

Derecho al cuidado. Políticas de salud. Discapacidad. Margen de apreciación TEDH. *Case of Diaconeasa v. Romania*, 20 de febrero de 2024

Por Juliana Gabriela Kina¹

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar el fallo del TEDH en el caso “Diaconeasa”, en el que concluyó que el Estado demandado, al denegar la continuación de la prestación de asistencia personal a una persona mayor con discapacidad, que había sido concedida con anterioridad, violó su derecho al respeto de la vida privada previsto en el artículo 8 del CEDH.

En el caso, la falta de acceso a esa asistencia financiada por el Estado derivó en una importante disminución de la autonomía y calidad de vida de la actora.

2. Antecedentes del caso y la sentencia del TEDH

En 2013, la demandante, ciudadana rumana de 60 años de edad, sufrió un derrame cerebral que la dejó con una discapacidad que le impedía moverse, hablar o atender adecuadamente sus necesidades básicas. En el año 2015, y luego en noviembre de 2016, la Comisión para la Protección de los Adultos

¹ Abogada (UBA). Doctoranda (Universidad de Salamanca). Profesora Adjunta de Contratos Civiles y Comerciales (UBA). Secretaria letrada de la Procuración General de la Nación.

con Discapacidad (en adelante, la “Comisión”) emitió un certificado por un año, en el que indicaba que la Sra. Diaconeasa sufría una discapacidad grave que requería de un asistente personal, que fue asignado por el Estado rumano.

El 29 de junio de 2017 un neurólogo en el marco de una nueva evaluación a la actora, concluyó que era capaz de utilizar el teléfono y de administrarse su medicación, pero incapaz de ir a hacer las compras, preparar la comida, limpiar la casa, lavar la ropa, utilizar medios de transporte o utilizar dinero, por lo que le asignó una puntuación global de 2/8. En la misma línea, ese profesional médico, de acuerdo con la escala de Barthel,² determinó una puntuación de 45/100,³ valorando que dependía totalmente de otras personas para mantener su higiene personal, necesitaba ayuda para alimentarse y vestirse, ir al baño y utilizar las escaleras, y solo podía caminar con ayudas mecánicas o con ayuda.

Por su parte, el 3 de octubre de 2017 la Comisión realizó una “evaluación compleja” de las capacidades de conformidad con lo dispuesto por el derecho interno de Rumania⁴ y observó que la actora recibía ayuda de sus dos hijas y recomendó que continuaran apoyándola. Con base en el informe anterior, el 22 de noviembre de 2017 la Comisión expidió un nuevo certificado con dos años de validez, en el que se observaba que el grado de discapacidad de la Sra. Diaconeasa era grave, pero que no requería asistente personal.

Ante la impugnación presentada por la requirente, el 26 de septiembre de 2019 el Tribunal del Condado de Hunedoara anuló el certificado y ordenó a la Comisión que expidiera uno nuevo en el que constara que la demandante necesitaba la ayuda de un asistente personal. A tal efecto, el tribunal local advirtió que el estado de la actora no había mejorado desde la evaluación del año 2016, que era incapaz de valerse por sí misma, y que en el certificado no se especificaban los motivos por los que se había modificado la medida adoptada.

Esta decisión fue apelada por la Comisión y el 15 de junio de 2020 el tribunal de alzada la anuló y confirmó el certificado expedido el año 2017. Para así decidir, consideró que la actora podía desplazarse con la ayuda de un bastón o andador, y que solo necesitaba asistencia parcial para sus actividades domésticas cotidianas.

Paralelamente, el 20 de noviembre de 2019 la Comisión había emitido un nuevo certificado en los mismos términos del que había sido impugnado (año 2017), donde agregó que la afección de la solici-

2 Se trata de un instrumento que mide la capacidad de la persona para la realización de diez actividades básicas de la vida diaria, obteniéndose una estimación cuantitativa del grado de dependencia del paciente (Escobedo e Izquierdo, 2023).

3 El neurólogo en su evaluación precisó que la puntuación máxima según ese sistema es de 100 puntos, que representa la autonomía completa, 60 puntos representa independencia asistida y 75 puntos representa cuasi independencia.

4 La Ley N° 448/2006 de Protección y Promoción de los Derechos de las Personas con Discapacidad establece para cada condado una comisión de evaluación de adultos con discapacidad, que funciona bajo la autoridad del consejo local correspondiente y está formada por dos médicos, un psicólogo, un representante de la sociedad civil y un asistente social. Prevé la realización de “evaluaciones complejas” de las personas que solicitan prestaciones por discapacidad, que sirven como base para la Comisión para establecer el nivel de discapacidad (leve, media, elevada y grave). Según el artículo 35 de esa ley, una persona con discapacidad grave tiene derecho a un asistente personal.

tante era permanente y no requería una evaluación periódica. Este certificado fue emitido con sustento en un informe de investigación social elaborado por la Dirección de Bienestar Social de Lupeni el 4 de septiembre de 2019, en el que se precisaba que la Sra. Diaconeasa necesitaba apoyo integral para las tareas de higiene personal y de su hogar, para trasladarse al exterior, para utilizar el transporte público y el teléfono, para preparar la comida, administrar el dinero, pero que podía caminar con un bastón o con el apoyo de otra persona y que podía alimentarse en forma independiente. Ese informe, además, indicaba que sufría una pérdida total de memoria, que estaba desorientada en tiempo y espacio, y que necesitaba los cuidados de sus hijas.

