

Do Algoritmo à Exploração do Trabalho: A Nova Arquitetura da Precarização Laboral no Capitalismo de Plataformas e Seus Impactos na Saúde dos Trabalhadores

From the Algorithm to Labor Exploitation: The New Architecture of Labor Precarization in Platform Capitalism and Its Impacts on Workers' Health

Del algoritmo a la explotación laboral: la nueva arquitectura de la precarización del trabajo en el capitalismo de plataformas y sus impactos en la salud de los trabajadores

Marcelo José Ferlin D'Ambroso¹; Rosane Teresinha Carvalho Porto²; Rodrigo Leventi Guimarães³

1 Desembargador do Trabalho (Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – Porto Alegre/RS - Brasil); ex-Procurador do Trabalho (Ministério Público do Trabalho, Brasil); ex-Presidente Fundador e atual Presidente de Honra do IPEATRA (Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho - Brasil); Membro da AJD (Associação Juizes para a Democracia – Brasil); Membro Honorário do IAB (Instituto dos Advogados do Brasil); Doutor em Ciências Jurídicas; Pós-doutorando em Direitos Humanos; Mestre em Direito Penal Econômico; Mestre em Direitos Humanos; Professor da 2ª Cátedra Presidente Lula (Instituto Lula, Brasil); Professor convidado de pós-graduação em diversas Universidades. E-mail: marcelo.dambroso@trt4.jus.br. <https://orcid.org/0000-0002-1006-1996>.

2 Pós-Doutora pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2016), instituição na qual também obteve, em 2008, o título de Mestre em Direito. Pós-doutora pela Universidade Federal do RJ (UFRJ). Professora Permanente na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, lecionando na graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica Direitos Humanos (CNPq). Pesquisadora Recém-Doutora ARD-FAPERGS (Edital 10/2020). Pesquisadora Gaúcha-PQG-FAPERGS 2024-2027 (Edital 09/2023). Integra junto à FAPERGS a Comissão Assessora para Equidade, Diversidade e Inclusão. E-mail: rosane.cp@unijui.edu.br. <https://orcid.org/0000-0002-1875-5079>.

3 Professor no Ensino Superior. Doutor em Direitos pela UNIJUÍ/RS, Especialista em Direito Penal e Processual Penal; Especialista em Direito Civil e Processual Civil; Master Business Administration em Gestão de Instituições Públicas. Promotor de Justiça do Ministério Público de Rondônia. Promotor de Justiça Eleitoral (2012, 2016, 2020 e 2024). Tem experiência em Administração Pública e Judiciário. E-mail: rodrigo.guimaraes@sou.unijui.edu.br. <https://orcid.org/0000-0003-3003-5661>.

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2026\)09](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2026)09)**Fecha de recepción:** 01.05.2026**Fecha de aceptación:** 17.05.2026**RESUMO:**

O artigo analisa a exploração e a precarização do trabalho no contexto do capitalismo de plataformas digitais e seus impactos na saúde dos trabalhadores. Sob perspectiva crítica dos direitos humanos, examina-se a reconfiguração das relações laborais, caracterizada pela expansão do trabalho mediado por aplicativos, pela formação do precariado digital e pela falsa autonomia diante do controle algorítmico. Discute-se como a gestão automatizada, a vigilância constante, a instabilidade remuneratória e a intensificação produtiva contribuem para a supressão de direitos sociais e para o adoecimento físico e psíquico. Problematisa-se a relação entre algoritmo, exploração laboral e riscos à saúde do trabalhador. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa, revisão bibliográfica e análise de normas nacionais e internacionais sobre trabalho digno, proteção social e direito à saúde laboral.

RESUMEN:

Este artículo analiza la explotación y la precariedad laboral en el contexto del capitalismo de plataformas digitales y sus impactos en la salud de los trabajadores. Desde una perspectiva crítica de derechos humanos, examina la reconfiguración de las relaciones laborales, marcada por la expansión del trabajo mediado por aplicaciones, la formación del precariado digital y la falsa autonomía frente al control algorítmico. Analiza cómo la gestión automatizada, la vigilancia constante, la inestabilidad salarial y el aumento de la productividad contribuyen a la supresión de los derechos sociales y a la aparición de enfermedades físicas y mentales. Se problematiza la relación entre algoritmos, explotación laboral y riesgos para la salud de los trabajadores. Se utiliza el método hipotético-deductivo, con un enfoque cualitativo, una revisión bibliográfica y un análisis de las normas nacionales e internacionales sobre trabajo decente, protección social y el derecho a la salud ocupacional.

ABSTRACT

This article analyzes the exploitation and precariousness of labor in the context of digital platform capitalism and its impacts on workers' health. From a critical human rights perspective, it examines the reconfiguration of labor relations, marked by the expansion of app-mediated work, the formation of the digital precariat, and the false autonomy in the face of algorithmic control. It discusses how automated management, constant surveillance, wage instability, and increased productivity contribute to the suppression of social rights and to physical and mental illness. The relationship between algorithms, labor exploitation, and risks to worker health is problematized. The hypothetical-deductive method is used, with a qualitative approach, bibliographic review, and analysis of national and international norms on decent work, social protection, and the right to occupational health.

PALAVRAS-CHAVE: algoritmo; precarização laboral; capitalismo de plataformas; saúde do trabalhador; direitos humanos do trabalho.

PALABRAS CLAVE: algoritmo; inseguridad laboral; capitalismo de plataformas; salud del trabajador; derechos humanos laborales.

KEY WORDS: algorithm; job insecurity; platform capitalism; worker health; human rights at work.

I. Introdução

Nas últimas décadas, as plataformas digitais operadas pelas *big techs* produziram transformações na organização do trabalho, instaurando novos modelos de exploração econômica e redesenhando a relação jurídica entre empregadores, trabalhadores e Estado. Essa dinâmica, mediada por algoritmos, inteligências artificiais e plataformas digitais, eleva a tensão entre inovação tecnológica e proteção social do sujeito platformizado, que, mesmo classificado como “empreendedor” ou “autônomo”, frequentemente trabalha sob jornadas extensas sem as garantias mínimas previstas no direito do trabalho e nos tratados internacionais de direitos humanos. A denominação “uberização” do trabalho passou a designar esse fenômeno estrutural de precarização, caracterizado pela transferência dos riscos econômicos ao trabalhador e pelo controle algorítmico das condições de prestação de serviços (Antunes, 2018; Vandaele, 2018).

