

De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado¹

Noelia Igareda González
Profesora asociada de Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Barcelona

Fecha de presentación: 28/03/2009 | De aceptación: 21/05/2009 | De publicación: 21/07/2009

Resumen

Las cuestiones relativas a la reproducción humana se han considerado tradicionalmente temas que pertenecen a la esfera privada de las personas, y en las que por lo tanto, el Estado no debe intervenir. Solamente cuando se considera que entran en colisión con otros intereses generales de la sociedad el derecho regula alguna de sus dimensiones. Las actuales leyes sobre protección de la maternidad utilizan un concepto de maternidad esencialmente biológico, que se limita al periodo del embarazo, parto y lactancia. Las leyes buscan que las madres trabajadoras sigan teniendo hijos/as, asegurando en la medida de lo posible que el cumplimiento del mandato reproductor no suponga un obstáculo para el desempeño de un trabajo asalariado. Pero poco dice sobre quiénes se responsabilizan del cuidado de esas criaturas desde que acaba la protección de la lactancia hasta que son personas autónomas. El cuidado ya no es un asunto público, es un asunto que pertenece a la esfera privada de las personas, y se asume que es una responsabilidad natural e inherente de las mujeres.

Palabras clave

Cuidado, derecho, estado, género, maternidad

.....

¹ Esta comunicación ha sido elaborada dentro del proyecto “De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado” financiado por el Proyecto financiado bajo la orden TAS/940/2007, Subvenciones para el Fomento de la Investigación Social FIPROS, Ministerio de Trabajo e Inmigración.

1. Orígenes de la protección social de la maternidad

La legislación sobre protección social, comienza a ocuparse de la maternidad en España a principios del siglo XX² (el interés del derecho laboral y de la seguridad social por la paternidad no aparece hasta casi principios del siglo XXI), ante la necesidad de proteger a la mujer durante el embarazo, puerperio y lactancia, frente a las condiciones laborales de la época, que suponían una amenaza a la salud física de las mujeres trabajadoras y de sus hijos/as pequeños. El interés estatal nace de la ideología higienista y pronatalista de la época, por lo que se preocupa de una manera más filantrópica de las madres trabajadoras y sus criaturas, dotándolos de un tiempo legal de descanso en torno al nacimiento del bebé, para asegurar las condiciones óptimas físicas de las trabajadoras y mejorar las tasas de mortalidad infantil. Pero no supone una protección económica durante ese tiempo de descanso, ya que el salario de las mujeres trabajadoras se considera un complemento al salario del varón, el padre o cabeza de familia.

2 Ley de 8 de enero de 1907 de protección a la maternidad.

También los orígenes de las políticas y legislaciones de protección de la maternidad en Europa aparecen a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, dependiendo del momento de explosión de la Revolución Industrial en cada país. Estas primeras leyes de protección de la maternidad obedecen a fines natalistas e intereses claramente demográficos (Marrades 2002:35).

Los poderes públicos estaban interesados en que las mujeres siguiesen cumpliendo la función reproductora y de cuidado de los hijos/as, a la vez que se incorporaban al mercado de trabajo y se mantenían como mano de obra imprescindible en la maquinaria de progreso económico que se había puesto en marcha con la Revolución Industrial. Reconocían que los hijos/as era un bien muy preciado para los diferentes Estados: nuevos ciudadanos, nuevos miembros de los ejércitos, nuevos obreros para el mercado de trabajo capitalista, y por ello creían que las medidas de protección de la maternidad podrían contrarrestar la caída de la natalidad producida por la masiva entrada de la mujer al mundo del trabajo asalariado.

En España fue importante en este sentido toda la labor legislativa durante la II República: el matrimonio civil, el divorcio, el reconocimiento de la igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, la posibilidad de investigar la paternidad.

Aunque todos estos avances legislativos e ideológicos fueron derogados con la llegada del régimen franquista y hasta los inicios del régimen democrático. Durante el régimen franquista la ideología nacional-catolicista sobre la mujer reducía la función social de la mujer a la maternidad. Por lo tanto, se volvió a la legislación de la familia basada en la autoridad del varón, (premios de familia numerosa, subsidio familiar, plus de cargas familiares, etc.) y a toda una batería de medidas políticas y legislativas encaminadas a la promoción de la natalidad dentro de la figura tradicional de madre, esposa e ideal de mujer imperante.

Pero ninguna de estas medidas natalistas tuvieron un verdadero impacto en la tasa de natalidad española, a excepción del breve periodo

del baby-boom de los 60, resultado más de coyunturas económicas y no de la aplicación de políticas de fomento a la natalidad. La tasa de natalidad española siguió descendiendo hasta situarse en la década de los 90 en una de las tasas de natalidad más bajas del mundo.

Nuestros sistemas legales no empezaron a incorporar verdaderamente legislaciones en materia de maternidad que incluyeran principios de justicia social, y desarrollaran leyes sobre la maternidad incorporando principios de igualdad entre hombres y mujeres hasta la década de los 80, y la mayoría de las veces como consecuencia de la entrada de España en la unión europea, que obligaba a trasponer al ordenamiento jurídico interno, directivas europeas sobre protección de trabajadoras embarazadas y sobre el permiso parental.

