, 2007.
- CHACARTEGUI JÁVEGA, CONSUELO. *Dignidad de los trabajadores y derechos humanos del trabajo según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Bomarzo, Albacete, 2013.
- CHEN, MARTHA. “Rethinking the Informal Economy: Linkages with the Formal Economy and the Formal Regulatory Environment”. *UN-DESA Working Paper*, n° 46, julio, 2007.
- “Recognizing Domestic Workers, Regulating Domestic Work: Conceptual, Measurement, and Regulatory Challenges”. *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 23, n° 1, 2011, pp. 167-184.
- “The Informal Economy: Definitions Theories and Policies”. *Women in Informal Employment Globalizing and Organizing*, Working Paper n°1, Agosto, 2012.
- CHEN, MARTHA; VANEK, JOANN y LUND, FRANCIE et al. *Women, Work and Poverty. Progress of the world's women*. United Nations Development Fund for Women (UNIFEM), Nueva York, 2005.
- CONAGHAN, JOANNE. “Work, Family and the Discipline of Labour Law”. En: CONAGHAN, JOANNE y RITTICH KERRY (eds.). *Labour Law, work and family: critical and comparative perspectives*. Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 32-74.

- “Time to Dream? Flexibility, families, and the Regulation of Working”. En: FUDGE, JUDY y OWENS, ROSEMARY (eds.). *Precarious work, women, and the new economy. The challenge to legal norms*. Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 101-129.
- CORDERO GORDILLO, VANESSA. *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar*. RD. 1620/2011, de 14 de noviembre. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- DAVIDOV, GUY y LANGILLE, BRIAN. “Introduction: Goals and Means in Regulation of Work”. En: DAVIDOV, GUY y LANGILLE, BRIAN (eds.). *Boundaries and Frontiers of Labour Law*. Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 1-10.
- DAVIS, DENNIS. “Socio-Economic Rights”. En: ROSENFELD, MICHAEL y SAJÓ, ANDRÁS (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 1020-1035.
- DEAKIN, SIMON. “The Contribution of Labour Law to Economic and Human Development”. DAVIDOV, GUY y LANGILLE, BRIAN (eds.). *The Idea of Labour Law*. Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 157-176.
- DE ORO GENES, KATTYA y MARCILLO YEPEZ, EDGAR VICENTE. “Los adultos mayores en el hogar como proveedores y demandantes de cuidado”. En: Departamento Nacional de Planeación, *Boletín n° 6*, diciembre, 2015.
- D’SOUZA, ASHA. *Camino del trabajo decente para el personal del servicio doméstico: panorama de la labor de la OIT*. Documento de Trabajo de la Oficina de la OIT para la Igualdad de Género, n° 2, Ginebra, 2010.
- EMMERIJ, LOUIS. “The Informal Sector Revisited”. *The Brown Journal of World Affairs*, vol. XI, n° 2, 2005, pp. 91-99.
- ESPING-ANDERSEN, GØSTA. *The Incomplete Revolution. Adapting to women’s new roles*. Polity Press, Cambridge, 2009.
- ESPINO, ALMA y SALVADOR, SOLEDAD. *Un análisis de género de los costos laborales en Colombia*. Trabajo de consultoría para el Ministerio del Trabajo de Colombia, marzo, 2014.
- FARNÉ, STEFANO y VERGARA, CARLOS ANDRÉS. “Crecimiento económico, flexibilización laboral y calidad del empleo en Colombia de 2002 a 2011”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 134, n° 2, 2015, pp. 275-293.
- FEDERICI, SILVIA. *Revolución en punto cero. Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas*. Editorial Traficantes de Sueños, Madrid, 2013.

- FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, 7ª ed., Madrid, 2010.
- FLÓREZ, CARMEN ELISA y COTE, HUMBERTO. “La familia y la Persona Adulta Mayor en Colombia”. En: Departamento Nacional de Planeación, *Boletín nº 6*, diciembre, 2015.
- FOLBRE, NANCY. “Measuring Care: Gender, Empowerment, and the Care Economy”. *Journal of Human Development*, vol. 7, nº 2, julio, 2006, pp. 183-199.
- “The invisible heart: care and the global economy”. En: VISVANATHAN, NALINI; DUGGAN, LYNN; WIEGERSMA, NAN y NISONOFF, LAURIE (eds.). *The Women Gender and Development Reader*. Fernwood Publishing, 2ª ed., Canada, 2011, pp. 41-42.
- FRASER, NANCY. *Justice Interruptus. Critical Reflections on the “Postsocialist” Condition*. Routledge, New York, 1997.
- FREDMAN, SANDRA. “Precarious Norms for Precarious Workers”. En: FUDGE, JUDY y OWENS, ROSEMARY (eds.). *Precarious work, women, and the new economy. The challenge to legal norms*. Hart Publishg, Oxford, 2006, pp. 177-200.
- FUDGE, JUDY. “The New Discourse of Labour Rights: From Social to Fundamental Rights?”. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, vol. 29, nº 1, 2007, pp. 29-66.
- “Labour as a “Fictive Commodity”: Radically Reconceptualizing Labour Law”. En: DAVIDOV, GUY y LANGILLE, BRIAN (eds.). *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 120-160.
- “Global Care Chains: Transnational Migrant Care Workers”. *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 28, nº 1, 2012, pp. 63-69.
- “Blurring Legal Boundaries: Regulating for Decent Work”. En: FUDGE, JUDY; MCCRYSTAL, SHAE y SANKARAN, KAMALA (eds.). *Challenging the Legal Boundaries of Work Regulation*. Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 1-26.
- “Commodifying care work: Globalization, Gender and Labour Law”. *Labour Law Research Network - Inaugural Conference*, Barcelona, junio, 2013, pp. 1-13.
- “Feminist Reflection on the Scope of Labour Law: Domestic Work, Social Reproduction, and Jurisdiction”. *Feminist Legal Studies*, vol. 22, nº 1, 2014, pp. 1-23.
- “Labour Rights as Human Rights: Turning Slogans into Legal Claims”. *Dalhousie Law Journal*, vol. 37, nº 2, 2014, pp. 601-619.