A pergunta de pesquisa que orienta este artigo é: de que modo a organização do trabalho mediado por plataformas digitais, estruturada em torno da gestão algorítmica e da vigilância permanente, contribui para a precarização das condições laborais e para a deterioração da saúde física e mental dos trabalhadores? Essa questão se situa na intersecção do direito do trabalho, da saúde pública e dos direitos humanos, e exige análise que articule a dogmática jurídica trabalhista — incluindo os requisitos legais da relação empregatícia e a jurisprudência dos tribunais superiores — com dados empíricos sobre as condições de saúde dos trabalhadores de plataformas.

Os trabalhadores de plataformas estão expostos a um conjunto de riscos ocupacionais, como instabilidade salarial estrutural, diluição da fronteira entre tempo de trabalho e tempo de repouso, avaliação por sistemas algorítmicos opacos, ausência de mecanismos de proteção e vulnerabilidade a agravos à saúde mental e física. Entre esses agravos, destaca-se a síndrome de burnout, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) na Classificação Internacional de Doenças (CID-11, código QD85) como fenômeno ocupacional resultante de estresse crônico no trabalho não gerenciado. No contexto do trabalho platformizado, a inexistência de limites claros de jornada e a pressão permanente por avaliações positivas de clientes constituem fatores de risco particularmente relevantes para o desenvolvimento desse quadro clínico (Salvagni; Veronese; Figaro, 2025). A ausência de reconhecimento institucional desses agravos como doenças ocupacionais agrava a invisibilidade dos trabalhadores platformizados perante os sistemas públicos de proteção à saúde.

O presente artigo tem como objetivo geral analisar a relação entre a exploração e precarização do trabalho, decorrente da ascensão do capitalismo de plataformas digitais, e os impactos nas organizações laborais e na saúde do trabalhador. Sob perspectiva crí-

tica dos direitos humanos, examina-se a reconfiguração das relações laborais marcada pela expansão do trabalho mediado por aplicativos, pela formação do precariado digital e pelo controle algorítmico. Analisa-se como a gestão automatizada, a vigilância digital permanente, a instabilidade remuneratória e a intensificação produtiva contribuem para a supressão de direitos sociais e para o adoecimento físico e psíquico dos trabalhadores. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa, revisão bibliográfica e análise de normas nacionais e internacionais sobre trabalho digno, proteção social e direito à saúde laboral.

O artigo organiza-se em cinco seções. A Seção II examina o mundo do trabalho e a lógica destrutiva do capital nas relações laborais contemporâneas. A Seção III analisa a reconfiguração do trabalho e a construção do precariado digital sob o capitalismo de plataformas. A Seção IV discute a ilusão da autonomia diante do controle algorítmico, com atenção especial aos requisitos da relação empregatícia previstos no art. 3º da CLT e à jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre plataformização. A Seção V examina os impactos da precarização do trabalho em plataformas sobre a saúde dos trabalhadores, com dados de pesquisas nacionais e internacionais. Por fim, apresentam-se as conclusões e propõem-se direções para a regulação efetiva do trabalho plataformizado no Brasil e no plano internacional.

II. Mundo do Trabalho e a Lógica Destrutiva do Capital nas Relações Laborais

Num contexto global caracterizado pela lógica destrutiva do capital, que se expande devorando o trabalho vivo e alimenta um exército de reserva, bilhões de pessoas, já no século XXI, dependem exclusivamente do labor para sobreviver. Confrontam-se, porém, com vínculos cada vez mais instáveis, condições precárias ou, diretamente, com o flagelo do desemprego, enquanto assistem à corrosão de seus direitos sociais e à erosão de conquistas históricas (Antunes, 2018).

Crises econômicas, sanitárias, sociais, políticas e tecnológicas remodelam, simultaneamente, o cenário laboral contemporâneo. Nesse contexto, parcela expressiva da mão de obra tem acesso apenas a ocupações temporárias, desregulamentadas e de elevada intensidade, o que enfraquece direitos trabalhistas e compromete a saúde dos trabalhadores (Antunes, 2018).

Em um entrelaçar de fatores diversos, Fígaro (2008, p. 92) concebe o “mundo do trabalho” como a interação dialética entre a atividade humana, o ambiente em que ela ocorre, as normas que a regem, os produtos resultantes, os discursos trocados, as técnicas e tecnologias que a sustentam, além das culturas, identidades, subjetividades e redes de comunicação constituídas nesse processo.

A expressão “mundo do trabalho”, portanto, alcança grande relevância social ao abranger conceitos correlatos, como mercado laboral, múltiplas formas de contratação, cultura organizacional, remuneração, legislação, impactos tecnológicos, saúde mental, capital e outros, que se articulam para moldar a experiência de quem trabalha (Antunes, 2025). Investigar o sentido do trabalho requer articular valores e conceitos a partir das transformações laborais que, ao intensificarem a precarização, expandem o “universo do não trabalho, ou seja, o mundo do desemprego” (Antunes, 2005). O vocábulo trabalho reúne acepções diversas, ou seja, pode indicar tanto a criação de uma obra socialmente reconhecida quanto o esforço rotineiro e repetitivo da força de trabalho (Albornoz, 1994).

Em *O Capital*, Marx descreve o labor como “condição de existência humana, independente de quaisquer formas sociais; necessidade natural permanente que viabiliza o metabolismo entre o ser humano e a natureza e, assim, a própria vida” (Marx, 2013 apud Antunes, 2005, p. 255). Por seu turno, Federici (2018, p. 8) reforça essa leitura ao afirmar que o trabalho humano permanece “a principal fonte de produção de riqueza — sobretudo na sociedade capitalista — e o núcleo da acumulação de capital”. Inserido nesse percurso histórico, o trabalho parece se configurar como arena de luta de classes, em que o proletariado enfrenta o capital na tentativa de pôr fim à exploração (Federici, 2018).