Ese último certificado fue impugnado por la demandante con fundamento en que su estado no había mejorado desde el año 2016. El tribunal de Condado de Hunedoara, el 25 de noviembre de 2020, estimó el recurso y anuló el certificado de fecha 20 de noviembre de 2019, ponderando el informe emitido por la Dirección de Bienestar Social de Lupeni que el 24 de junio de 2020 había reiterado las conclusiones arribadas en el informe del 4 de septiembre de 2019. El 12 de abril de 2021 el tribunal de apelaciones anuló esta última sentencia y confirmó el certificado expedido por la Comisión, para lo cual afirmó que la Sra. Diaconeasa “no es una persona que no pueda moverse; no está inmóvil ni depende de una silla de ruedas; no es una persona con una falta total de capacidad para cuidar de sí misma y realizar sus tareas cotidianas y necesitada de ayuda permanente [y sólo esta última situación] entra en la categoría de discapacidad grave con necesidad de un asistente personal”.

En tales condiciones, el TEDH, en primer lugar, consideró temporánea la presentación de los agravios ante esa Corte. En segundo lugar, declaró admisible el recurso y concluyó que se había producido una violación al artículo 8 del CEDH.

Para así decidir, precisó que el artículo 8 tiene por objeto principal la protección del individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, y que ello genera obligaciones negativas y positivas para el Estado. Por un lado, debe abstenerse de injerencias indebidas, y también se requiere el cumplimiento de obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada, que pueden implicar la adopción de medidas destinadas a garantizar ese derecho, incluso en el ámbito de las relaciones de los particulares entre sí (TEDH, 2024, párr. 47). Al respecto, el Tribunal aclaró que el Convenio suele conceder un amplio margen de apreciación al Estado en cuestiones de política general, incluidas las sociales, económicas y sanitarias (TEDH, 2014: párr. 54).

Sin embargo, aclaró que, si una restricción de los derechos fundamentales está dirigida a un grupo especialmente vulnerable de la sociedad, como las personas con discapacidad, el margen de apreciación del Estado se reduce considerablemente y deben existir razones suficientemente fundadas para llevar adelante esa restricción (TEDH, 2024: párr. 48).

En ese contexto, señaló que una injerencia como la de esta causa (dejar de proporcionarle un asistente personal) viola el artículo 8 del CEDH a menos que pueda justificarse en virtud del apartado 2 de ese artículo, es decir, en cuanto

esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Por ello, concluyó que si bien la injerencia fue conforme al derecho interno (Ley de Discapacidad y orden N° 762/1992/2007), y siguió un fin legítimo (bienestar económico del Estado y los intereses de otros usuarios de asistencia), las decisiones adoptadas en la causa no alcanzan un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados en juego tal como exige el mencionado artículo 8 (TEDH, 2024: párr. 64).

En particular, consideró que la restricción no era necesaria en una sociedad democrática, para lo cual partió de la consideración de la Ley de Discapacidad que exige la protección de las personas con discapacidad a la luz de principios rectores como la libertad de elección, la inclusión social y el respeto de las necesidades específicas de las personas afectadas (TEDH, 2024: párrs. 54 y 55).

En concordancia con lo anterior, valoró que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fomenta el respeto de la dignidad, la autonomía individual y la independencia. De tal forma, concluyó que no fueron abordadas por el tribunal de alzada las defensas presentadas por la accionante, vinculadas a que su estado médico no había mejorado desde el 2016, fecha en la que había sido otorgada la asistencia personal por la Comisión, y que necesitaba ayuda para las tareas más básicas conforme surgía de los informes de los profesionales médicos y de los servicios sociales (TEDH, 2024: párrs. 61-63).

Además, el TEDH destacó que, no obstante haber reconocido que la demandante necesitaba asistencia parcial, las autoridades locales no evaluaron la realización de medidas para garantizar el respeto de su dignidad y el disfrute efectivo de su derecho a la autonomía, sin que haya resultado suficiente la mención de la ayuda familiar, que no fue evaluada en orden a su calidad o fiabilidad. En relación con esto último, el Tribunal señaló que no es posible aceptar que el apoyo prestado espontáneamente por los miembros de la familia tenga aptitud para sustituir prestaciones que son obligación del Estado, para garantizar el nivel adecuado de cuidados y dignidad (TEDH, 2024: párr. 61).

En tales condiciones, resolvió que el Estado demandado violó el artículo 8 del Convenio y lo condenó a abonar una indemnización en concepto de daño moral⁵ de 7.500 euros más intereses e impuestos.