En España el ordenamiento jurídico vigente no contiene numerosas alusiones a la maternidad en general, aparte de las disposiciones en materia laboral de origen europeo. Con la llegada de la transición democrática, los primeros gobiernos democráticos no prestaron excesiva atención a la maternidad, simplemente elaboraron algunas legislaciones encaminadas a hacer efectivo el mandato constitucional de posibilitar la igualdad material (artículo 9.2. Constitución Española³) principalmente a través de los Planes de Igualdad de Oportunidades, donde hay escasas referencias a la maternidad. No es hasta la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH) donde se vuelve a mencionar la maternidad, y esta vez se reconoce como fuente de discriminación de las mujeres en el mercado de trabajo, y también se afirma la necesidad de asumir los costos sociales colectivos de la maternidad.

3 Artículo 9.2. Constitución española: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

2. La protección social en España

La Constitución española (CE) establece en los artículos 39-43 las bases del sistema de protección social del modelo de Estado Social de Derecho por el que se opta en nuestra Carta magna. Es un sistema de protección social basado en la familia (artículo 39 CE⁴), que se articula en un sistema redistributivo de renta (artículo 40.1 CE⁵), con una voluntad manifiesta de protección de los trabajadores (artículo 40.2 CE⁶). También es en la Constitución donde se establecen los objetivos del régimen de la Seguridad Social (artículo 41 CE⁷), como principal instrumento que permita asegurar la protección social a los ciudadanos y ciudadanas, en aquellos supuestos previstos legalmente.

La Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aporta los campos de protección social básicos de nuestro Estados de Bienestar, tal y como se estipula

4 El artículo 39 de la Constitución española es ampliamente analizado en el capítulo 5 de este informe, dedicado al “Concepto de maternidad y paternidad en las leyes y políticas públicas”

5 Artículo 40.1 CE: “Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política de pleno empleo.”

6 Artículo 40.2. CE: “Asimismo los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.”

7 Artículo 41 CE: “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo.

La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.”

en el artículo 38 sobre la acción protectora del sistema de la Seguridad Social⁸.

El sistema de protección social se fundamenta en una definición de ciudadanía laboral. El acceso a los beneficios de nuestro Estado de Bienestar exige la participación en el mercado de trabajo, para poder ser beneficiario de los derechos y beneficios reconocidos. De ahí deriva la importante diferencia entre prestaciones contributivas y no contributivas. Las prestaciones

8 Artículo 38.- Acción protectora del sistema de la Seguridad Social.

“1. La acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá:

a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo.

b) La recuperación profesional, cuya procedencia se aprecie en cualquiera de los casos que se mencionan en el apartado anterior.

c) Prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; paternidad; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; invalidez, en sus modalidades contributiva y no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; muerte y supervivencia; así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales.

Las prestaciones económicas por invalidez y jubilación, en sus modalidades no contributivas, se otorgarán de acuerdo con la regulación que de las mismas se contiene en el Título II de la presente Ley.

Las prestaciones por desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial, se otorgarán de acuerdo con la regulación que de las mismas se contiene en el título III de esta Ley.

d) Prestaciones familiares de la Seguridad Social, en sus modalidades contributiva y no contributiva.

Las prestaciones familiares, en su modalidad no contributiva, se otorgarán de acuerdo con la regulación que de las mismas se contiene en el Título II de la presente Ley.

e) Las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos y de asistencia a la tercera edad, así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente.

2. Igualmente, y como complemento de las prestaciones comprendidas en el apartado anterior, podrán otorgarse los beneficios de la asistencia social.”

contributivas son aquellas que exigen haber cotizado una serie de tiempo a través del trabajo formal, y son en general, las prestaciones más numerosas e importantes. Las prestaciones no contributivas, no exigen haber contribuido previamente, y el Estado las otorga en atención a situaciones de especial vulnerabilidad social y económica.

Tan sólo el 3,34% del total en protección social en España en el 2005 se destinó a la protección social de la familia e hijos⁹. La mayor parte del gasto social en nuestro país es en prestaciones de desempleo y sanidad.

3. Orígenes europeos de la legislación española sobre maternidad y paternidad y la conciliación.

La Unión Europea (UE) ha sido una importante fuente de legislación en materia de protección a la maternidad en nuestro país, tanto a través de directivas y recomendaciones europeas en materia laboral como de igualdad entre hombres y mujeres. Por ello, el concepto de maternidad y paternidad que los textos legales europeos utilizan, son importantes de tener en cuenta, a la hora de analizar e interpretar los conceptos de maternidad y paternidad que utilizan los textos legales españoles.