Quando a “pauperização absoluta do proletariado” se intensificou, exigiu-se do Estado social que assumisse responsabilidades diretas sobre a força de trabalho: fixação de pisos salariais, limitação da jornada e criação de salvaguardas jurídicas para sindicatos e formas de autodefesa operária. Ao mesmo tempo, competia-lhe preservar a própria ordem capitalista, garantindo mercado e lucros acelerados. Buscava-se, em síntese, estabelecer freios ao fosso entre ricos e pobres, capital e trabalho. Na atual “modernidade líquida”, marcada por vínculos frágeis, incertezas e desterritorialização, o proletariado deixa de atuar como sujeito coletivo de combate e vê surgir o seu herdeiro: o precariado (Bauman; Donskis, 2014, p. 82-83). A precarização assume feições inéditas e provoca “crises da subjetividade humana” sob um capitalismo de viés manipulatório, que redefine o lugar de quem trabalha (Alves, 2011). O precariado personifica o desmonte das salvaguardas jurídicas erigidas em torno do labor: fruto da ação do Estado neoliberal sob pressão do capital global financeirizado, reúne pessoas privadas de emprego estável, remuneração adequada e proteção no mercado laboral (Cruz; Porto, 2022).

Antunes sustenta que o capitalismo devora a força de trabalho, consumindo corpo e alma do trabalhador. Kurz, em contraste, declara extinta a classe operária e, com ela, qualquer possibilidade de resistência; Antunes, porém, alinha-se a Mészáros, para quem, mesmo sob crise estrutural, o trabalhador continua sujeito histórico capaz de transformar a realidade (Oliveira, 2025).

A intensificação do trabalho mediado por plataformas digitais desloca a fronteira entre tempo de vida e tempo produtivo: a força laboral deixa de compor apenas um exército industrial de reserva e torna-se população permanentemente conectada, remunerada por tarefa e privada de mediações coletivas (Antunes, 2025).

Conforme Fortes (2012, p. 114), o trabalhador, visto hoje de forma isolada, desponta como fenômeno recente nas relações laborais. Não se trata apenas de fragmentar a antiga “massa” indiferenciada e observar cada parte de maneira estanque; há algo mais profundo. Nos “ambientes pós-tayloristas e pós-fordistas”, o olhar dirigido ao indivíduo revela uma tessitura complexa: ele passa a ser percebido simultaneamente como foco de questões singulares e como portador de capacidades únicas para enfrentar e solucionar problemas. Ao mesmo tempo, as mudanças já em curso nos regimes de propriedade, nos métodos de produção e nas formas de trabalho exigem atenção. Resta saber se essas novas modalidades evitarão reproduzir a mesma perversa lógica de insustentabilidade que marcou os modelos econômicos anteriores e vigentes.

Nesse arranjo, a ficção do “empreendedor independente” oculta a subordinação real e transfere o risco econômico ao trabalhador, ao passo que o capital controla ritmo, remuneração e sanções por meio de algoritmos (Oliveira, 2025). A centralidade clássica da

fábrica é, assim, substituída por uma malha distributiva que dificulta a auto-organização da classe e prepara o cenário para o cerceamento da mobilidade biopolítica descrito por Negri.

Negri (1993) examina a economia globalizada que restringe a mobilidade biopolítica do trabalhador e, assim, facilita sua exploração. Desse quadro emerge o que Bauman (2014) denomina “vidas redundantes”, figura próxima ao homo sacer descrito por Agamben (2002), existência simultaneamente matável e insacrável sob poder soberano. Na mesma linha, Toussaint (2012) denuncia um sistema que, em nome do neoliberalismo, esvazia conquistas de trabalhadores e grupos oprimidos. Zaffaroni (2016) observa o recuo do Estado como mediador entre capital e trabalho, fenômeno que se agrava diante do capital financeiro anônimo e volátil, enquanto Fariñas Dulce (2005) assinala a falácia de um mercado destituído de cidadania. No conjunto, tais leituras apontam para uma concepção contratualista que favorece a execução de contratos em proveito do capital e perpetua a assimetria de poder nas relações laborais (Deleuze, 2017).

A reconfiguração do trabalho sob o domínio e ascensão do capitalismo de plataformas tem construído ou tornado o sujeito plataformizado um precariado digital, como se analisará em seguida.

III. A Reconfiguração do Trabalho e a Construção do Precariado⁴ Digital sob o Domínio e Ascensão do Capitalismo de Plataformas

O capitalismo de plataformas corresponde a um modelo de negócios que opera através de plataformas digitais, aplicativos que criam ambientes digitais combinando o uso de algoritmos, inteligências artificiais (IAs) e novas tecnologias de informação e comunicação⁵. Neste modelo de negócios, quando aplicado às relações de trabalho, as empresas se utilizam dessas plataformas/aplicativos para explorar nichos de prestação de serviços. O tipo mais comum é a plataforma que realiza a conexão entre pessoas trabalhadoras, fornecedoras de serviços ou produtos a empregadores, usuários e consumidores (como Uber, 99, iFood etc.). Também existem empresas de *crowdworking*⁶ (trabalho em multidão – em livre tradução), que mantêm plataformas de trabalho correspondentes a uma terceirização *online*, mediante uma espécie de captação eletrônica para oferecer a prestação de serviços obtidos em rede (pulverização do trabalho a inúmeras pessoas trabalhadoras de diversos lugares/países), o que é feito com pagamento por tarefa executada, para serviços específicos ou microtabalhos (como criação de conteúdo digital; transcrição de áudios para texto; digitação; tradução; conferência e correção de tarefas executadas por inteligência artificial; elaboração de textos e artigos; dar *likes* em *posts*, vídeos; opinar e avaliar anúncios e produtos; seguir pessoas, entidades e empresas; analisar e avaliar músicas; responder pesquisas e até mesmo promoção de vendas etc.⁷).

4 O termo “precariado” foi criado por Guy Standing referindo-se ao proletariado precário, como uma nova classe de pessoas trabalhadoras sem identidade laboral, em condições de vulnerabilidade e desprovida do que ele denomina sete formas de garantia e segurança laboral (segurança no emprego, segurança no trabalho, segurança nos ingressos, garantia do vínculo laboral, garantia do mercado de trabalho, garantia da reprodução das habilidades, garantia de representação). O autor sustenta que se trata de uma classe não homogênea, desprovida de um sentido de pertencimento a uma classe trabalhadora solidária. (Standing, 2014: 28-33)

5 Também conhecidas como tecnologias de informação e comunicação (TICs).

6 Existem inúmeros exemplos, como a Amazon Mechanical Turk, a AppJobs, JustRemote, Gigwalk.com, Wrapify, Swagbucks, Medium.com, Respondent etc., empresas que oferecem multiplicidade de serviços às pessoas dispostas a se engajarem nas tarefas/serviços elencados nas respectivas plataformas.