- FUDGE, JUDY y OWENS, ROSEMARY. “Precarious work, women, and the new economy. The challenge to legal norms”. En: FUDGE, JUDY y OWENS, ROSEMARY (eds). *Precarious work, women, and the new economy. The challenge to legal norms*. Hart Publishg, Oxford, 2006, pp. 3-27.
- GALA DURÁN, CAROLINA. “La protección en materia de seguridad social de los empleados del hogar tras el RDL 29/2012”. En: ESPUNY TOMÁS, MARÍA JESÚS y GARCÍA GONZÁLEZ, GUILLERMO (coords.). *Relaciones laborales y empleados del hogar, reflexiones jurídicas*. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 139-178.
- GARCÍA-CALVENTE, MARÍA DEL MAR; MATEO RODRÍGUEZ, INMACULADA y EGUIGUREN, ANA. “El sistema informal del cuidado en clave de desigualdad”. *Gaceta Sanitaria*, vol. 18, nº 1, Barcelona, 2004, pp. 132-139.
- GARCÍA-CALVENTE, MARÍA DEL MAR; DEL RIO LOZANO, MARÍA; CASTAÑO LÓPEZ, ESTHER; MATEO RODRÍGUEZ, INMACULADA; MAROTO NAVARRO, GRACIA e HIDALGO RUZZANTE, NATALIA. “Análisis de género de las percepciones y actitudes de los y las profesionales de atención primaria ante el cuidado informal”. *Gaceta Sanitaria*, vol. 24, nº 4, 2010, pp. 293-302.
- GARCÍA RUÍZ, ANDREA PAOLA; MANTILLA GARCÍA, ELSA CAROLINA y PLAZAS HERNÁNDEZ, JUAN FERNANDO. “Cuenta Satélite de la Economía del Cuidado”. En: AA.VV. *Investigas. Siete estudios realizados a partir de la Encuesta Nacional de Uso del Tiempo. Colombia 2012-2013*. DANE, Bogotá, 2015, pp. 4-32.
- GARGARELLA, ROBERTO. “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?” *Perfiles Latinoamericanos*, nº. 28, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, México, 2006, pp. 9-32.
- GLOPPEN, SIRI. “Courts and Social Transformation: An Analytical Framework”. En: GARGARELLA, ROBERTO; DOMINGO, PILAR y ROUX, THEUNIS (ed.). *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice For the Poor?*. Ashgate, Estados Unidos, 2006, pp. 35-59.
- GODOY FAJARDO, CARLOS HERNÁN; VALDIVIESO RUEDA, DIEGO FELIPE y LONDOÑO HIDALGO, JULIO MAURICIO. “Hacia un entendimiento adecuado del fuero de salud”. *Actualidad Laboral y Seguridad Social*, Legis, nº 151, marzo–abril, 2009, pp.19-24.
- GOLDBLATT, BETH. “Gender, poverty and development of the right to social security”. *International Journal of Law in Context*, vol. 10, nº 4, 2014, pp. 460-477.
- GÓMEZ ARAGÓN, CRISTINA. “Medidas Laborales de la Ley de Dependencia, Discapacidad y Derechos”. En: BARRANCO AVILÉS, MARÍA DEL CARMEN (coord.). *Situaciones de*

Dependencia, Discapacidad y Derechos: Una mirada a la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia desde la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Dykinson, Madrid, 2011, 231-273.

GONZÁLEZ DE PATTO, ROSA MARÍA. “La reforma de la protección social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia. Retrocesos e incertidumbres”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Editorial Aranzadi, nº 11, Pamplona, 2014, pp. 1-22.

GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO (dir.). *La aplicación de la Ley de Dependencia en España.* Consejo Económico y Social de España - Departamento de Publicaciones, Estudios nº 231, Madrid, 2013.

GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO y NAVAS PAREJO-ALONSO, MARTA. “La protección en situaciones de dependencia personal y el papel del cuidador no profesional, informal o familiar”. En: GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO y CARRERO DOMÍNGUEZ, CARMEN. *El Estatuto Jurídico del cuidador informal de las personas en situación de dependencia.* Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2009, pp. 17-42.

----- “El cuidador informal, familiar o no profesional en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”. En: GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO y CARREÑO DOMÍNGUEZ, CARMEN. *El Estatuto Jurídico del Cuidador informal de las Personas en Situación de Dependencia.* Editorial Universitaria Ramón Areces, 2009, pp. 45-76.

GRANDE GASCÓN, MARÍA LUISA; HERNÁNDEZ PADILLA, MARÍA y LINARES ABAD, MANUEL. “Análisis de los cuidados informales desde la perspectiva de género”. En: DE LA FUENTE, YOLANDA (coord.). *Situaciones de dependencia y derecho a la autonomía: una aproximación multidisciplinar.* Alianza Editorial, Madrid, 2009, pp. 281-299.

HAMILTON, ROBERTA. *La liberación de la mujer. Patriarcado y capitalismo.* Ediciones Península, Barcelona, 1980.

HARRISS-WHITE, BARBARA. “Inequality at Work in the Informal Economy: key issues and illustration”. *International Labour Review*, vol. 142, nº 4, 2003, pp. 459-469.

HEPPLE, BOB. “Equality and empowerment for decent work”. *International Labour Review*, vol. 140, nº 1, 2001, pp. 5-18.

----- “Introduction”. En: HEPPLE, BOB (ed.). *Social and Labour Rights in a Global Context. International and Comparative Perspectives.* Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 1-16.