Es fundamental destacar que el origen de esta legislación europea ha sido la construcción de un mercado común, donde la protección de la salud de los trabajadores (entre ellos la salud de las trabajadoras embarazadas, que acabasen de dar a luz o lactantes), así como el tratamiento laboral igual a trabajadores y trabajadoras, se consideraban elementos esenciales en la construcción de ese espacio económico común. Sí es verdad que la evolución de la Unión Europea ha avanzado hacia objetivos comunes de unión política y cohesión social, pero los objetivos económicos comunes son aun los que predominan, y más cuando se trata de legislación comunitaria

⁹ Fuente: Indicadores Sociales, 2006. INE

sobre el mercado de trabajo o la igualdad entre hombres y mujeres.

Tal y como analiza Guerrina (2005: 2), la legislación laboral sobre maternidad se ocupa de dos aspectos: la salud e higiene y los derechos laborales de las mujeres. Pero al ocuparse de estos dos grandes ámbitos, utiliza conceptos sobre mujeres, madre, trabajador/a y trabajo en los que subyace un determinado punto de vista sobre la maternidad basado en la especial naturaleza de la relación madre-hijo/a¹⁰, y donde también subyace la ideología de la maternidad intensiva, un modelo de maternidad que persigue un modelo de madre que dedica una gran cantidad de tiempo, energías y recursos a la educación y crianza de los hijos/as (Hays, 1998).

A pesar de que el pensamiento político dominante en Occidente ha considerado tradicionalmente la maternidad como un asunto privado de las mujeres (Guerrina, 2005: 6), la legislación sobre maternidad se ha dedicado a regular los efectos de esa “función privada” en la realidad laboral de las mujeres.

Se vincula las reivindicaciones de sistemas de cuidado infantil (guardería, etc.) con las políticas de mejora / promoción del empleo femenino (Guerrina, 2005:31). Al realizar esta vinculación, se presupone que las responsabilidades de cuidado de los niños/as es una responsabilidad única y exclusiva de las mujeres, por tanto, no se cuestiona su rol de cuidadoras.

Las Directivas europeas sobre trabajadoras embarazadas¹¹ suponen una de las principales aportaciones europeas en materia de legislación de protección a la maternidad. La preocupación que hay detrás de estos textos legales es por una parte, la baja natalidad que pone en jaque la continuidad del crecimiento económico europeo. Se necesitan

más niños/as como futuros trabajadores/as, que abastezcan el mercado de trabajo de mano de obra, y que permitan el sostenimiento de los sistemas de pensiones y de seguridad social en los que se basan la mayoría de los estados de bienestar europeos. Y por otro lado, se necesita proteger la salud de las trabajadoras embarazadas y de los fetos, sin limitar las oportunidades de estas mujeres en el mercado de trabajo, trabajadoras por otro lado, también muy valiosas para una economía en continuo crecimiento que no puede permitirse el lujo de prescindir de más de la mitad de la población potencialmente activa de un país.

Detrás de estas normas prevalecen los intereses económicos por delante de demandas de igualdad entre hombres y mujeres, y además se utilizan conceptos normativos, como maternidad, paternidad, que se ajustan perfectamente los modelos y roles de género tradicionales. No es extraño por tanto, que las disposiciones europeas asuman que la responsabilidad del cuidado de los hijos es asunto exclusivo de las madres, y que los padres tienen una función de cabezas de familia que proveen de sustento económico a la familia (breadwinners). Igualmente estas normas europeas parte de la consideración que las mujeres trabajadoras embarazadas, que acaban de dar a luz o en época de lactancia, con un colectivo de especial riesgo que justifica una especial protección legal en salud laboral y ante posibles discriminaciones por razón de su función reproductora.

La normativa europea justifica un especial tratamiento legal de estas mujeres, en atención a su función reproductora, pero no varía el modelo de trabajador presente en la legislación laboral en general, y en la legislación comunitaria en particular: un trabajador varón. Las trabajadoras que se embarazan, dan a luz y amamantan a sus hijos/as son “excepciones” de la norma, y como tales excepciones, es legítimo un tratamiento legal “protector”, dada la responsabilidad estatal en materia de protección de la salud de estas trabajadoras y sus fetos, y la responsabilidad estatal en evitar fuentes de discriminación entre hombres y mujeres. Esta legislación europea por lo tanto permite que la protección a la maternidad en

¹⁰ La teoría del apego (bond theory) desarrollada por John BOWLBY (1951) Considera esencial para el desarrollo y salud mental del bebé el contacto continuo entre la madre y el bebé, o sustituto materno equivalente

¹¹ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia

los sistemas de seguridad social de los estados miembros sea equiparable y utilice estructuras similares a la protección legal de la enfermedad en el ámbito laboral.

También la Unión Europea fue el origen de la mayoría de leyes y políticas públicas españolas en materia de conciliación de la vida familiar, laboral y personal. Por ejemplo la actual normativa estatal, la Ley 39/1999, para proveer la conciliación de vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, es una trasposición tardía de una directiva europea¹².