7 Praticamente não há limites para o que pode ser “terceirizado” via plataformas de *crowdworking*.

Vandaele define as plataformas de trabalho digital como atores econômicos que oferecem espaços virtuais para a combinação de oferta e demanda de trabalho através de tecnologias *online* baseadas em gerenciamento algorítmico. Segundo o autor, a gestão algorítmica permite maior rastreamento e disciplina das pessoas trabalhadoras, contornando ou diretamente violando as normas trabalhistas e de saúde e segurança no trabalho. Vandaele denuncia que a extração, análise e utilização de dados como matéria-prima através dos meios de gestão digitalizados transforma a organização do trabalho, podendo gerar riscos de discriminação, violência física e psicossocial e assédio, especialmente entre pessoas mais vulneráveis como mulheres, migrantes ou jovens. (Vandaele, 2018: 5)

Assim, os algoritmos, as IAs e as plataformas são os meios de produção da era digital, propriedade das multinacionais que os desenvolvem e sustentam. As pessoas trabalhadoras, por sua vez, são chamadas a “empreender” sua força de trabalho nestes domínios, prestando serviços no modelo de “trabalho zero horas”, ou seja, através da remuneração apenas do tempo efetivamente trabalhado e sem nenhum direito, garantia ou previdência social. Trata-se de mais uma alteração no processo de organização do trabalho no sistema capitalista, agora mais conhecido por “uberização”⁸ das relações de trabalho, sob a ideia de cinco zeros: “trabalho zero horas”, zero sindicatos, zero formalização, zero direitos e zero indenizações. Porque neste modelo de uberização⁹ não há possibilidade de solidariedade entre as pessoas trabalhadoras: as que se dedicam a um aplicativo ou plataforma não costumam se conhecer nem se encontrar, na medida em que se trata de um trabalho deslocalizado. Ainda, são subjetivadas a não se ver nem se perceber como trabalhadores e trabalhadoras; no entanto, podem se identificar como colaboradoras autônomas ou até como empresas de si mesmas (como no caso de MEIs – microempresas individuais).

Portanto, as características principais das plataformas digitais de trabalho envolvem a adoção do modelo de trabalho zero-horas (remuneração exclusiva por tarefa, serviço prestado), com flexibilidade de horário mas não de jornada – que é inclusive intensificada –, baixo custo (através de redução ilícita de custos laborais, principalmente da remuneração do trabalho e encargos sociais), e o próprio ambiente digital “gamificado”¹⁰ para engajamento e prestação dos serviços (na captação, execução e entrega) na modalidade pretensamente “autônoma”¹¹. Com a intensificação da jornada de trabalho acompanhada de eliminação ou redução ilícita de direitos e garantias, inviabilização ou fragilização

8 A empresa Uber, que se tornou a plataforma global mais utilizada para o serviço de transporte de pessoas, deu origem ao que se denomina “uberização”, como uma nova modalidade de organização do trabalho anarcocapitalista. A uberização se refere ao uso deste modelo de negócios nas relações de trabalho (implantação do trabalho zero hora) com profundo impacto nos Direitos Humanos do Trabalho, promovendo alto grau de precarização e eliminação ilegal de direitos, caracterizada pela desregulamentação ou flexibilização excessiva das relações laborais.

9 Na década de 1970, o modelo toyotista de produção (do *just in time*), em substituição ao modelo fordista, se acoplou perfeitamente à ascensão do neoliberalismo como modelo hegemônico, promovendo redução de custos, aumento da produtividade e garantia de lucros do capital mediante a entrega do serviço ou produto somente na medida da demanda. Agora, é certo que o modelo “Uber” de produção se acopla ao ultraneoliberalismo – em direção ao anarcocapitalismo –, para eliminação do controle/fiscalização do Estado sobre o modelo de negócio, sobre as relações de trabalho, sobre o meio ambiente etc., que passam a estar sujeitos exclusivamente às leis algorítmicas do mercado digital que regularão a oferta, demanda e remuneração de serviços, sem direitos sociais ou ambientais, em busca exclusiva do aumento exponencial de lucros e redução de custos.

10 Em referência à “gamificação” das relações de trabalho, isto é, à aplicação de técnicas e dinâmicas de jogos lúdicos no formato eletrônico para motivar as pessoas trabalhadoras mediante critérios de pontuações, recompensas, competições etc., sempre em busca de maior produtividade, resultando em jornadas mais intensas.

11 Não obstante, não há, absolutamente, nenhuma autonomia na execução de serviços, completamente subordinada e controlada pela plataforma, aplicativo, algoritmo, IA.

da organização sindical, disseminam-se contratos laborais digitais precários.

Como contratos precários, entende-se a intermediação da oferta e da demanda por trabalho, nas condições acima expostas, através da utilização de plataformas digitais que operam uma “adesão digital” das pessoas trabalhadoras para engajamento no trabalho ofertado. Com isto, as empresas donas das plataformas assumem o papel de “meras mediadoras”, mascarando/dissimulando a figura do empregador e a do empregado para elidir a visualização da relação de emprego direta com as pessoas trabalhadoras, denominadas “autônomas”, “colaboradoras”, “contratadas”, “empreendedoras” etc. Esta burla da legislação trabalhista configura uma fraude que usurpa a proteção constitucional-legal e social tradicionalmente assegurada a trabalhadores e trabalhadoras.

Por este sistema ardiloso, vai se desenhando um cenário de absoluta precarização do trabalho, convertendo a classe trabalhadora, outrora protegida pela legislação social garantidora de Direitos Humanos do Trabalho, em uma massa de precariado – gente sem direitos nem garantias, escassamente remunerada e sujeita a vastas e intensas jornadas de trabalho para auferir renda mínima de subsistência ou complementação de renda (no contexto de empregos cada vez menos remunerados e mais instáveis). É neste âmbito que opera o capitalismo de plataformas, como fruto da 4ª revolução industrial (ou tecnológica), promovendo a destruição do Direito do Trabalho como conhecemos até aqui, em um processo desenfreado de precarização laboral, mediante a substituição das normas jurídicas laborais por regras tecnológicas¹² – algorítmicas e digitais –, que buscam somente o lucro, atropelando direitos e garantias fundamentais.