- HERRERO, LIBARDO. *No hay derecho, las madres comunitarias frente al derecho laboral*. ILSA, Bogotá, 1999.
- HINCAPIÉ, ALDANA ALEJANDRA y PARRA GARCÍA, IRENE. “El trabajo de las inactivas. Estructura del trabajo no remunerado de mujeres urbanas y rurales clasificadas como económicamente inactivas”. En: AA.VV. *Investigas. Siete estudios realizados a partir de la Encuesta Nacional de Uso del Tiempo. Colombia 2012-2013*. DANE, Bogotá, 2015, pp. 35-61.
- HOCHSCHILD, ARLIE. *The managed heart commercialization of human feeling*. University of California Press, Londres, 2003.
- JENSON, JANE. “Who Cares? Gender and Welfare Regimes”. *Social Politics: International Studies in Gender, State and Society*, vol. 4, n° 2, enero, 1997, pp. 182-187.
- KAWACHI, ICHIRO; LEE, SUNMIN y GRODSTEIN, FRANCINE. “Does Caregiving Stress Affect Cognitive Function in Older Women?”. *Journal of Nervous and Mental Disease*, vol. 192, n° 1, enero, 2004, pp. 51-57.
- KLARE, KARL. “The horizons of Transformative Labour and Employment Law”. En: CONAGHAN, JOANNE; FISCHL, RICHARD y KLARE, KARL (eds.). *Labour Law in an Era of Globalization. Transformative Practices and Possibilities*. Oxford University Press, New York, 2002, pp. 3-29.
- LANGILLE, BRIAN. “Core Labour Rights. The True Story (Reply to Alston)”. *European Journal of International Law*, vol. 15, n° 3, 2005, pp. 409-437.
- LEÓN, MAGDALENA. “Proyecto de Investigación - Acción: trabajo doméstico y servicio doméstico en Colombia”. *Revista de Estudios de Sociales*, n°. 45, enero-abril, Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, pp. 198-211.
- LLANO SÁNCHEZ, MÓNICA. “El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar”. *Actualidad Laboral*, n° 6, 2012.
- LOMBARDO, EMANUELA. “Algunas consideraciones sobre la igualdad de Género en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. En: FERNÁNDEZ SOLA, NATIVIDAD (coord.). *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*. Dykinson, Madrid, 2004, pp. 333-353.
- LÓPEZ GANDÍA, JUAN y TOSCANI GIMÉNEZ, DANIEL. *El nuevo régimen laboral y de Seguridad Social de los trabajadores al servicio del hogar familiar*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2012.

LÓPEZ LÓPEZ, JULIA. “Conciliación y Sistemas de Seguridad Social Igualdad y Dependencia (2006): la corresponsabilidad desde la Seguridad Social”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº extra 1, 2007, pp.77-92.

----- “La construcción de derechos sociales: judicialización y aplicación de los convenios de la OIT”. En: LÓPEZ LÓPEZ, JULIA; FREEDLAND, MARK; CARUSO, BRUNO y STONE, KATHERINE (coords.). *La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2011, pp. 13-26.

LÓPEZ LÓPEZ, JULIA; CHACARTEGUI, CONSUELO y CANTÓN, CESAR. “Social Rights in Changing Labor Markets: Caring for Caregivers in the European Union”. En: STONE, KATHERINE y ARTHURS, HARRY (eds.). *Rethinking Workplace Regulation. Beyond the Standard Contract of Employment*. Russell Sage Foundation, New York, 2013, pp. 333-350.

LOUSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO. *El principio de transversalidad de la dimensión de Género*. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.

MALAGÓN, ALFREDO; TRIANA, ALBA y ÁVILA, LILIANA. “Patrones de crianza y cuidado de niños y niñas en Boyacá”. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 8, nº 2, julio-diciembre, 2010, pp. 933-945.

MANTOUVALOU, VIRGINIA. “In Support of Legalisation”. En: MANTOUVALOU, VIRGINIA y GEARTY, CONOR. *Debating Social Rights*. Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 85-177.

MAUPAIN, FRANCIS. “Revitalisation Not Retreat: The Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers’s Rights”. *European Journal of International Law*, vol. 16, nº 3, 2005, pp. 439-456.

MCCANN, DEINDRE. “New Frontiers of Regulation: Domestic work, working condition, and the holistic assessment of nonstandard work norms”. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, vol. 34, 2012, pp. 166-192.

MIÑARRO YANINI, MARGARITA. *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*. Editorial Reus, Madrid, 2013.

MOLERO MANGLANO, CARLOS (dir.). *Manual de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch, 13ª ed., Valencia, 2013.

MOLERO MARAÑÓN, MARÍA LUISA. “El incipiente reconocimiento legal de los cuidadores informales”. *Relaciones Laborales*, Editorial La Ley, nº 11, 2009, pp. 539-570.

- MOLINIER, PASCALE. “De la condition de bonne à tout faire du debut du xxe siècle à la relation de service dans le monde contemporain: analyse clinique et psychopatologique”. *Travailler*, vol. 1, n° 13, 2005, pp. 7-33.
- “Antes que todo, el cuidado es un trabajo”. En: ARANGO, LUZ GABRIELA y MOLINIER, PASCALE (comp.). *El trabajo y la ética del cuidado*. Editorial La Carreta - Universidad Nacional del Colombia - Escuela de Estudios de Género, Bogotá, 2011, pp. 45-63.
- MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS. *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia*. Editorial Comares, Granada, 2007.
- MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS; MORENO VIDA, MARÍA NIEVES; MALDONADO MOLINA, JUAN ANTONIO y GONZÁLEZ DE PATTO, ROSA MARÍA. *Manual de Derecho de la Dependencia*. Editorial Técnos, 1ª ed., Madrid, 2010.
- *Manual de Derecho de la Dependencia*. Editorial Técnos, 2ª ed., Madrid, 2014.
- MONREAL BRINGSVAERD, ERIK. “Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales”. En: ROQUETA BUJ, REMEDIOS (coord.). *La situación de dependencia (Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo reglamentario estatal y autonómico de la Ley de Dependencia)*. Tirant lo Blanch, España, 2009, pp. 478-541.
- MORALES MOSQUERA, MARÍA EDITH (coord.). *Barriendo la invisibilidad de las trabajadoras domésticas afrocolombianas en Medellín*. Escuela Nacional Sindical y Corporación Afrocolombiana de Desarrollo Social y Cultural CARABANTÚ, Medellín, 2012.
- MOSS, PETER. “The Social Protection Floor: What Place for Care?”. *Global Social Policy*, vol. 4, n° 3, 2014, pp. 422-431.
- MUNDLAK, GUY. “The wages of care-workers: from structure to agency”. En: FUDGE, JUDY; MCCRYSTAL, SHAE y SANKARA, KAMALA (eds.). *Challenging the Legal Boundaries of Work Regulation*. Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 189-211.
- MUÑOZ CAÑAS, SANDRA MILENA. “El trabajo doméstico: una mirada desde la economía del cuidado”. En: OSORIO PÉREZ, VIVIANA (coord.). *De cuidados y descuidos. La economía del cuidado en Colombia y perspectivas de política pública*. Ediciones Escuela Nacional Sindical, Medellín, 2015, pp. 223-256.
- NAVARRO, VICENÇ. *El subdesarrollo social de España. Causas y Consecuencias*. Anagrama, Barcelona, 2006.