Las políticas públicas de conciliación de vida familiar y laboral supusieron un avance en las políticas públicas de género, porque reconocían la relación entre espacio público-privado y parecían perseguir los valores sociales y económicos que permitían las desigualdades de género (Guerrina, 2005:65-66). También significan dar un paso más allá en la igualdad de género, que no se consigue simplemente dotando de más o iguales derechos a las mujeres.

Pero las políticas de conciliación de vida familiar y laboral continúan negando un hecho constatado: la doble jornada de las mujeres. Son políticas sólo para mujeres (women friendly instead of family friendly¹³) porque no cuestionan el modelo económico / familiar y laboral del breadwinner, ni la asunción de que las mujeres son las responsables exclusivas del cuidado. Son políticas públicas que muestran una incoherencia entre el diagnóstico que realizan de la situación, visibilizando una necesidad de luchar contra el desigual reparto de las responsabilidades en el ámbito doméstico entre hombres y mujeres, que constituye una fuente de discriminación para las mujeres en el ámbito laboral, pero luego en el desarrollo de estas leyes, sólo incluyen medidas para que las mujeres concilien en el mercado laboral, y no incluyen ni medidas para los hombres, ni medidas destinadas a modificar lo que sucede en la esfera doméstica (Bustelo y Lombardo, 2007).

¹² Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES

¹³ Traducción de la autora: políticas favorecedoras de las mujeres en vez de políticas favorecedoras de las familias.

Tal y como señala Rubio (2006:54) las políticas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres de la UE, y políticas de conciliación, no entran a criticar las desigualdades e injusticias de las responsabilidades de hombres y mujeres en el ámbito público y privado, sino simplemente pretenden hacer compatible la maternidad de las mujeres con su presencia en el mercado de trabajo, para *“la optimización de los recursos humanos disponible para incrementar los niveles de competitividad económica”*.

La Ley Orgánica de Igualdad 3/2007 también es el resultado de las trasposiciones de directivas europeas¹⁴. Esta ley también alude a la maternidad, paternidad y a la conciliación. De manera explícita reconoce la maternidad como una fuente de discriminación de la mujer en el ámbito laboral (artículos 3 y 8) o menciona la necesidad de asumir los costos sociales de la maternidad (artículo 14.7). Pero su despliegue sigue utilizando figuras jurídicas (permiso de maternidad, permiso de paternidad, derecho a la conciliación) que ya existían en el ordenamiento jurídico español.

Las trasposiciones de las directivas europeas no son una operación jurídica automática ni igual en los Estados miembros. Cada país elige los instrumentos jurídicos a utilizar en su territorio para cumplir los objetivos fijados en la Directiva comunitaria. Esta diversidad de trasposiciones de una directiva europea lleva a autores como (Lombardo, 2004:36-38) a hablar de la importancia del “orden de género” imperante en cada estado miembro para entender la trasposición de directivas en materia de igualdad de género. Este orden de género es un filtro que determina la aplicación de las políticas y legislaciones europeas

¹⁴ Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y, Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

en materia de igualdad de género. Se trata de un sistema socialmente compartido de normas, principios, costumbres y políticas que establecen la distribución de derechos, tareas y oportunidades de vida para ambos sexos: por ejemplo la distribución de responsabilidades sobre quién realiza el trabajo productivo y quién el reproductivo.

Por ejemplo en el caso de España, la ley de Conciliación de 1999 era contraria al orden de género imperante, por ello se puede considerar una trasposición irregular y de mínimos de la directiva europea, tan parcial que podríamos decir que llega a olvidar el espíritu de la Directiva, ya que la ley de conciliación en ningún momento parece querer modificar el orden de género que asignaba a las mujeres el rol de cuidadoras y a los hombres el rol de cabeza de familia y principal proveedor económico.

4. El concepto de maternidad, paternidad, conciliación y cuidado de la legislación española

En términos generales, cuando las leyes y políticas públicas mencionan o abordan algún aspecto de la maternidad, ésta queda limitada a la reproducción, como el mero hecho biológico de la concepción. Las leyes están lejos de abordar una maternidad, entendida como el conjunto de *“tareas social, cultural, simbólica y ética de hacer posible la creación de un nuevo sujeto humano”* (Tubert, 1996).

Es más acertado recuperar la diferencia que hace Marrades (2002:189) entre maternidad y madres. Jurídicamente se habla de maternidad para hacer referencia al periodo de embarazo, parto y lactancia (más o menos 6 meses después del parto). Madre parece ser un concepto más amplio y largo en el tiempo, siempre se puede hablar de madre mientras exista una relación materno-filial.

En el tratamiento legal de la maternidad, se presupone una experiencia universal de la maternidad, mientras que la realidad es que las mujeres viven de maneras muy diversas la experiencia de ser madre. Y también el tratamiento

legal e la maternidad parte de la definición puramente biológica de la maternidad, cuando ya se ha analizado (Guerrina, 2005: 38) que los aspectos únicamente biológicos de la maternidad son el embarazo y el parto, y los demás elementos son socialmente construidos, y por lo tanto variables en el tiempo y en las diferentes culturas.