IV. A Ilusão da “Autonomia” Frente ao Controle Algorítmico

A fraude trabalhista do capitalismo de plataformas não se concretiza sem o convencimento: as plataformas digitais propagam o discurso empreendedor do Consenso do Vale do Silício¹³, apresentando às pessoas trabalhadoras a ilusão da “autonomia” e da “liberdade” de trabalho. No entanto, após o engajamento, a pessoa é submetida a um rígido controle algorítmico (a nova forma de subordinação do contrato de trabalho digital) ao estilo “gamificado”, que define a tarefa a ser realizada, a forma de sua execução, os preços a serem cobrados e o nível de satisfação da clientela (que avalia *online* o serviço

12 Segundo a maior ou menor receptividade estatal do modelo de negócio das plataformas no território onde operam. A dinâmica exitosa de subjetivação do capitalismo tecnológico penetra fundo nas diversas camadas sociais, atingindo também membros dos Poderes e toda sorte de agentes estatais que, seduzidos pela “novidade”, tendem a sucumbir ao discurso das *big techs* e ao encantamento tecnológico. É neste momento que aplicar a lei, ao invés de certeza, passa à condição de dúvida e, com isso, abre-se o limbo perfeito da superexploração da classe trabalhadora pelas plataformas digitais juntamente com o espaço para fazer *lobby* nos parlamentos e governos pressionando por novas normas (de desregulação ou flexibilização) favoráveis ao seu modelo de negócio. Namberger, em referência a León-Rosen, denomina de “tech-infatuated smart State” (Estado esperto enfeitado pela tecnologia, livre tradução) à tendência do Poder Público de oferecer ao capital tecnológico condições acolhedoras e se predispor a “reformas regulatórias como inovação econômica” ou “regulamentos inteligentes”, desprezando a ordem jurídica existente. (Namberger, 2024: 208; 216-218)

13 O Consenso do Vale do Silício se refere ao pensamento econômico, cultural e tecnológico dominante na região do Vale do Silício (Califórnia – Estados Unidos), que concentra inúmeras empresas de tecnologia. A ideologia californiana do Vale do Silício, tendo por base o Consenso de Washington, destaca a inovação, o empreendedorismo e a criação de novas tecnologias, com a premissa de resolutividade tecnológica dos problemas mundiais. No entanto, a realidade social gerada pelas novas tecnologias é bem diversa e o Consenso do Vale do Silício foi denunciado, entre outros autores, por Cédric Durand, como uma espécie de metástase do Consenso de Washington, gerando uma progressiva desigualdade econômica e uma perversa concentração da riqueza e poder em um pequeno número de empresas e indivíduos ligados à tecnologia. Durand denomina isso de “tecnofeudalismo”, uma nova forma de feudalismo em que um pequeno grupo de elites tecnológicas controla a sociedade. Em sua obra *Tecnofeudalismo: crítica de la economía digital*, Durand derruba o mito tecnológico denunciando a regressão promovida pelas novas tecnologias, que, ao revés de entregar progresso e inovação, instalam uma economia baseada na dominação e desigualdade social comandada por tecno-oligarcas que auferem lucros estratosféricos às custas de um processo de acumulação primitiva de dados. (Durand, 2021)

prestado) que, por sua vez, dentre outros critérios eleitos pela plataforma, determina a permanência ou não da pessoa no trabalho.

Na pulverização do trabalho e dissimulação das figuras de empregador e empregado, que fragmentam as relações de trabalho digitais, com a lógica da subordinação (controle) algorítmico, vai se dissipando a consciência de classe, criando embaraços quase intransponíveis para a organização coletiva e luta pela melhoria das condições de trabalho, colocando em xeque a perspectiva do trabalho do futuro: cada vez mais escasso, mal remunerado, sem garantias, temporário, exaustivo e precário.

A escassa remuneração do serviço, por sua vez, acompanhada da prática ilegal e autoritária de não reconhecimento de direitos e garantias às pessoas empregadas por parte das plataformas, produz duas situações: a intensificação do trabalho, demandando jornadas mais extensas e com maior produtividade para obtenção de remuneração minimamente satisfatória (ou nem isso); e o discurso de “necessidade” de regulamentação. Ou seja, ao invés do Estado compelir as plataformas digitais ao cumprimento da legislação trabalhista, embarca na armadilha do capitalismo tecnológico para desregulamentar ou flexibilizar indevidamente as relações de trabalho. Assim, as normas laborais são recriadas, com o forte *lobby* das plataformas junto aos governos e parlamentos, desde uma perspectiva negativa para a classe trabalhadora desmobilizada, que assiste seus direitos fundamentais desidratarem e desaparecerem na prática das relações laborais digitais.

Do ponto de vista da dogmática trabalhista brasileira, a qualificação jurídica da relação entre plataformas e trabalhadores exige exame à luz do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que define como empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (Brasil, 1943). Antunes sustenta que as plataformas digitais deliberadamente se recusam a reconhecer esses vínculos, empregando sem declarar que há empregados, assalariando sem admitir o assalariamento e proletarizando sem nomear a proletarianização — estratégia que tem por finalidade explícita contornar a legislação protetora do trabalho (Oliveira, 2025).

Dados do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea), apresentados por Oliveira (2025), mostram os efeitos práticos dessa recusa: o número de trabalhadores autônomos no transporte de passageiros passou de 400 mil em 2012 para 1 milhão em 2022, enquanto a remuneração média mensal caiu de R\$ 3.100 para R\$ 2.400 no mesmo período. A esse quadro remuneratório soma-se uma jornada que ultrapassa dez horas diárias, ocupando toda a semana, na ausência das garantias formais do trabalho regulamentado. Para Antunes, trata-se de um retorno às condições de exploração do século XIX, agora mediadas por tecnologia (Oliveira, 2025).

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) tem produzido jurisprudência não uniforme sobre o vínculo empregatício entre trabalhadores de plataformas e empresas como a Uber. Em decisão paradigmática de setembro de 2023, a 2ª Turma do TST reconheceu o vínculo de emprego entre um ciclista entregador e a Uber Eats, fundamentando que o modelo de gestão por gamificação e a subordinação pelo algoritmo configuram os requisitos do art. 3º da CLT, em especial a subordinação jurídica (TST, RR-536-45.2021.5.09.0892, 2ª Turma, Rel. Des. Conv. Margareth Rodrigues Costa, DEJT 29/09/2023).

A questão, contudo, permanece controvertida entre as Turmas do TST, havendo decisões em sentido contrário, e aguarda definição uniformizadora pelo Supremo Tribunal Federal no RE 1.446.336 (Tema 1.291 da Repercussão Geral), de relatoria do Ministro Edson Fachin, cujo mérito ainda não foi julgado. No âmbito do STF, o julgamento da ADPF 449, em 2019, ao declarar constitucional a regulamentação municipal do serviço de transporte individual por aplicativos, assentou que a atividade econômica das plataformas está sujeita ao ordenamento jurídico vigente (STF, ADPF 449/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, j. 09/05/2019).