- NINO, CARLOS SANTIAGO. “Sobre los derechos sociales”. En: CARBONELL, MIGUEL; CRUZ PARCERO, JUAN y VÁZQUEZ, RODOLFO (eds.). *Derechos sociales y derechos de las minorías*. IJ-UNAM, México, 2000, pp. 137-143.
- NUSSBAUM. MARTHA. *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*. Herder, Barcelona, 2002.
- *Women and Human Development. The Capabilities Approach*. Cambridge University Press, 8ª ed., Cambridge, 2005.
- *Las fronteras de la justicia, consideraciones sobre la exclusión*. Paidós, Barcelona, 2012.
- OELZ, MARTÍN. “El Convenio y la Recomendación de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Una oportunidad para la justicia social”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 133, nº 1, 2014, pp. 161-195.
- OSORIO PÉREZ, VIVIANA y TANGARIFE, CARMEN LUCÍA. “De Cuidados y Descuidos. La Economía del Cuidado en Colombia: el (des)balance mercado-familia-Estado”. En: OSORIO PÉREZ, VIVIANA (coord.). *De cuidados y descuidos. La economía del cuidado en Colombia y perspectivas de política pública*. Ediciones Escuela Nacional Sindical, Medellín, 2015, pp. 30-138.
- OSTAU DE LAFONT DE LEÓN, FRANCISCO RAFAEL y NIÑO CHAVARRO, LEIDY ÁNGELA. “Aplicación de los Convenios de la OIT en materia de Derechos de Asociación Sindical y Negociación Colectiva en las decisiones de los jueces laborales en Colombia”. *Prolegómenos – Derechos y Valores*, vol. XIII, nº 26, julio-diciembre, Bogotá, 2010, pp. 163-178.
- OWENS, ROSEMARY. “Reproducing Law’s Workers: Regulatory Tensions in the Pursuit of Population, Participation and Productivity”. En: ARUP, CHRISTOPHER y HOWE, JOHN et al (eds.). *Labour Law and Labour Market Regulation. Essays on the Construction, Constitution and Regulation of Labour Markets and Work Relationships*. The Federation Press, Sidney, 2006, pp. 410-431.
- PAUTASSI, LAURA. “El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos”. *Serie: mujer y desarrollo*, nº 87, CEPAL, Santiago de Chile, 2007.
- PÉREZ OROZCO, AMAIA. “Prólogo”. En: ESQUIVEL, VALERIA (ed.). *La economía feminista desde América Latina. Una hoja de ruta sobre los debates actuales en la región*. ONU - Mujeres, Santo Domingo, junio 2012, pp. 13-22.
- PÉREZ OROZCO, AMAIA y LÓPEZ GIL, SILVIA. *Desigualdades a flor de piel: cadenas globales de cuidados. Concreciones en el empleo de hogar y políticas públicas*. ONU Mujeres, Madrid, 2011.

- PFAU-EFFINGER, BIRGIT. "Varieties of Undeclared Work in European Societies". *British Journal of Industrial Relations*, vol. 47, n° 1, 2009, pp. 79-99.
- PINEDA DUQUE, JAVIER. "Trabajo del cuidado de la vejez en una sociedad en envejecimiento". *La Manzana de la discordia*, vol. 9, n° 1, enero-junio, 2014, pp. 53-69.
- "Emprendimiento y género: el caso de la industria de la belleza en Bogotá". *Sociedad y economía*, n° 26, 2014, pp. 249-250.
- PISARELLO, GERARDO. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*. Trotta, Madrid, 2007.
- PORTES, ALEJANDRO. *En torno a la informalidad. Ensayo sobre teoría y medición de la economía no regulada*. Porrúa-FLACSO, 1ª ed., México, 1995.
- PORTES, ALEJANDRO y HALLER, WILLIAM. "La economía informal". *Serie Políticas Sociales*, n° 100, ONU-CEPAL-División de Desarrollo Social, Santiago de Chile, noviembre, 2004.
- POSSO QUICENO, JEANNY LUCERO. "El proceso de socialización de la empleada doméstica: mujeres inmigrantes negras en Cali". En: ARANGO GAVIRIA, LUZ GABRIELA y MOLINIER PASCALE. (comps.). *El trabajo y la ética del cuidado*. La Carreta Social editores - Universidad Nacional de Colombia, 2011, pp. 209-227.
- PRASSL, JEREMIAS. *The Concept of the Employer*. Oxford University Press, Oxford, 2015.
- QUESADA SEGURA, ROSA. *El contrato de servicio doméstico*. Distribuciones La Ley, Madrid, 1991.
- RAMÍREZ MACHADO, JOSÉ MARÍA. "Domestic Work, Conditions of Work and Employment: A legal perspective". *Conditions of Work and Employment Series*, n° 7, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003.
- RAZAVI, SHAHRA. "The Political and Social Economy of Care in a Development Context. Conceptual Issues, Research Questions and Policy Options". *Gender and Development Programme, Paper n° 3*, junio 2007, pp. 1-50.
- RITTICH, KERRY. "Feminization and Contingency: Regulating the Stakes of Work for Women". En: CONAGHAN, JOANNE; FISCHL, RICHARD y KLARE, KARL (eds.). *Labour Law in an Era of Globalization. Transformative Practices and Possibilities*. Oxford University Press, New York, 2002, pp. 117-136.

- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, EMMA. “El contenido constitucional de la dependencia”. *Revista de Derecho Social*, nº 36, 2006, pp. 91-110.
- RØSEN, MARIT. “La influencia de la familia y de los hijos en el trabajo independiente femenino en Noruega”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 133, nº 2, 2014, pp. 373-386.
- ROUTH, SUPRIYA. *Enhancing Capabilities through Labour Law: Informal Workers in India*. Routledge, New York, 2014.
- “Informal Workers’ Agregation and Law”. *Theoretical Inquires in Law*, vol. 17, nº 1, 2016, pp. 284-320.
- RUANO ALBERTOS, SARA. *El régimen jurídico de los empleados del hogar*. Atelier, Barcelona, 2013.
- SALA FRANCO, TOMÁS. “La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico”. *Relaciones Laborales*, tomo 1, 1986.
- SALCEDO BELTRÁN, MARÍA CARMEN. “La relación laboral especial del hogar familiar: ámbito de aplicación, contratación y extinción”. En: ESPUNY TOMÀS, MARÍA JESÚS y GARCÍA GONZÁLEZ, GUILLERMO (coords.). *Relaciones laborales y empleados del hogar, reflexiones jurídicas*. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 103-137.
- SALMÓN, ELIZABETH. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano: el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el camino hacia una lectura social de los derechos civiles y políticos*. Cooperación Alemana al Desarrollo-GTZ, Lima, 2010.
- SANKARAN, KAMALA. “Protecting the Worker in the Informal Economy: The Role of Labour Law”. En: DAVIDOV, GUY y LANGILLE, BRIAN (ed.). *Boundaries and Frontiers of Labour Law. Goals and Means in the Regulation of Work*. Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 205-220.
- “Labour Law in South Asia. The need for an inclusive approach”. En: TEKLÈ, TZEHAINESH (ed.). *Labour Law and worker protection in developing countries*. Hart Publishing, Ginebra, 2010.
- “Informal Employment and the Challenges for Labour Law”. En: DAVIDOV, GUY y LANGILLE, BRIAN (eds.). *The Idea of Labour Law*. Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 275-287.
- SANZ CABALLERO, SUSANA. “El derecho a la igualdad”. En: BENEYTO PÉREZ, JOSÉ MARÍA (dir.); GÓNZALEZ-ORÚS, JERÓNIMO MAILLO y BECERRIL ATIENZA, BELÉN (coord.).

Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo II Derechos Fundamentales, Aranzadi - Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 684-699.

SCARPONI, STEFANIA. “Il principio di eguaglianza uomo/donna fra divieti di discriminazione e promozione delle pari opportunità”. En: SCARPONI, STEFANIA (coord.). *Diritto e Genere. Analisi interdisciplinare e comparata*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Italia, 2014, pp. 63-113.

SCOTT, JOAN. “La mujer trabajadora en el siglo XIX”. En: DUBY, GEORGES y PERROT, MICHELLE (dir.). *Historia de las mujeres en occidente*. vol. 4, 1993, Taurus, Madrid, pp. 405-436.

SEN, AMARTYA. *Desarrollo y libertad*. Planeta, Barcelona, 2000.

----- “Work and Right”. *International Labour Review*, vol. 139, n° 2, 2000, pp. 119-128.

SEPÚLVEDA, MAGDALENA. “Colombia: Constitutional Court’s Role in Addressing Social Justice”. En: LANGFORD, MALCON (ed.). *Social Rights Jurisprudence Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 144-162.

----- “De la retórica a la práctica, el enfoque de derechos en la protección social en América Latina”. *Serie: Políticas Sociales*, n° 189. CEPAL, Norwegian Ministry of Foreign Affairs -Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2014.

SHOLA ORLOFF, ANN. “Gender and the Social Rights of Citizenship: The Comparative Analysis of Gender Relations and Welfare States”. *American Sociological Review*, vol. 58, n° 3, junio, 1993, pp. 303-328.

SILBAUGH, KATHARINE. “Foreword: the structures of care work”. *Chicago-Kent Law Review*, vol. 76, n° 3, 2001, pp. 1389-1402.

SUPIOT, ALAIN (dir.). *Au-Delà de l’emploi. Les voies d’une vraie réforme du droit du travail*, Flammarion, Francia, 2016.

TANGARIFE, CARMEN LUCÍA (coord.). *Informe Nacional de trabajo decente en Colombia 2013*. Escuela Nacional Sindical, Medellín, 2013.

TEKLÈ, TZEHAINEH. “Labour Law and worker protection in the South: An evolving tension between models and reality”. En: TEKLÈ, TZEHAINEH (ed.). *Labour Law and worker protection in developing countries*. International Labour Office - Hart Publishing, Ginebra, 2010, pp. 3-47.