Las leyes y políticas públicas más recientes parecen dar respuesta a nuevas demandas sociales sobre el papel de los padres en el cuidado de sus hijo/as. Muchas de las figuras jurídicas novedosas que introducen, como el recién creado permiso de paternidad en el ámbito laboral, responden a esos cambios sociológicos en torno a la paternidad. Pero como se ha señalado anteriormente, la Ley Orgánica de Igualdad es la ley más novedosa en este sentido, aunque su innovación reside más en la mejora de figuras jurídicas ya existentes (permiso de maternidad, conciliación), que en la introducción de nuevos mecanismos legales: el permiso de paternidad y los planes de igualdad en las empresas, que tienen un valor más simbólico que real, y que habrá que esperar varios años desde la entrada en vigor de la ley, para valorar su verdadero impacto social.

Sólo la maternidad y la paternidad, se convierten en objeto de regulación legal, cuando entran “en conflicto” con algún otro interés general de la sociedad, entre el que destaca el mercado de trabajo. Por eso es en el ámbito del derecho laboral y de la protección social donde más disposiciones encontramos sobre maternidad y paternidad. Pero el análisis de los textos legales sobre protección social o regulación de la maternidad / paternidad en el ámbito laboral¹⁵ nos muestra que las

¹⁵ En la investigación de la que se extrae estas conclusiones analizó los siguientes cuerpos legales: Artículo 39 Constitución española, de 1978; Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; Ley 39/1999 de 5 de Noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres; Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 20 de Junio; Ley 40/2003, de 18 de Noviembre, de protección a las familias numerosas; Ley 39/2006, de 14 de diciembre,

disposiciones jurídicas sobre maternidad y paternidad en ningún momento pretenden alterar o adaptar la configuración del mercado de trabajo.

Las leyes que regulan las relaciones laborales están por tanto configuradas tomando como modelo de trabajador ese varón que encaja en las características de “homo economicus”. Julie Nelson (1995) describe ese “homo economicus” como *“un ser egoísta que nunca fue niño, que nunca se hace viejo, que nunca está enfermo, a quien nunca nadie cuidó y que tampoco cuida nunca a nadie”*¹⁶. Quienes se desvían de este modelo normativo, por ejemplo las mujeres, son legalmente tratados como excepciones a la norma:

Si las mujeres trabajadoras se quedan embarazadas aparecen figuras legales como el riesgo durante el embarazo, o riesgo durante la lactancia, la baja maternal, en las que tradicionalmente la protección legal de estos fenómenos típicamente femeninos se equiparaba a la protección legal por enfermedad. Las cuestiones típicamente de mujeres se convertían en una patología más a considerar, y puede que proteger legalmente.

Si la responsabilidad casi en exclusiva del cuidado de hijos/as recae en los hombres de las mujeres, si están son además trabajadoras, aparecen los problemas de conciliación de vida familiar y laboral. Pero el mercado de trabajo necesita a las mujeres trabajadoras para asegurar el crecimiento económico y para cubrir las demandas de mano de obra de las empresas, por lo tanto se diseñan medidas legales y políticas públicas de conciliación de vida familiar y laboral, que permiten a las mujeres trabajadoras, en la medida que son madres, acumular trabajo dentro y fuera de casa.

Pero equiparar maternidad a enfermedad es pernicioso, porque las madres son mujeres completamente sanas. Además se está evitando el

reconocimiento público a la contribución social que se realiza mediante el cuidado de los niños/as (Young, 1990:175).

Y elaborar medidas y políticas públicas sobre conciliación de vida familiar y laboral en las que las únicas destinatarias son las mujeres, no hace más que permitir la acumulación por parte de las mujeres, y no entra en analizar si el desigual reparto en las responsabilidades de cuidado en esta sociedad no es una fuente de desigualdad de género y un problema de justicia social.

La mayoría de los cuerpos legislativos analizados abordan algunos aspectos de la maternidad y la paternidad en el mercado de trabajo, una de las dimensiones de la esfera pública de las personas más importante. La maternidad y la paternidad se convierte en objeto de tutela jurídica en la medida que entra en conflicto con otros intereses generales de la sociedad, como son la el crecimiento demográfico que asegure la continuidad del sistema económico y del modelo de Estado de Bienestar, o los intereses económicos del mercado de trabajo.

Las leyes analizadas utilizan un concepto de maternidad restringido al periodo de embarazo, parto y lactancia, y en la mayoría de las veces, obvian que las principales responsabilidades de los cuidados desde que ese bebé deja de ser amamantado hasta que es mínimamente autónomo, recae sobre las mujeres, lo que constituye uno de los principales obstáculos en su participación en la esfera pública en condiciones de igualdad.

La maternidad es una responsabilidad individual de las mujeres, al igual que sus problemas de conciliación de la vida familiar y laboral. Pocos textos legales hablan de la responsabilidad colectiva sobre los costos sociales de la maternidad y la paternidad.