3. Derecho al cuidado

El derecho al cuidado es un derecho humano y comprende no solo el derecho a recibir cuidados, sino a cuidar y el autocuidado (Pautassi, 2007). Tiene fundamento en la protección de la dignidad, la autonomía y la igualdad real de las personas, fomenta la inclusión y la vida en comunidad (Alto Co-

⁵ El Tribunal excluyó la reparación por daños patrimoniales en tanto no habían sido justificados por la parte accionante.

misionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2023: párr. 5), y aunque no siempre se menciona explícitamente, está presente de manera implícita en muchos tratados internacionales vinculado a otros derechos fundamentales, como el derecho a la salud, a un nivel de vida adecuado, a la seguridad social y a la no discriminación.⁶

Este derecho comprende el “apoyo” como un término que busca reflejar la asistencia que requieren las personas con discapacidad para realizar actividades de la vida cotidiana y participar en la sociedad, con especial énfasis en la autonomía y promoción de la independencia, evitando sistemas de subrogación de la voluntad y de segregación.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) reconoce al apoyo como una obligación transversal de todo el tratado, y el término cuidado aparece en pocas oportunidades en el tratado. Este cambio profundo del modo de entender el cuidado, que –de alguna manera– se expresa en la utilización de la noción de “apoyo”, tiene su génesis en el enfoque de derechos humanos y en el modelo social de la discapacidad incorporado por la CDPD, que implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva (Corte IDH, 2012: párr. 133 y 2015: párr. 237).

Para superar esos obstáculos, la CDPD promueve la adopción de medidas tendientes a lograr que la persona alcance el más alto nivel posible de salud, independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, garantizando la inclusión y participación plena y efectiva en todos los aspectos de la vida (arts. 3, inc. c; 19; 24; 25 y 26).

El Consejo de Derechos Humanos recientemente ha señalado que el sistema de cuidados y de apoyo

son esenciales para que las personas con discapacidad puedan participar de forma plena y efectiva en la sociedad, con opciones iguales a las de las demás personas, vivir con dignidad, autonomía e independencia, y vivir en forma independiente en la comunidad, como se establece en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDH, 2023).

Además, destacó que las personas mayores se enfrentan a una serie de obstáculos específicos para el disfrute de sus derechos humanos, entre ellos la falta de acceso a una asistencia sanitaria de calidad y a los cuidados y el apoyo a largo plazo, lo cual pone de relieve la necesidad de instalar entornos inclusivos y favorables para esas personas y de proporcionar servicios de apoyo que promuevan la dignidad,

6 Arts. 22 y 25, DUDH; 19, 25, 26, 28, CDPD; 11 2.c., 14 2.c., CEDAW; 18, 23, CDN; 12 y 19 Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores; 25 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; 9, 11 y 12, PIDESC; y 9, Protocolo de San Salvador.

autonomía e independencia para que puedan permanecer en su hogar en la medida que envejecen, respetando sus preferencias personales.

Bajo tales premisas, existe un vínculo estrecho entre el sistema de cuidados y apoyos y la dignidad. En este punto, resulta interesante recordar que, a partir de la DUDH de 1948, en respuesta a las violaciones de derechos humanos cometidas en la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional adoptó un compromiso con la dignidad tanto en el preámbulo de la Declaración como en su articulado (art. 1).

El concepto de dignidad humana se desprende, además, de otros tratados de derechos humanos, entre ellos: la CADH (arts. 5, 6 y 11); la CEDAW (Preámbulo); la CDN (Preámbulo, arts. 23, 28, 37, 39); la Convención de Belém do Pará (Preámbulo, arts. 4 y 8); el PIDESC (Preámbulo); y la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (Preámbulo, arts. 3, 6, 9, 12, 16). Y etimológicamente, la palabra *dignidad* deriva del latín *dignitas* y esta, a su vez, tiene su origen en *dignus* que significa digno, merecedor, de allí que el respeto y reconocimiento de la dignidad resulta inseparable de la persona.

En línea con ello, por ejemplo, en el Preámbulo de la DUDH se incorpora la noción de dignidad como principio o valor basamental, junto con el reconocimiento de los derechos humanos inalienables, para la libertad, la justicia y la paz del mundo; y su artículo 1 refuerza la importancia del concepto al puntualizar que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Es decir, la persona humana posee dos rasgos ontológicamente relevantes: la dignidad y los derechos humanos (Juri, 2021). Entonces, el reconocimiento de la dignidad de la persona humana es uno de los valores más fundamentales y debe concebirse como transversal a todos los derechos humanos.

Este vínculo directo entre la dignidad y los sistemas de cuidados y apoyo fue reconocido por el TEDH. Así, en “McDonald”, con sustento normativo en el artículo 8 del Convenio, consideró que la falta de servicios adecuados para personas con discapacidad viola el derecho a la vida privada y subrayó que los Estados tienen la responsabilidad de garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso a cuidados y apoyos que respeten su dignidad y les permitan vivir de manera independiente (TEDH, 2014).