- THORNTON DILL, BONNIE y KOHLMAN, MARLA. "Intersectionality A Transformative Paradigm in Feminist Theory and Social Justice". En: HESSE-BIBER, SHARLENE NAGY (ed.). *The Handbook of Feminist Research: Theory and Praxis*. SAGE publications, California, 2ª ed., 2012, pp. 154-174.
- TOMEI, MANUELA. "Decent Work for Domestic Workers: Reflections on Recent Approaches to Tackle Informality". *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 23, n° 1, 2011, pp. 185-211.
- "Decent Work for Domestic Workers: An Achievable Goals or Wishful Thinking". En: LEE, SHANGHEON y MCCANN, DEIRDRE (eds.). *Regulating for Decent Work. New Directions in Labour Market Regulation*. Palgrave MacMillan e International Labour Office, 2011, pp. 255-284.
- TOMEI, MANUELA y BELSER, PATRICK. "New ILO standards on decent work for domestic workers: A summary of the issues and discussions". *International Labour Review*, vol. 150, n° 3-4, 2011, pp. 431-438.
- TREBILCOCK, ANNE. "Using Development Approaches to Address the Challenge of the Informal Economy for Labour Law". En: DAVIDOV, GUY y LANGILLE BRIAN (eds.). *Boundaries and Frontiers of Labour Law. Goals and Means in the Regulation of Work*. International Institute for Labour Studies - Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 63-86.
- TUSHNET, MARK. "Reflexiones sobre la protección judicial de los derechos sociales y económicos en el siglo XXI". En: HENAO, JUAN CARLOS (ed.). *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*. Corte Constitucional-Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 125-140.
- UMAÑA HERNÁNDEZ, CAMILO EDUARDO. "Empleo ¿factor de pobreza?". *Revista Discurso Laboral*, Universidad Externado de Colombia, n° 8, febrero, 2007, pp. 1-4.
- UPRIMNY YEPES, RODRIGO. "The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court. Cases and debates". En: GARGARELLA, ROBERTO; DOMINGO, PILAR y ROUX, THEUNIS (ed.). *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice For the Poor?*. Ashgate, Estados Unidos, 2006, pp. 127-151.
- "La judicialización de la política en Colombia: Casos, potencialidades y riesgos". *Sur, International Journal on Human Rights*, vol. 4, n° 6, 2007, pp. 52-69.
- VALENZUELA, MARÍA ELENA y MORA, CLAUDIA (eds.). *Trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente*. Oficina Internacional del Trabajo, Santiago, 2009.

- VÁSCONEZ, ALISON. “Mujeres, hombres y las economías latinoamericanas: un análisis de dimensiones y políticas”. En: ESQUIVEL, VALERIA (ed.). *La economía feminista desde América Latina. Una boja de ruta sobre los debates actuales en la región*. ONU-Mujeres, Santo Domingo, 2012, pp. 98-140.
- VILLOTA, PALOMA (dir.); FERRÁN HERRERO, IGNACIO y VÁZQUEZ CUPEIRO, SUSANA. *Impacto de la crisis económica en el trabajo doméstico remunerado domiciliario y propuestas de medidas políticas, fiscal, social y laboral para estimular su formación y profesionalización*. Fondo Social Europeo, 2011.
- VOSKO, LEAH. “Gender, Precarious Work, and the International Labour Code: The Ghost in the ILO closet”. En: FUDGE, JUDY y OWENS, ROSEMARY (eds.). *Precarious work, women, and the new economy. The challenge to legal norms*. Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 53-75.
- WHITE, RICHARD. “Re-visiting the barriers to participation in mutual aid”. *International Journal of Sociology and Social Policy*, vol. 31, nº 7-8, 2011, pp. 392-410.
- WILLIAMS, COLIN y LANSKY, MARK. “Empleo informal en economías desarrolladas y en desarrollo. Perspectivas y políticas aplicadas”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 132, nº 3-4, 2013, pp. 397-424.
- WILLIAMS, LUCY. “Beyond Labour Law’s Parochialism: A Re-envisioning of the Discourse of Redistribution”. En: CONAGHAN, JOANNE; FISCHL, RICHARD y KLARE, KARL (eds.). *Labour Law in an Era of Globalization. Transformative Practices and Possibilities*. Oxford University Press, New York, 2002, pp. 93-114.
- “Reconceptualizing Women’s and Men’s Undeclared Work: some results from European Union survey”. *Gender Work and Organization*, vol. 18, nº 4, 2011, pp. 415-437.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Trotta, 8º ed., Madrid, 2008.

DOCUMENTOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

CEPAL. Décima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. Quito, Ecuador, 2007.

----- Undécima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. Brasilia, 2010.

----- Duodécima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. Santo Domingo, 2013.

----- “Elementos para una metodología de medición del sector informal en las encuestas nacionales”. *Documento de trabajo*, serie 77, Grupo técnico de trabajo sobre el sector informal - Grupo de trabajo sobre cuentas nacionales (CEPAL) - División de Estadística y Proyecciones Económicas, Estudios estadísticos y prospectivos, Santiago de Chile, 2012.

CIDH. “Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres”. *Documentos OEA*, 201 (1-152).

----- “El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos sociales y culturales”. OEA/Ser.L/V/II.143, Doc, 59, 3 de noviembre de 2011.

OIT. “Resolución sobre las condiciones de empleo de los trabajadores domésticos”. Adoptada el 23 de junio de 1965, 49ª Sesión, 1965.

----- “Memoria del Director General: trabajo decente”. Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, Ginebra, 1999.

----- “El trabajo decente y la economía informal”. Conferencia Internacional del Trabajo, 90ª reunión, Ginebra, 2002.

----- “Los Convenios Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo”. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003.

----- “La economía informal: hacer posible la transición al sector formal”. Coloquio interregional tripartito sobre la economía informal, Ginebra, 2007.

----- “Resolución sobre la actualización de la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones”. Adoptada el 6 de diciembre de 2007.