Solo algunos cuerpos legales incluyen medidas dirigidas por igual a hombres y mujeres, en un intento de repartir de manera más igualitaria las responsabilidades de la maternidad y la paternidad entre todos/as. Pero la realidad de la aplicación de estas medidas (por ejemplo permiso de maternidad compartido, permiso de paternidad, reducciones de jornada, excedencias, derecho de

de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

¹⁶ Citado en Amorós et al. (2003): *Malabaristas de la vida. Mujeres, tiempos y trabajos*, Barcelona: Icaria, pag.21

conciliación de la vida familiar y laboral, cuidadores familiares de personas dependientes) nos ofrece una visión de que socialmente, se interpretan como medidas para las mujeres, sin poner en duda su responsabilidad como cuidadoras de la sociedad, y rara vez los hombres se sienten aludidos como potenciales beneficiarios de estas figuras jurídicas.

De los textos legales analizados, no queda claro cuales son los objetivos pretendidos en las disposiciones sobre maternidad y paternidad que se incluyen: alcanzar mayores niveles de corresponsabilidad en nuestra sociedad, conseguir un reparto más igualitario de las responsabilidades sobre el cuidado, conseguir mayores cotas de igualdad de género, promocionar la natalidad del país, proteger la familia o promover el empleo femenino para asegurar el crecimiento económico y la consecución de los objetivos de política económica que el Estado español tiene en el marco de la Unión Europea.

5. La esfera público-privada

La legislación sobre maternidad, paternidad, conciliación y cuidado parte de una división de esferas pública y privada de las personas, y tan sólo aborda aspectos de la vida pública de las personas, sin entrar a cuestionar esta dicotomía público-privada sobre la que se asienta nuestra organización jurídico-política, y el diferente papel que hombres y mujeres tienen reservados en cada una de estas esferas.

Pero estas dimensiones contrapuestas no siempre han existido. El espacio doméstico nace con la Revolución Industrial, la familia deja de ser la unidad productiva donde se desarrollaba la actividad de producción. Ahora el hombre sale fuera de casa para desempeñar una actividad fabril, que recibe el nombre de trabajo. En la esfera doméstica por supuesto se siguen realizando tareas productivas, pero no se denominan trabajo, sino labores, porque no reciben salarios, y quedan así invisibilizados. Se produce esta división entre “casa” y “profesión” o “trabajo”. (Murillo, 1996:55)

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

Murillo (1996:XVI) aclara que el término “privado” puede tener dos interpretaciones: retirarse voluntariamente del espacio público, para disfrutar de un tiempo propio, o retirarse al espacio doméstico para dedicarse a los asuntos de otros. También subraya que el término privado tiene un significado diferente para la mujer y el hombre, y por ello prefiere hablar de espacio privado, espacio doméstico y espacio público. El espacio doméstico es la dedicación a los demás, al cuidado y el espacio privado es el dedicado a uno mismo, a la construcción de la individualidad.

La esfera privada de los hombres alude a su espacio de libertad. La esfera privada de las mujeres tiene más que ver con su espacio de subordinación. (Mackinnon, 1989:301).

También el hombre ha visto su espacio privado invadido por las lógicas de un mercado de trabajo que invade y vampiriza su tiempo de ocio; y más allá de la jornada de trabajo, flexible, elástica e inacabable, se crean los espacios informales de trabajo en forma de cenas de trabajo, copas, viajes. Pero esa renuncia de su tiempo y espacio privado depende sólo de él y de sus necesidades (no de las necesidades de los demás como es el caso de las mujeres) y además le reporta beneficios profesionales y de promoción personal.

“El cultivo de sí mismo, propio de la esfera privada, es absolutamente incompatible en el espacio doméstico. Lo doméstico sufre una doble exclusión: del espacio público y del espacio privado; no obstante, procura las condiciones necesarias para recrear la privacidad de los otros.” (Murillo, 1996:38)

En el mundo público, prevalece la idea de un sujeto “homo economicus” que toma decisiones puramente racionales siguiendo su propio interés. Y esto se admite como lícito y justo. Pero en el mundo privado, en el mundo de las relaciones personales y en el seno de la familia, se esperan sólo decisiones dirigidas por un amor desinteresado de las madres por los hijos, amor desinteresado atribuible a la propia naturaleza humana.

También estos criterios del mundo privado se aplican a las decisiones sobre la reproducción “*los hijos deberían ser concebidos y alumbrados en el amor*” y la alusión a cualquier decisión racional es calificada de “egoísta” y “antinatural” (Birke et al., 1990:34)

Las decisiones de las personas sobre la maternidad y la paternidad se consideran aspectos del espacio privado de las personas, a pesar de que especialmente en el caso de las mujeres, su maternidad condiciona su participación y estatus en el espacio público.

6. Rol del Estado

Para entender cómo la maternidad supone un factor de desventaja social y económica para las mujeres es necesario ponerlo en relación con el modelo y estructura del Estado de Bienestar.

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

Es desde este modelo de Estado de Bienestar desde donde debe interpretarse y analizarse la protección social dispensada a la maternidad y a la paternidad, y su tratamiento jurídico-político. Y

también desde este modelo, debe entenderse hasta dónde el estado se responsabiliza de las demandas de los ciudadanos y ciudadanas sobre las consecuencias “públicas” y “colectivas” de la maternidad y la paternidad.