No plano legislativo, o Projeto de Lei Complementar nº 12/2024, apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, propõe garantias mínimas para trabalhadores de plataformas de transporte, incluindo remuneração mínima por hora efetiva e cobertura previdenciária, sem reconhecer vínculo empregatício. O projeto permanecia em tramitação na Câmara dos Deputados até a conclusão deste estudo (Brasil, 2024).

A resistência das plataformas em reconhecer a relação de emprego não é meramente uma estratégia jurídica: é constitutiva de seu modelo de negócios. Ao classificar trabalhadores como “autônomos” ou “parceiros”, as plataformas transferem ao trabalhador a integralidade dos custos e riscos da atividade, mantendo controle efetivo sobre as condições de prestação de serviços por meio de algoritmos opacos. Essa dissimulação da relação de emprego configura fraude às disposições da CLT e às normas constitucionais de proteção ao trabalho previstas no art. 7º da Constituição Federal de 1988. A vigilância algorítmica contínua, por meio de avaliações de usuários, monitoramento de GPS, análise de tempo de resposta e sistemas automáticos de punição, constitui, em si, elemento configurador da subordinação jurídica e, concomitantemente, fator de risco à saúde mental dos trabalhadores, conforme se analisará na seção seguinte.

V. Precarização do Trabalho em Plataformas e os Impactos na Saúde dos Trabalhadores

No contexto do capitalismo de plataformas digitais, a intensificação da precarização do trabalho não produz apenas efeitos econômicos e jurídicos, mas repercute diretamente na saúde dos trabalhadores. A organização do trabalho mediada por tecnologias digitais — especialmente sob a lógica da gestão algorítmica, da financeirização e da “dataficação” — impõe condições que potencializam riscos ocupacionais e fragilizam mecanismos tradicionais de proteção à saúde. Dardot e Laval (2017) demonstram que a racionalidade neoliberal não apenas organiza o ambiente externo do trabalho, mas reestrutura a subjetividade dos trabalhadores, induzindo-os a internalizar a lógica competitiva, a autoexploração e o gerenciamento permanente de seu próprio desempenho. No contexto do trabalho plataformizado, isso se manifesta no “empreendedorismo de si”, que transfere riscos e incertezas do capital ao trabalhador enquanto mantém controle efetivo sobre a execução dos serviços. Os estudos sobre saúde e segurança no trabalho mediado por plataformas digitais ainda se encontram em desenvolvimento no Brasil, em razão da relativa recente emergência desse fenômeno, mas já apontam padrões consistentes de vulnerabilidade (Salvagni; Veronese; Figaro, 2025).

No caso dos trabalhadores de aplicativos de entrega, observa-se a necessidade constante de interpretar mudanças em tarifas e incentivos, lidar com a imprevisibilidade das demandas e, frequentemente, negligenciar necessidades fisiológicas básicas em razão da lógica produtiva imposta. Sob a ótica da Saúde do Trabalhador, o processo saúde-doença está diretamente vinculado às condições e à organização do trabalho. No âmbito

da plataformização, a ausência de vínculos formais, a instabilidade de rendimentos e a transferência dos riscos econômicos ao indivíduo configuram ambiente laboral marcado pela intensificação do trabalho e pela insegurança estrutural (Souza; Abagaro, 2021).

A remuneração baseada em tarefas, associada à necessidade de prolongamento das jornadas para garantir renda mínima, resulta em sobrecarga física e desgaste contínuo. A indefinição entre tempo de trabalho e de descanso compromete a recuperação do trabalhador e favorece o surgimento de agravos à saúde. Dados do relatório Fairwork Brasil 2021 indicam que nenhuma das principais plataformas operantes no país alcançou pontuação máxima em qualquer dos cinco princípios avaliados — remuneração justa, condições justas, contratos justos, gestão justa e representação justa — e que 58% dos entregadores entrevistados não recebiam remuneração suficiente para atingir o salário mínimo nacional quando contabilizados os custos operacionais (combustível, manutenção e celular), dado que evidencia a precariedade remuneratória como determinante de saúde (Fairwork, 2022).

Do ponto de vista psicossocial, o modelo está associado ao sofrimento psíquico decorrente da instabilidade, da pressão por desempenho e da vigilância algorítmica permanente. A síndrome de burnout — ou esgotamento profissional —, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde na Classificação Internacional de Doenças (CID-11, código QD85) como fenômeno ocupacional resultante de estresse crônico no trabalho não gerenciado (OMS, 2019), apresenta especial relevância nesse contexto: a inexistência de limites claros de jornada, a pressão permanente por avaliações positivas e a opacidade nos critérios de remuneração são fatores de risco diretamente associados ao desenvolvimento desse quadro clínico (Salvagni; Veronese; Figaro, 2025). Embora tais manifestações nem sempre sejam formalmente reconhecidas como doenças ocupacionais pelos sistemas previdenciários, constituem dimensão central do adoecimento contemporâneo dos trabalhadores plataformizados.

Outro elemento central é a invisibilidade desses processos. A fragmentação das relações laborais e a informalidade dificultam tanto a produção de dados quanto o acesso a políticas públicas e o reconhecimento institucional das doenças relacionadas ao trabalho. Como resultado, esses trabalhadores permanecem à margem dos sistemas tradicionais de proteção social, o que amplia sua vulnerabilidade. Dessa forma, a análise da precarização no capitalismo de plataformas demanda a incorporação da saúde como eixo fundamental de investigação. A ausência de regulação eficaz e de garantias mínimas contribui para a consolidação de um modelo que, embora eficiente sob a lógica econômica, intensifica riscos à integridade física e ao bem-estar dos trabalhadores (Salvagni; Veronese; Figaro, 2025).

Considerações Finais

A análise desenvolvida ao longo deste artigo permite identificar as consequências do modelo de trabalho mediado por plataformas digitais sobre os direitos laborais e a saúde dos trabalhadores. O capitalismo de plataforma intensifica a precarização do trabalho por mecanismos que operam de modo opaco e assimétrico: fixação unilateral de tarifas, avaliação permanente sem contraditório, suspensão de acesso sem notificação prévia e transferência integral dos riscos econômicos e de saúde ao trabalhador.