- “Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa”. Conferencia Internacional del Trabajo, 97ª reunión, Ginebra, 2008.
- “Para recuperarse de la crisis: un Pacto Mundial para el Empleo”. Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, Ginebra, 2009.
- “Informe VI. La igualdad de género como eje del trabajo decente”. Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, Ginebra, 2009.
- “Trabajo decente para los trabajadores domésticos”. Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, Ginebra, 2010.
- “Migración Laboral Internacional: Un enfoque basado en Derechos. Resumen Ejecutivo”, 2010.
- “Directrices para incluir la perspectiva de género en las políticas de empleo”. Oficina Internacional del Trabajo, Informe de políticas públicas, n° 4, Ginebra, 2011.
- “El Piso de Protección Social para una globalización equitativa e inclusiva”. Ginebra, 2011.
- “Panorama Laboral 2011, América Latina y el Caribe”. Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe.
- “Panorama Laboral 2012, América Latina y el Caribe”. Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe.
- “La seguridad social y la primacía del derecho. Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa”. Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, Ginebra, 2011.
- “En pro del Trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Un manual para sindicalistas destinado a promover el Convenio n° 189 de la OIT y el empoderamiento de las trabajadoras y trabajadores domésticos”. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2012.
- “Marco de acción para el respeto, la promoción y la realización efectivos y universales de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 2012-2016”, 101ª reunión, Ginebra, 2012.
- “Conceptos Fundamentales. La economía informal y el Trabajo decente. Una guía de recursos sobre políticas apoyando la transición hacia la formalidad”. Turín, 2013.

----- “Los trabajadores domésticos: estrategias para superar la reglamentación insuficiente. La economía informal y el Trabajo decente. Una guía de recursos sobre políticas apoyando la transición hacia la formalidad”. Turín, 2013.

----- “Los trabajadores domésticos en el mundo. Estadísticas mundiales y regionales, y alcance de la protección jurídica”. Resumen ejecutivo, 2013.

----- “La economía informal y la transición a la economía formal: el desafío del trabajo decente”. Informe V (1). Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión, Ginebra, 2014.

----- “Protección de los trabajadores en el mundo del trabajo en transformación. Discusión recurrente sobre el objetivo estratégico de la protección social (Protección de los trabajadores)”. Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión, Ginebra, 2015.

----- “Non-Standard Employment around the world. Understanding challenges, shaping prospects”. Oficina Internacional del Trabajo de la OIT, Ginebra, 2016.

----- “Protección social del trabajo doméstico, tendencias y estadísticas”. Documentos de política y protección social, documento 16, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016.

OIT-PNUD. “Trabajo decente y cuidado compartido. Hacia una propuesta de parentalidad”. Organización Internacional del Trabajo y Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Chile, 2013.

ONU. “Por una Globalización Justa: crear oportunidades para todos”. Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, 1ª ed., Suiza, 2004.

ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 3 ‘sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes’, 1999.

----- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 18 ‘sobre el derecho al trabajo, 2005.

DOCUMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA

Parlamento Europeo. Informe 2015/2094. Sobre las trabajadoras domésticas y las cuidadoras de la Unión Europea.

----- Informe 2004/2189. Sobre la modernización de la protección social y el desarrollo de una asistencia sanitaria de calidad.

----- Informe del Parlamento y del Consejo. Decisión 940/2011. Sobre el año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional.

----- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la garantía del cumplimiento de la Directiva 96//71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

Comisión Europea. Propuesta de Decisión 2013/152. Por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión Europea, el Convenio sobre trabajo digno para los trabajadores domésticos, de 2011, de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio nº 189).

----- Comunicación 2013/083. Hacia la inversión social para el crecimiento y la cohesión, incluida la ejecución del Fondo Social Europeo 2014-2020.

----- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones. Hacia la Inversión Social para el crecimiento y la cohesión social incluida la ejecución del Fondo Social Europeo. 2014-2020. Bruselas, 2013.

----- Comunicación 2010/0636. Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras.

----- Comunicación 2010/0758. La Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social: Un marco europeo para la cohesión social y territorial.

----- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones 2008/412. Agenda Social Renovada: Oportunidades acceso y solidaridad en la Europa del Siglo XXI. Bruselas.

----- Comunicación 2005/0706. Trabajar juntos trabajar mejor - Un nuevo marco para la coordinación abierta de las políticas de protección social y de inclusión en la Unión Europea.

----- Comunicación 2005/44. Sobre igualdad entre hombres y mujeres.

----- Comunicación 2004/304. Modernizar la protección social para el desarrollo de una asistencia sanitaria y una asistencia de larga duración de calidad, accesibles y duraderas: apoyo a las estrategias nacionales a través del “método abierto de coordinación”.

----- Comunicación 2001/723. El futuro de la asistencia sanitaria y de la atención de las personas mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera.

Comité de ministros. Recomendación 98/9. Relativa a la dependencia.

Conseil de L'Union Européenne. Conseil de Emploi, politique, sociale, santé et consommateurs / Ecofin au Conseil européen. Rapport conjoint de la Commission et du Conseil. Soutenir les stratégies nationales pour l'avenir des soins de santé et des soins aux personnes âgées. Bruxelles, le 10 de mars 2003.

Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales. "Migrants in an irregular situation employed in domestic work: Fundamental Rights challenges for the European Union and its Members States". Luxemburgo, 2011.

DOCUMENTOS TÉCNICOS - ESPAÑA

Instituto Nacional de Estadística. *Cifras INE* (Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadística. Hogares y servicio doméstico. 03/2012).

Instituto Nacional de Estadística. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Gobierno de España. Mujeres y hombres en España, 2016, 1.4. Razones del trabajo a tiempo parcial según grupos de edad. Trabajo a tiempo parcial según tipo de hogar. (actualizado 4 de diciembre de 2015).

Instituto Nacional de Estadística. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Gobierno de España. Mujeres y hombres en España, 2016, Empleo del tiempo, conciliación trabajo y familia, 5.5. Cuidado de personas dependientes. Conciliación entre la vida laboral y familiar.

Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Secretaría de Estado de la Seguridad Social, Gobierno de España. Afiliación de extranjeros a la seguridad social, noviembre 2015, pp. 1-70.

Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Secretaría General de Inmigración y Emigración, Gobierno de España. Concesiones por Nacionalidad Española por residencia: estadística incluida en el Plan Estadístico Nacional 2013-2016 es realizada por el Observatorio Permanente de la Inmigración, se trata de una explotación estadística cuya fuente de datos proviene de la Subdirección General de Nacionalidad y Estados Civil- Dirección General de lo Registros y del Notariado. Ministerio de Justicia, último dato publicado 2014, fecha de publicación del documento 29/05/2015.