En igual sentido resolvió en “Jivan”, oportunidad en la que señaló que la negativa del Estado a proporcionar un asistente personal a una persona mayor con discapacidad violaba el artículo 8 del CEDH, aclarando que el derecho a la vida privada incluye el desarrollo personal y las relaciones sociales, por lo que era necesario que las autoridades rumanas realizaran una evaluación adecuada sobre cómo la falta de asistencia había afectado la dignidad y autonomía del actor (TEDH, 2022).

El artículo 8 del Convenio prevé que “[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia” y agrega que no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho

sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

El TEDH ha precisado que el concepto de respeto a la vida privada abarca, entre otras cosas, la integridad física y psicológica de una persona (TEDH, 2014: párrs. 46 y 47), el derecho al “desarrollo personal”, y la noción de autonomía personal (TEDH, 2002). A su vez, ha sostenido que el artículo 8 era aplicable en las reclamaciones sobre financiación pública para facilitar la movilidad y la calidad de vida de las personas con discapacidad (TEDH, 2003).

En el fallo en comentario, la demandante reclama por la pérdida de la prestación de asistente personal que había sido otorgada en un primer momento debido a su grave discapacidad, sin que haya mediado modificación alguna de su situación de salud. El TEDH enfocó el asunto como una injerencia en el derecho de la demandante al respeto de su vida privada, consideró que ni la Comisión ni el tribunal de apelación habían estudiado “disposiciones prácticas alternativas para garantizar el respeto de su dignidad y el disfrute efectivo de su derecho a la autonomía” y que si bien era cierto que la Comisión había recomendado que la demandante siguiera recibiendo ayuda de sus hijas, no fue evaluada la calidad y fiabilidad de dicho apoyo.

Son varias las observaciones que, sobre la base del derecho humano al cuidado, corresponde realizar sobre el caso. Para ello, es necesario recordar que los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes, están relacionados entre sí, y los Estados deben tratar los derechos humanos en pie de igualdad y de manera justa y equitativa (Conferencia Internacional de Derechos Humanos, 1993: párr. I.5), actuando siempre sobre la base del principio de progresividad y no regresividad.

Además, la plena efectividad de esos derechos exige obligaciones para los Estados tanto negativas (abstenciones) como positivas (implementación de condiciones para su efectiva vigencia) (Abramovich y Courtis, 2021: 4; Abramovich y Courtis, 2006: 24). Existen cuatro *niveles* de obligaciones estatales: una obligación de respetar, una obligación de proteger, una obligación de garantizar y una obligación de promover el derecho en cuestión (Abramovich y Courtis, 2000: 26), siempre actuando sin discriminación y sin que se encuentre condicionado ese compromiso (Comité DESC, 1990).

En consecuencia, ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado, existe la vía de la justiciabilidad o exigibilidad judicial, que forma parte de las características constitutivas de los derechos humanos y garantía de su pleno ejercicio. Por ello, otorgar derechos implica “reconocer un campo de acción y poder para sus titulares, renacimiento que limita el margen de acción de los sujetos obligados, entre ellos, el Estado” (Pautassi, 2023: 29 y 30).

Ahora bien, las autoridades rumanas en todo momento reconocen la grave discapacidad que padece la Sra. Diaconeasa, que necesita asistencia para sus necesidades básicas (como la higiene personal,

vestirse, ir al baño, limpiar, cocinar, utilizar medios de transporte, hacer las compras, y gestionar el dinero), y que esa situación –evaluada en el año 2016 por la Comisión para otorgarle asistencia permanente– no se modificó al momento de resolver retirarle ese sistema de cuidado en el 2017 y en el 2019 (TEDH, 2024: párrs. 6, 10 y 16).

En tales condiciones, el TEDH entendió que la medida en cuestión constituyó una injerencia del Estado en la vida privada de la accionante, desde que redujo el nivel de atención que se le prestaba y dejó de proporcionarle un asistente personal. En este punto, no puedo dejar de agregar que la interrupción de la asistencia personal a la actora resulta ser una solución regresiva en tanto se enmarca en el mismo contexto fáctico que el verificado en el año 2016.

El principio de progresividad y no regresividad veda la posibilidad de adoptar, de manera meramente voluntarista y sin plena y adecuada justificación, medidas regresivas respecto del alcance de los derechos económicos, sociales y culturales (Corte IDH, 2021: párr. 96 y CSJN, *Fallos* 327:3753, 331:2006 y 332:2454).

La progresividad, junto con el principio *pro homine*, conducen a que el resultado de la aplicación de una norma siempre proteja en mayor medida a la persona humana (CSJN, *Fallos* 344:1070).

Bajo esa luz, la decisión de las autoridades locales de retirar la asistencia personal respecto de una persona en situación de vulnerabilidad que requería una protección reforzada atentó contra su dignidad y amenazó otros derechos fundamentales como la vida y la integridad personal. De tal forma, la carga de la prueba le correspondía a quien adoptó esa decisión, porque debe justificar la no prestación que venía otorgando.