Na selvagem exploração tecnodigital, o algoritmo comanda, de um lado, o aumento do

lucro da plataforma; de outro, o aumento da precarização de quem trabalha, gerando perda de direitos e garantias como limitação de jornada, férias, gratificação natalina, FGTS, proteção contra adoecimento e acidentes do trabalho, aposentadoria, além da própria ausência de formalização da relação de trabalho. O precariado digital passa a conviver com a prática de baixos salários, péssimas condições de trabalho e ausência de proteção social, completamente submisso à lei do mais forte, o capital, que fica livre para promover toda sorte de abusos e assédios. A plataforma digital aprofunda a assimetria nas relações de trabalho por sua total falta de transparência no funcionamento, que potencializa os poderes empresariais ao mesmo tempo que os despersonaliza via algorítmica. Mas não é só: a informalidade e a sonegação de direitos, além da debilitação da classe trabalhadora, promovem a desigualdade social, comprometendo de modo geral a qualidade de vida do povo.

Assim, diante deste quadro de precarização do trabalho promovido pelo capitalismo de plataformas, urge repensar o trabalho do futuro desde outros paradigmas, diferentes dos gestados pelas big-techs que se destinam à exclusiva garantia de seu lucro. Neste norte, é fundamental fugir da armadilha do capitalismo tecnológico que, a pretexto da “novidade”, pretende reescrever a legislação e o Direito. Ora, desde o advento do liberalismo clássico de Adam Smith, no século XVIII, os detentores do poder econômico tentam, a todo momento, sob os mais diversos argumentos, emplacar a “lei de mercado”, a “mão invisível” que tudo regula em substituição às leis. O capitalismo tecnológico é mais um desses momentos e o “faroeste” das plataformas digitais nada mais é do que uma manifestação de anarcocapitalismo quando as empresas que as operam pretendem simplesmente não mais se submeter à ordem jurídica dos territórios onde atuam. Portanto, lei não falta: faz falta sim o Estado aplicar a lei às big-techs e às plataformas digitais, sobretudo no âmbito das relações de trabalho, para evitar a precarização e a selvageria digital.

É preciso adotar políticas públicas de fortalecimento dos sindicatos, de defesa do sindicalismo e de fomento ao trabalho digno, promovendo os direitos trabalhistas da classe trabalhadora como Direitos Humanos laborais, universais e insuscetíveis de retrocesso ou eliminação.

Discutir a regulação das plataformas digitais deve partir de um enfoque de regulação, observar a incidência normativa sobre o desenho e transparência das plataformas, aplicativos, algoritmos e IAs, direito de informação das pessoas trabalhadoras e sindicatos, direito de sindicalização digital, desde perspectivas de reforço de cumprimento dos Direitos Humanos do Trabalho já estabelecidos na legislação social dos países. Nesta ótica, a discussão não deve ter lugar sobre o cabimento ou não dos direitos trabalhistas nas relações de trabalho digitais, porque esta já é uma etapa historicamente vencida na luta social.

Conforme a Declaração do Centenário da OIT para o Futuro do Trabalho¹⁴, é necessário pensar a centralidade do trabalho no ser humano, demandando enfoque em três ações prioritárias: aumentar o investimento na capacidade das pessoas, aumentar o investimento nas instituições do trabalho e aumentar o investimento no trabalho decente e sustentável (leia-se trabalho digno). Portanto, construir o trabalho do futuro com digni-

14 Fonte: sítio da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/centenary-declaration/lang-es/index.htm>.

dade pressupõe o enfoque nas pessoas e não nas tecnologias, o que passa pela manutenção, eficácia plena e ampliação dos direitos sociais adquiridos pela classe trabalhadora e não sua rediscussão a cada momento que o sistema capitalista descobrir uma nova forma de auferir ou ampliar os lucros. A economia e as tecnologias devem estar a serviço das pessoas e não o contrário; esta é a lógica que deve orientar o trabalho do futuro.

Referências

- ALBORNOZ, S. (1994). *O que é trabalho*. São Paulo: Editora Brasiliense.
- ALVES, G. (2011). *Trabalho e Subjetividade: o espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório*. 1ª edição. São Paulo: Boitempo.
- ANTUNES, R. (2005). *O Caracol e sua Concha: Ensaio sobre a Nova Morfologia do Trabalho*. São Paulo: Boitempo.
- ANTUNES, R. (2018). *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo.
- ANTUNES, R. L. C. (2025). *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Boitempo.
- BAUMAN, Z. (2014). *¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?* Buenos Aires: Paidós.
- BAUMAN, Z.; DONSKIS, L. (2014). *Cegueira moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar.
- BRASIL. (1943). *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm
- BRASIL. (2024). *Projeto de Lei Complementar n. 12, de 5 de março de 2024*. Dispõe sobre a relação de trabalho intermediado por empresas operadoras de aplicativos de transporte remunerado privado individual de passageiros. Câmara dos Deputados. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2419243>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2019). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 449/DF*. Relator: Min. Luiz Fux. Plenário, j. 09 mai. 2019. <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5253526>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2024). *Recurso Extraordinário n. 1.446.336/RJ – Tema 1.291*. Relator: Min. Edson Fachin. Repercussão geral reconhecida em 01 mar. 2024. Mérito pendente de julgamento. <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6679823&numeroProcesso=1446336&classeProcesso=RE&numeroTema=1291>
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (2023). *Recurso de Revistan. RR-536-45.2021.5.09.0892*. 2ª Turma. Relatora: Des. Conv. Margareth Rodrigues Costa. DEJT 29/09/2023. <https://www.tst.jus.br/en/-/2ª-turma-reconhece-vínculo-de-emprego-entre-plataforma-e-ciclista-entregador-de-alimentos>
- CANGUILHEM, G. (2006). *O normal e o patológico*. São Paulo: Conjuve.
- CRUZ, E. de S.; PORTO, R. T. C. (2022). *As transformações no mundo do trabalho: uma análise biopolítica em tempos de pandemia*. Blumenau: Editora Dom Modesto.
- D'AMBROSO, M. J. F. (2023). *O enfoque de direitos humanos aplicado às relações de trabalho*. Belo Horizonte: RTM.
- DARDOT, P.; LAVAL, C. (2017). *A nova razão do mundo*. São Paulo: Boitempo.
- DELEUZE, G. (2017). *Derrames II: aparatos de Estado y axiomática capitalista*. Buenos Aires: Cactus.