DOCUMENTOS TÉCNICOS - COLOMBIA

DANE. Encuesta Nacional de Uso del Tiempo (ENUT). Presentación de resultados 2012-2013.

----- Dirección de Metodología y Producción Estadística (DIMPE). Manual de recolección y Conceptos Básicos. ENUT, junio, 2012.

----- Encuesta Nacional de Calidad de Vida (ECV) 2015, Boletín técnico, enero 2016.

----- Principales Indicadores del Mercado Laboral, Boletín técnico, Bogotá, enero, 2016.

----- Encuesta Nacional de Calidad de Vida. Boletín técnico, Bogotá, marzo, 2016.

----- Gran Encuesta Integrada de Hogares, 2016.

Departamento Nacional de Planeación. “Equidad de género para las mujeres”. *Documento COMPEL, 161 de 2013 sobre política pública nacional de equidad de género para las mujeres*. Colombia, 2013.

Consejo Nacional de Discapacidad - Observatorio Nacional de Discapacidad - Sistema Integral de Información de la Protección Social (SISPRO).

JURISPRUDENCIA CITADA

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Sentencia C-051 de 1995.
Sentencia T-269 de 1995.
Sentencia SU-224 de 1998.
Sentencia C-372 de 1998.
Sentencia T-801 de 1998.
Sentencia T-1079 de 2001.
Sentencia C-967 de 2003.
Sentencia C-038 de 2004.
Sentencia C-100 de 2005.
Sentencia SU-388 de 2005.
Sentencia SU-389 de 2005.
Sentencia C-989 de 2006.
Sentencia C-310 de 2007.
Sentencia T-651 de 2008.
Sentencia T-291 de 2009.
Sentencia T-091 de 2011.
Sentencia T-212 de 2011.
Sentencia T-925 de 2011.
Sentencia T-212 de 2012.
Sentencia T-628 de 2012.
Sentencia T-1078 de 2012.
Sentencia T-023 de 2013.
Sentencia T-610 de 2013.
Sentencia C-616 de 2013.
Sentencia T-154 de 2014.
Sentencia T-568 de 2014.
Sentencia C-871 de 2014.
Sentencia T-955 de 2014.
Sentencia T-113 de 2015.
Sentencia T-210 de 2015.
Sentencia T-774 de 2015.
Sentencia T-096 de 2016.
Sentencia T-480 de 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) *Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.
- Caso *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
- Caso “*Cinco Pensionistas*” *Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.
- Caso *Huilca Tese Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121.
- Caso *Comunidad Indígena Yakeye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Caso *Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144.
- Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.
- Caso *de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.
- Caso *Cantoral Huamani y García Santa Cruz Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.
- Caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198.
- Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.
- Caso *Furlan y familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.
- Caso *Gonzales Lmy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.
- Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Caso *María Eugenia Morales Sierra contra Guatemala*, 2001.
Informe en el caso *Simone André Diniz contra Brasil*, 2006.

TRIBUNALES DE ESPAÑA

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, Sentencia nº 14/2015 de 21 de enero. (JUR/2015/89467).

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, Sentencia nº 175/2015 de 29 de abril. (JUR 2015/273591).

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- Asunto *Schmidt y Dahlström v. Suecia*, nº 5589/72, sentencia del 6 de febrero de 1976.
- Asunto *Lallament v. Francia*, nº 46044/99, sentencia de 11 de abril de 2002.
- Asunto *Unison v. Reino Unido*, nº 53574/99, sentencia de 10 de enero de 2002.
- Asunto *Perkins y R. v. Reino Unido*, nº 43208/98, 44875/98, sentencia de 22 de enero de 2003.
- Asunto *Beck, Copp y Bazeley v. Reino Unido*, nº 48535/99, 48536/99, 48537/99, sentencia de 22 de enero de 2003.
- Asunto *Siliadin v. Francia*, nº 73316/01, sentencia de 26 de octubre de 2005
- Asunto *Demir y Baykara v. Turquía*, nº 34503/97, sentencia de 12 de noviembre de 2008.
- Asunto *Enerji Yapi-Yol Sen v. Turquía*, nº 68959/01, sentencia de 21 de abril de 2009.
- Asunto *Rantsev v. Chipre y Rusia*, nº 25965/04, sentencia del 7 de enero de 2010.
- Asunto *Cudak v. Lituania*, nº 15869/02, sentencia de 23 de marzo de 2010.
- Asunto *Sabeh El Leil v. Francia*, nº 34869/05, sentencia de 29 de junio de 2011.
- Asunto *Wallishauser v. Austria*, nº 156/04, sentencia de 19 de noviembre de 2012
- Asunto *C.N v Reino Unido*, nº 4239/08, sentencia de 13 de noviembre de 2012.
- Asunto *García Mateos v. España*, nº 38285/09, sentencia de 19 de febrero de 2013
- Asunto *I.B. v. Grecia*, nº 552/10, sentencia de 3 de octubre de 2013.
- Asunto *Brincat y otros v. Malta*, nº 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 y 62338/11, sentencia de 24 de julio de 2014.
- Asunto *Matelly v. Francia*, nº 10609/10, sentencia de 2 de octubre de 2014.
- Asunto *Emel Boyraz v. Turquía*, nº 61960/08, sentencia de 2 de diciembre de 2014.
- Asunto *Howald Moor y otros v. Suiza*, nº 52067/10, 41072/11, sentencia de 11 de marzo de 2014.
- Asunto *Di Trizjo v. Suiza*, nº 7186/09, sentencia de 2 de febrero de 2016.
- Asunto *Radunovic y otros v. Montenegro*, nº 45197/13, 53000/13, 73404/13, sentencia de 25 de octubre de 2016.
- Asunto *Chowdury y otros v. Grecia*, nº 21884/15, sentencia de 30 de marzo de 2017.