En particular, el Estado rumano debió acreditar que la interrupción de la prestación obedecía a una decisión razonada, adoptada luego de verificar las consecuencias de su implementación, como así también la situación del grupo familiar y de la persona interesada, y la continuidad y regularidad de los tratamientos médicos involucrados, entre otras cuestiones relevantes.⁷

La sentencia precisa sobre este punto que en todo momento las autoridades nacionales resaltaron que la Sra. Diaconeasa contaba con el apoyo de sus hijas y, en oportunidad de retirarle la asistencia permanente, sugirieron que continuase ese sistema de cuidado familiar.

En relación con esto último, no es posible obviar un análisis con perspectiva de género, pues la consideración de que la asistencia de las hijas, sin una evaluación de su alcance y existencia, puede sustituir las obligaciones positivas del Estado, se enmarca en una idea estereotipada del cuidado como una responsabilidad exclusiva de las mujeres; en este caso, de las hijas.

Estas situaciones obedecen a la idea naturalizada en sociedades patriarcales de que el cuidado es una tarea femenina. Como señala Pautassi de manera tan clara,

⁷ Sobre la continuidad de la prestación, v. dictamen de la Procuración General de la Nación del 18 de agosto de 2016, en autos “P., V. E. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud”.

el patriarcado, como estructura y maquinaria de poder, ha generado sus múltiples artilugios para sostenerse, entre los cuales la “neutralidad” aparece como uno de los más potentes y que opera fuertemente en el ámbito de lo público y con implicancias en lo privado (Pautassi, 2023: 25 y 26).

La desigual distribución de las responsabilidades del hogar tiene consecuencias en la participación de las mujeres en el trabajo y en el acceso a los bienes, lo cual repercute también en el bienestar de las personas que tienen a su cargo. El acceso de las mujeres a la economía productiva ha sido y es signado por diversas desigualdades que son producto de la forma en la que se entablan las relaciones sociales entre los géneros, la asignación de roles y la construcción de estereotipos que reproducen desigualdades entre ellos (Kina y Rodríguez Pería, 2022: 78 y 79).

Numerosos informes y estudios dan cuenta de las importantes tasas de desempleo en las mujeres y minorías de género, de informalidad laboral, y que la posibilidad de esas personas de encarar proyectos económicos se ve diluida dada la constante exposición a situaciones de discriminación y violencias por motivo de género y orientación sexual.

En la Argentina, conforme el informe del INDEC (2024), las mujeres tienen una tasa de actividad 17% menor que los varones, lo que refleja una menor participación en el mundo laboral. La tasa de desempleo es 1,4% superior a la de los varones. Según ONU Mujeres (2018), se calcula que en nuestro país el valor del tiempo destinado al trabajo de cuidado y doméstico no remunerado es del 10% y el 31%, respectivamente, del PBI.

Un dato que resulta revelador es que el nivel alto de cualificación actúa como un eximente del cuidado para los varones, pero no para las mujeres, que tienen lo que se denomina “doble jornada laboral”, que es la carga de trabajo que adquiere una persona cuando además de contar con un empleo cubre tareas de cuidado o labores domésticas. Las mujeres dedican el 75% de su tiempo a tareas de cuidado y los hombres solo el 24%, por eso se llama doble jornada laboral a la carga de trabajo que adquiere una persona cuando además de contar con un empleo cubre tareas del hogar.⁸

En todo el mundo, las mujeres dedican 2,5 veces más horas al día que los hombres al trabajo doméstico y de cuidados no remunerado (3,1 veces en el África subsahariana y 4,9 veces en el norte de África y Asia occidental) (ONU Mujeres, 2024).

Sin embargo, gracias a una profunda y comprometida lucha en pos de la igualdad real entre varones y mujeres —y minorías de género—, se divisan aires transformadores que lograron visibilizar las tareas de cuidado, concientizar sobre las responsabilidades de los varones, y promover y reforzar políticas de salud y cuidado por parte de los Estados, destinadas a reducir desigualdades estructurales y asumir las responsabilidades a las que se comprometieron respecto de los derechos sociales.

8 www.argentina.gob.ar/sites/default/files/los_cuidados_-_un_sector_economico_estrategico_0.pdf y <https://www.cepal.org/sites/default/files/presentations/valorizacion-economica-trabajo-no-remunerado-hogares-cepal-2021.pdf>

En la última edición de *El progreso en el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible: Panorama de género 2024*, presentado en septiembre de este año por ONU Mujeres y el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, se destaca el progreso alcanzado a escala mundial en materia de igualdad de género y empoderamiento de las mujeres y niñas. En este sentido, se indica que las mujeres ocupan 1 de cada 4 cargos parlamentarios, y que se han promulgado hasta 56 reformas jurídicas que tienen por objetivo cerrar la brecha de género (ONU Mujeres, 2024).