Es también importante analizar la teoría política sobre la que se construyó el modelo de Estado en el que vivimos. El Estado moderno tiene sus orígenes en los pensadores del contrato social de la Ilustración: Hobbes, Locke y Rosseau entre otros. El Estado era así el resultado de un gran contrato social entre hombres libres, que acordaban ciertas normas de convivencia humana que eran ejercidas por el Estado. El Estado aparecía como una realidad necesaria para garantizar los derechos y libertades individuales reconocidos a estos individuos. Esta ideología de Estado liberal, interpretaba una actuación mínima del estado, y cualquier actuación más allá de la garantía de estos derechos y libertades, se interpretaba como una injerencia estatal en el ámbito privado de las personas. Pero el modelo de ciudadano de este Estado liberal era el varón burgués, y aquí no se incluían ni la clase obrera, ni por supuesto las mujeres.

Este Estado liberal moderno que resulta de la ideología contractualista ilustrada si que es responsable de elaborar una serie de leyes y políticas para regular el espacio público en el que los ciudadanos participan. Pero se ha criticado en numerosas ocasiones la exclusión de las mujeres de este contrato social originario (Cobo, 1995; Pateman, 1995, 1996; Okin, 1989; Rubio, 1994; Vogel, 1988), con lo cual, los teóricos del contrato social (Hobbes, Locke, Rosseau) hablan de un derecho político, o un derecho que regula este contrato social, y de un derecho natural que regula el ámbito privado de las familias.

Como ejemplo de estas normas reguladoras de las relaciones familiares inspiradas en el derecho natural, podemos encontrar el Código de Napoleón de 1804, modelo de la mayoría de los códigos de derecho civil del sistema legal latino, que dota jurídicamente de poderes al padre y cabeza de familia para actuar y disponer sobre sus hijos/as y su mujer.

Pateman (1995) critica el contrato social visibilizando que este es posible gracias a un contrato sexual, que subordina a las mujeres en el espacio privado, y permite entonces que ciudadanos varones “libres” pacten en el espacio público un modelo de Estado con el cual gobernarse.

El Estado ha sido un tema difícil para el feminismo, porque por un lado es identificado fácilmente como un instrumento y fuente de dominación patriarcal, pero por otro lado, es el Estado, al que las feministas muchas veces acuden reclamando demandas de ciudadanía y derechos sociales para las mujeres, como es el caso, por ejemplo, de la maternidad, el cuidado y la conciliación de la vida familiar y laboral (Agra, 2006:80).

Las cuestiones relativas a la reproducción, entre ellas las que tienen que ver con el ejercicio de la maternidad y la paternidad, es una cuestión que el Estado considera que pertenece al ámbito familiar, al ámbito por tanto privado de las personas. Por lo tanto, a lo sumo, serán objeto de regulación por parte de este derecho familiar de inspiración natural.

“La reproducción se considera una preocupación privada de los individuos y sus familias, como una cuestión de sentimiento y de pensamiento, en la que el estado no tiene ningún derecho a interferir” (Birke et al., 1990:35).

Las feministas reclaman la responsabilidad pública de la reproducción (guarderías, subsidios de maternidad, atención sanitaria, etc.) y a la vez, rechazan la injerencia estatal sobre las decisiones reproductivas, que reclaman sean sólo de las mujeres. (Birke et al., 1990:36)

En la teoría política moderna, los poderes públicos encarnan “el interés general”, ese interés general universal y objetivo pero no necesariamente representativo de los ciudadanos/as. En cambio los ciudadanos/as representan intereses individuales y privados. (Young, 1990:103).

La teoría política moderna (Young, 1990:108-119) afirma que el Estado y los asuntos públicos se instalan en ese punto de vista

“imparcial” y “neutral” y “racional” y dejan fuera todo lo que tenga que ver con deseos, sufrimientos y otros aspectos vitales conectados con el cuerpo (por ejemplo maternidad / paternidad).

El estado se presupone neutral, y sus oficiales “imparciales”, pero en verdad quienes acceden a las estructuras del Estado son los grupos dominantes y privilegiados (generalmente hombres blancos heterosexuales) que elevan a la categoría de “universal” sus intereses particulares, y por estar dentro del Estado consideran actuar desde la imparcialidad. No existe por tanto el mitificado “bien común”.

Las normas relativas a la estructura y las prestaciones de nuestro modelo de Estado de Bienestar están inspiradas en un modelo de ciudadanía laboral, en el que para ser titulares de derechos y beneficios bajo el modelo de protección social, es imprescindible haber sido partícipes del mercado de trabajo previamente. Las medidas que quedan fuera de este sistema, son meras ayudas económicas puntuales, ideadas como parte de políticas de promoción de la natalidad. Las mujeres tienen una posición ya inicial de desventaja en este modelo, ya que precisamente las consecuencias derivadas de la maternidad y la asignación de las responsabilidades de los cuidados, constituyen los principales obstáculos para que las mujeres puedan participar en igualdad de condiciones en el mercado laboral. Si no pueden participar en igualdad de condiciones en el mercado de trabajo, requisito imprescindible de la ciudadanía laboral, tampoco podrán ser partícipes en igualdad de condiciones de los beneficios del Estado de Bienestar.