4. Margen de apreciación y control de proporcionalidad

El margen de apreciación puede entenderse como el reducto de discrecionalidad a cargo de los Estados y su existencia tiene fundamento en la ausencia de un consenso entre los diferentes Estados parte sobre distintas cuestiones que impiden la construcción de una regla de interpretación unificada (Barbosa Delgado, 2011: 109 y 110).⁹ El Protocolo 15 que modifica el CEDH y que entró en vigor en agosto de 2021 fortalece la relevancia del principio de subsidiariedad, el margen de apreciación y el control del Tribunal Europeo, añadiendo una referencia explícita en el Preámbulo:

Afirmando que corresponde en primer lugar a las Altas Partes Contratantes, de conformidad con el principio de subsidiariedad, garantizar el respeto de los derechos y libertades definidos en el presente Convenio y en sus protocolos, y que gozan para ello de un margen de apreciación, sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecido por el presente Convenio.

El margen de apreciación está limitado intrínseca y extrínsecamente y solo se aplica en relación con los derechos que pueden ser limitados (Clérico, 2018) (arts. 8 a 12 del Convenio) y no se aplica respecto de los derechos que están protegidos en forma absoluta, como la prohibición de desaparición forzada de personas, la prohibición de la tortura o la prohibición de tratos inhumanos, crueles y degradantes. Los Estados en relación con estas prohibiciones no tienen margen de apreciación.

El tipo de derecho restringido también condiciona la determinación del margen. Al respecto, el TEDH ha ido identificando factores relevantes a los efectos de delimitar el margen de apreciación de los Estados, a saber: el tipo de derecho involucrado, su importancia e intensidad, el objeto de la interferencia, y la existencia o no de un consenso en la materia, el tipo de obligación estatal y el tipo de interés perseguido con la medida (Aldao, 2019).

⁹ En el caso *Handyside v. Reino Unido* (1976), el TEDH estableció la doctrina del margen de apreciación. Allí se estableció que la salvaguarda del Convenio tiene un carácter subsidiario respecto de los sistemas de garantía de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales establecidos por la legislación de cada país. El Convenio reserva, por ello, a los Estados la competencia de legislar en la materia, y confiere a sus órganos un razonable “margen de apreciación” en la aplicación e interpretación de las leyes.

El Tribunal Europeo aclaró en “S. and Marper” (2008) que la amplitud de este margen varía y depende de una serie de factores, como la naturaleza del derecho del Convenio en cuestión, su importancia para el individuo, la naturaleza de la injerencia y el objeto perseguido. Además, precisó que el margen tenderá a ser más estrecho cuando el derecho en cuestión sea crucial para el disfrute efectivo por el individuo de su intimidad o derechos fundamentales y si está en juego una faceta particularmente importante de la existencia o la identidad de un individuo, el margen concedido al Estado será restringido. Sin embargo, aclaró que cuando no exista consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa, ni sobre la importancia relativa del interés en juego ni sobre la mejor manera de protegerlo, el margen será más amplio.

En orden al alcance del margen de apreciación, el TEDH en “Diaconesa” sostuvo que el margen de apreciación del Estado es sustancialmente más estrecho y debe tener razones de mucho peso para la procedencia de las restricciones, cuando estas se aplican a un grupo especialmente vulnerable de la sociedad que ha sufrido una discriminación considerable en el pasado, como las personas con discapacidad o las personas mayores dependientes (TEDH, 2024: párr. 48).

Sentado ello, el límite intrínseco al margen de discrecionalidad de los Estados lo constituyen las obligaciones y deberes adquiridos por los Estados al ratificar los tratados de derechos humanos,¹⁰ y el límite extrínseco es aplicado por las cortes regionales en oportunidad de controlar las decisiones de los tribunales nacionales mediante la utilización del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad como método de corrección de la jurisprudencia internacional de derechos humanos opera como “el límite del límite”¹¹ que controla ese espacio de discrecionalidad reconocido a los Estados. El CEDH no menciona expresamente ese principio, su existencia surge implícita de su texto y el TEDH lo utiliza con frecuencia como fundamento jurídico en sus pronunciamientos.

En efecto, el Convenio establece una serie de exigencias para la limitación de los derechos individuales, en particular, en el artículo 8 aplicable al fallo que se comenta, después del reconocimiento del derecho fundamental (“[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”), prevé un límite basado en el interés general y concretos fines que se consideran admisibles:

10 La Corte IDH es reticente a utilizar la figura del margen de apreciación. En “Barreto Leiva” sostuvo que “[s]i bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso [doble instancia judicial], no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. El Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana. Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso” (Corte IDH, 2009: párr. 90). En este caso, aun ante el reconocimiento de un espacio de implementación nacional de las medidas para el efectivo ejercicio de los derechos humanos, la Corte no renuncia a realizar un control de valoración fáctica y jurídica propio del ejercicio de los derechos humanos.

11 El concepto “límites de los límites” de los derechos fundamentales tiene su origen en el año 1864 cuando Gerber expresó que “los límites a los derechos fundamentales se deben extender sólo a aquello que sea necesario para conseguir la finalidad que los justifica” (cit. por Fernández Nieto, 2008: 61).

[n]o podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto [y] en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

En ese marco, el análisis de proporcionalidad realizado por el TEDH en el caso se dirige a verificar si la limitación del derecho al respeto de la vida privada estaba prevista en la ley, si está justificada en la consecución de alguno de los fines legítimos, y, finalmente, si esa limitación era necesaria en una “sociedad democrática”. En cuanto a esta última referencia, el Tribunal indica que la sociedad democrática, para existir, debe poseer tres elementos esenciales: pluralismo, tolerancia y espíritu abierto (TEDH, 1976: párr. 49) y esa noción de sociedad democrática domina todo el Convenio. La democracia es entendida “como el espacio en el cual se respeta el pluralismo, la tolerancia de las personas, se acatan los derechos humanos, se desarrollan las relaciones de confianza con sus instituciones y se entiende la participación y la libre discusión como factor esencial de legitimidad” (Barbosa Delgado, 2011: 123), y es esa concepción de sociedad la que actúa como parámetro o estándar a la hora de evaluar la legitimidad de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales.

En este punto, resulta clarificador precisar que tanto el margen de apreciación como el análisis sobre la proporcionalidad son la cara y contracara de una misma moneda. En efecto, en el sistema descripto, el análisis de proporcionalidad se vincula directamente con el margen de apreciación nacional, desde que cuanto más amplia sea esa discrecionalidad, más difícil será para el TEDH declarar la vulneración de un derecho con sustento en el principio de proporcionalidad. El Tribunal no realiza una autónoma y completa verificación de la proporcionalidad de una injerencia al derecho al respeto de la vida privada, ya que su análisis se limita al juicio sobre el margen de apreciación del Estado (Fassbender, 1998).

En tales condiciones, el TEDH precisó en la sentencia que lo que está en juego no es la elección entre una asistencia básica o una asistencia adicional más costosa, que, al tratarse de una cuestión de asignación de recursos estatales limitados, entra dentro del margen de apreciación del Estado, sino de garantizar a la demandante el nivel adecuado de cuidados y dignidad, tal como establece la ley y su interpretación a la luz de sus objetivos y principios (TEDH, 2024: párr. 63). Observó que la injerencia fue conforme a derecho, es decir, a la Ley de Discapacidad y la Orden N° 762/1992/2007 y aceptó que perseguía un objetivo legítimo (el bienestar económico del Estado y los intereses de otros usuarios de asistencia) (TEDH, 2024: párr. 53).

Finalmente, examinó si la limitación del derecho era necesaria en una sociedad democrática para la satisfacción de los fines perseguidos, con el alcance expuesto en los párrafos anteriores. A tal efecto, la evaluación se estructuró sobre la base de los derechos de las personas con discapacidad. En particular, precisó que la CDPD de la que es parte el Estado demandado reconoce a las personas con discapacidad como sujetos de pleno derecho y titulares de derechos, y fomenta el respeto de la dignidad, la autonomía individual y la independencia. Destacó que el Estado demandado, como parte de dicho

tratado, ha reconocido la igualdad de derechos de todas las personas con discapacidad y su derecho a un nivel de vida adecuado y a la protección social, y se ha comprometido a adoptar medidas efectivas y pertinentes para ayudar a las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad, así como a garantizar su movilidad personal.

En tal contexto normativo, la denegación de una prestación que había sido concedida anteriormente sin que se haya modificado la situación de discapacidad de la accionante, calificada en todo momento como grave, viola el *corpus* de derechos humanos.

El TEDH descartó que el apoyo de las hijas referido por las autoridades locales resulte un sustituto válido de las obligaciones asumidas por el gobierno, en tanto no fue evaluada su calidad y fiabilidad.

Por lo demás, destacó los derechos en juego como la situación de vulnerabilidad de la actora que requería una protección reforzada, y concluyó que la Comisión y el Tribunal de Apelación no parecen haber alcanzado un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados en juego, tal como exige el artículo 8 del Convenio.

5. Palabras de cierre

Este caso configura un avance en la doctrina sobre el margen de apreciación de los Estados, presentada como una herramienta que permite llenar vacíos ante la falta de consenso entre los Estados sobre diversos aspectos. El TEDH restringe ese reducto de discrecionalidad atribuido a los Estados, teniendo en cuenta la situación de desigualdad estructural de la actora, persona mayor con discapacidad, perteneciente a un grupo históricamente desaventajado (TEDH, 2024: párr. 48),¹² promoviendo la profundización de los compromisos asumidos con los estándares de derechos humanos.

En virtud de ello, los Estados disponen de un estrecho margen de apreciación para disponer restricciones al derecho al cuidado respecto de personas que pertenecen a grupos especialmente vulnerables. Es un precedente relevante,¹³ que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población están en desventaja en el ejercicio de sus derechos y que requieren la adopción de medidas especiales de equiparación (Saba, 2007: 20), lo cual conduce –en definitiva– a la igualdad real entre las personas, como una visión superadora de la de igualdad entendida como no arbitrariedad.