7. Conclusión

Las leyes que regulan algunos aspectos de la maternidad, paternidad, conciliación, o los cuidados en la esfera laboral constituyen una excepción a la no interferencia estatal en los asuntos relativos a la reproducción humana, que se consideran cuestiones de la esfera privada de las personas. Estas leyes están esencialmente pensadas para dotar de protección social a mujeres

y hombres activos en el mercado laboral. Son situaciones excepcionales al funcionamiento normal del mercado de trabajo, y son susceptibles de protección estatal en la medida que sus titulares, participan de la ciudadanía laboral. El cuidado de los demás no es objeto de tutela estatal, porque se protege esencialmente a la cuidadora por naturaleza hasta que termina el periodo de lactancia, y después, las responsabilidades de cuidado de esa criatura hasta convertirse en persona adulta, se presupone una responsabilidad privada de las familias, y una vez más, se asume que es una tarea inherente a la condición femenina.

8. Referencias y bibliografía

- AGRA, M^a Xosé (2006): "Ciudadanía, feminismo y globalización" en Rubio, Ana "Ciudadanía y sociedad civil: avanzar en la igualdad desde la política" en Rubio, Ana; Herrera, Joan (coord.) (2006): *Lo público y lo Privado en el contexto de la Globalización*, Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer.
- AMORÓS, M^a Inés; BOSCH, Anna; CARRASCO, Cristina; FERNANDEZ, Hortensia; MORENO, Neus (2003): *Malabaristas de la vida. Mujeres, tiempos y trabajos*, Barcelona: Icaria.
- ARENDDT, Hanna (1993): *La condición humana*, Barcelona: Paidós.
- BIRKE, Lynda; HIMMELWEIT, Susan; VINES, Gail (1990): *El niño de mañana*, Barcelona: Pomares.
- BOCK, Gisela; THANE, Pat (ed.) (1991): *Maternidad y políticas de género*, Madrid: Ediciones Cátedra.
- BODELÓN, Encarna (2006): "Los límites de las políticas de igualdad de oportunidades y la desigualdad sexual: la familia como problema distributivo y de poder" en Rubio, Ana; Herrera, Joan (coord.) (2006): *Lo público y lo Privado en el contexto de la Globalización*, Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer.
- BOWLY, John (1951): *Maternal Care & Mental Health*, 2^a edición, serie 2, Ginebra, OMS.
- BUSTELO, María y LOMBARDO, Emanuela (2007): *Políticas de igualdad en España y en Europa*, Madrid: Cátedra.
- ESPUNY, M^a Jesús (2007): *La protección a la maternidad: cien años de la ley de 8 de enero de 1907*, IUSLabor 2/2007.
- FERBER, Marianne A; NELSON, Julie A. (eds.) (2004): *Más allá del hombre económico: economía y teoría feminista*, Madrid: Cátedra.
- GUERRINA, Roberta (2005): *Mothering the Union*, Great Britain: Manchester University Press.
- HAYS, Sharon (1998): *Las contradicciones culturales de la maternidad*, Barcelona: Paidós.
- HOBBS, Thomas (1993): *Del ciudadano y Leviatán / Thomas Hobbes*, Madrid: Tecnos.
- MARRADES, Ana I. (2002): *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, Universitat de Valencia, Valencia.
- MURILLO, Soledad (1996): *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*, Madrid: Siglo XXI.
- LOCKE, John (1988): *Two treatises of government*, Cambridge: Cambridge University Press.
- LOMBARDO, Emanuela (2004): *La europeización de la política española de igualdad de género*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- OKIN, Susan (1989): *Justice, Gender and the Family*, Basic Books, Great Britain.
- PATEMAN, Carole (1995): *El contrato sexual*, Barcelona: Anthropos.
- "Críticas feministas a la dicotomía público/privado" en Castells, C. (ed) (1996):

Perspectivas feministas en teoría política, Barcelona: Paidós.

ROSSEAU, Jean-Jacques (1973): *The Social contract and discourses*, London : J.M. Dent & Sons.

RUBIO, Ana “Rosseau: El binomio poder-sexo”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, nº 31, 1994, pag. 160.

- “Ciudadanía y sociedad civil: avanzar en la igualdad desde la política” en Rubio, Ana; Herrera, Joan (coord.) (2006): *Lo público y lo Privado en el contexto de la Globalización*, Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer.

VOGEL, Ursula. “Women’s condition under modern civil law” en Jonbes, K. y Jónasdóttir, A. (1988): *The political interest of gender*, Oxford: sage.

YOUNG, Iris Marion (1990): *Justice and the politics of difference*, New Jersey: Princeton University Press.