¹² En igual sentido, TEDH, 2016, en el contexto de la discriminación de un niño con discapacidad física; 2010, en el contexto de la restricción del derecho de voto de una persona con discapacidad mental; 2011, en el contexto de la discriminación de una persona con VIH; 2020, en el contexto de la restricción del derecho de un progenitor con una enfermedad mental a mantener contacto con su hijo; y 2022, en el contexto de una persona mayor con discapacidad que solicitaba una prestación médico asistencial.

¹³ En “McDonald”, con un contexto fáctico sustancialmente análogo al presente caso, el Tribunal Europeo no restringió el margen de apreciación en los términos descriptos en relación con el presente caso.

Referencias bibliográficas

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2000). Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. En M. Carbonell, J. C. Parceró y R. Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Abramovich, V. y Courtis, C. (2006). *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Buenos Aires: Ediciones El Puerto.
- Abramovich, V. y Courtis C. (2021). *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. En C. Courtis y R. Ávila (eds.), *La protección de los derechos sociales*. Valencia: Universidad de Valencia.
- Aldao, M. (2019). *Entre la deferencia y la indiferencia: margen de apreciación, democracia y situaciones de vulnerabilidad en la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos*. DOI:10.18601/01229893.n44.03
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2023). *Los sistemas de apoyo para garantizar la inclusión en la comunidad de las personas con discapacidad, entre otras cosas como medio para construir un futuro mejor tras la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19)*, A/HRC/52/52.
- Barbosa Delgado, F. (2011). Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista Derecho del Estado*, (26), 107-135.
- Clérico, L. (2018). *La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes*. *Derechos En Acción*, 7(7). <https://doi.org/10.24215/25251678e153>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990). Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (pár. 1 del art. 2 del Pacto).
- Conferencia Internacional de Derechos Humanos. *Acta Final de la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia de Viena*, A/Conf. 157/23, 12 de julio de 1993.
- Consejo de Derechos Humanos (11 de octubre de 2023). Resolución 54/6. Importancia de los cuidados y el apoyo desde una perspectiva de derechos humanos.
- Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.
- 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.
- Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.
- Corte IDH. *Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Serie C No. 439.
- Escobedo, R. e Izquierdo, M. (2023). *El Índice de Barthel como predictor de fragilidad en el anciano en urgencias*. Santa Cruz de la Palma: ENE.
- Fassbender, B. (1998). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Público*, (5), 51-74.

- Fernández Nieto, J. (2008). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*. Madrid: Dykinson.
- INDEC, Mercado de trabajo. Tasas e indicadores socioeconómicos (EPH) Primer trimestre de 2024. Recuperado de www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/mercado_trabajo_eph_1trim2485E02B3519.pdf
- Juri, Y. E. (2021). Inteligencia artificial y dignidad humana: los desafíos para el derecho. *Justicia & Derecho*, 4(2), 1-12.
- Kina, J. y Rodríguez Pería, M. E. (2022). Título Preliminar. En M. Herrera y N. de la Torre (comps.), *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*. Buenos Aires: Editores del Sur.
- ONU Mujeres (2018). Reconocer, Redistribuir y Reducir el Trabajo de Cuidados. Prácticas Inspiradoras en América Latina y el Caribe. Panamá: ONU Mujeres.
- ONU Mujeres (2024). Progress on the Sustainable Development Goals: The Gender Snapshot 2024.
- Pautassi, L. (2007). El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos. Serie Mujer y Desarrollo n° 57. CEPAL.
- Pautassi, L. (2023). *De la polisemia a la norma. El derecho humano al cuidado*. Buenos Aires: Fundación Medifé Edita.
- Saba, R. (2007). (Des)igualdad estructural. En M. Alegre y R. Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires: Lexis Nexis.
- TEDH. *Case of Handyside v. The United Kingdom*, Court (Plenary), 7 de diciembre de 1976.
- TEDH. *Case of Pretty v. The United Kingdom*, Court (Fourth Section), 29 de abril de 2002.
- TEDH. *Sentges v. The Netherlands*, Court (Second Section), 8 de julio de 2003.
- TEDH. *Case of S. and Marper v. The United Kingdom*, Court (Grand Chamber), 4 de diciembre de 2008.
- TEDH. *Case of Alajos Kiss v. Hungary*, Court (Second Section), 20 de mayo de 2010.
- TEDH. *Case of Kiyutin v. Russia*, Court (First Section), 10 de marzo de 2011.
- TEDH. *Case of McDonald v. The United Kingdom*, Court (Fourth Section), 20 de mayo de 2014.
- TEDH. *Case of Gubernia v. Croatia*, Court (Second Section), 22 de marzo de 2016.
- TEDH. *Case of Cînța v. Romania*, Court (Fourth Section), 18 de febrero de 2020.
- TEDH. *Case of Jivan v. Romania*, Court (Fourth Section), 8 de febrero de 2022.
- TEDH. *Case of Diaconeasa v. Romania*, Court (Fourth Section), 20 de febrero de 2024.