- DURAND, C. (2021). *Tecnofeudalismo: crítica de la economía digital*. Adrogué: La Cebra / Donostia: Kaxilda.
- FAIRWORK. (2022). *Fairwork Brasil 2021: por trabalho decente na economia de plataformas*. Oxford. Disponível em: <https://fair.work/wp-content/uploads/sites/17/2022/03/Fairwork-Report-Brazil-2021-PT-1.pdf>
- FARIÑAS DULCE, M. J. (2005). *Mercado sin Ciudadanía: Las falacias de la Globalización Neo-liberal*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- FEDERICI, S. (2018). *El patriarcado del salario: críticas feministas al marxismo*. 1. ed. Madrid: Traficantes de Sueños.
- FORTES, C. (2000). O mundo do trabalho e suas transformações. *Pensamento & Realidade*, São Paulo, ano III, n. 7, p. 113-29. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/pensamentorealidade/article/view/8553/6353>
- JIMENEZ, A. (2020). The Silicon Doctrine. *TripleC*, 18(1), 322-336.
- MOROZOV, E. (2018). *Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. São Paulo: Ubu Editora.
- NAMBERGER, F. (2024). The State of Uberisation: Neoliberalism, Smart urbanism, and the Regulated Deregulation of Toronto's Taxi-cum-Ridehail Market. *Antipode*, 56(1), 206-228.
- NAMORA, N. C. et al. (Ed.). (2018). *The balance between worker protection and employer powers: insights from around the world*. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing.
- NEGRI, A. (1993). *A anomalia selvagem. Poder e potência em Spinoza*. Rio de Janeiro: Editora 34.
- OLIVEIRA, C. (2025, 26 maio). Ricardo Antunes: 'O capitalismo extrai a pele, o corpo e a alma da classe trabalhadora'. *Brasil de Fato*. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2025/05/26/ricardo-antunes-o-capitalismo-extrai-a-pele-o-corpo-e-a-alma-da-classe-trabalhadora/>
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). (2019). *Burn-out an "occupational phenomenon": International Classification of Diseases*. Genebra: OMS. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/28-05-2019-burn-out-an-occupational-phenomenon-international-classification-of-diseases>
- PORTO, R. T. C.; BEDIN, G. A.; TAVEIRA, É. M. de O. (2023). A Proteção dos Direitos dos Trabalhadores pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Direito Público*, 20(107). DOI: 10.11117/rdp.v20i107.7251
- PORTO, R. T. C. (2024). "Operários" e o assédio moral laboral: violações aos Direitos Humanos dos trabalhadores. In: WERMUTH, M. A. D.; NIELSSON, J. G.; CENCI, D. R. (Org.). *Direitos humanos e democracia: anuário do programa de pós-graduação em Direito da Unijuí – 2024*. Ijuí: Ed. Unijuí. p. 121-141.
- SALVAGNI, J.; VERONESE, M. V.; FIGARO, R. (2025). Plataformas digitais: o retrato contemporâneo da exploração no trabalho e os desafios à saúde do trabalhador. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, 50, edsmsubj7. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6369/23322pt2025v50edsmsubj7>
- SOUZA, D. D. O.; ABAGARO, C. P. (2021). A uberização do trabalho em saúde: expansão no contexto da pandemia de Covid-19. *Trabalho, Educação e Saúde*, 19, e00328160. <https://doi.org/10.1590/1981-7746-sol00328>
- SRNICEK, N. (2020). Dois mitos sobre o futuro da economia. In: SKIDELSKY, R.; CRAIG, N. (Orgs.). *Trabalho no Futuro*. Palgrave Macmillan. https://doi.org/10.1007/978-3-030-21134-9_14
- STANDING, G. (2014). *O precariado: a nova classe perigosa*. Belo Horizonte: Autêntica Editora.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (2019). Supremo Tribunal Federal. (2019). *Arguição de Des-*

cumprimento de Preceito Fundamental n. 449/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Plenário, julgado em 09 maio 2019. <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5253526>

- TOUSSAINT, E. (2012). *Neoliberalismo. Breve historia del Inferno*. Buenos Aires: Capital Intelectual / Le Monde Diplomatique.
- VALVERDE GEFAELL, C. (2015). *De la necropolítica neoliberal a la empatía radical: violencia discreta, cuerpos excluidos y repolitización*. Barcelona: Icaria Editorial.
- VANDAELE, K. (2018). *Will trade unions survive in the platform economy? Emerging patterns of platform workers' collective voice and representation in Europe*. Bruxelas: European Trade Union Institute.
- ZAFFARONI, E. R. (2016). *Muertes anunciadas*. Buenos Aires: Punto de Encuentro.
- ZUBOFF, S. (2020). *La era del capitalismo de vigilancia*. Barcelona: Editorial Planeta.

2. Comentarios *Jurisprudenciales*

La necesidad del consentimiento informado a través del Tribunal Europeo

The requirement for informed consent as established by the European Court

Nicolás Pingarrón Barci¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2026\)10](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2026)10)

Comentario a

CASO DE S.O. contra ESPAÑA (nº 5742/22) 26 de junio de 2025
Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El caso se inicia en 2017 cuando la demandante reclama ante la Comunidad de Madrid por no haber sido informada de que su operación podía implicar la resección del pezón y la areola, ya que solo consintió una cirugía conservadora. La administración respondió que la ampliación de la resección fue necesaria por razones oncológicas. Tras reclamar responsabilidad patrimonial y solicitar indemnización, y ante la falta de respuesta, acudió al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó su demanda al considerar prioritaria la seguridad oncológica y suficiente el consentimiento informado. El Tribunal Supremo y el Constitucional rechazaron sus recursos.

Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que España vulneró el artículo 8 del Convenio, no por mala praxis médica, sino por una deficiente aplicación del deber de información. Señaló que el consentimiento no especificaba claramente riesgos relevantes como la posible resección del pezón, ni recogía explicaciones individualizadas. El caso subraya que el consentimiento informado es esencial para garantizar la autonomía del paciente, exigiendo información clara, específica y adaptada a cada caso, especialmente sobre riesgos previsibles con alto impacto personal.

ABSTRACT

The case began in 2017 when the applicant filed a complaint with the Madrid health authorities, claiming she had not been informed that her surgery could involve the removal of the nipple and areola, as she had only consented to breast-conserving surgery. The

¹ Estudiante de Derecho y Ciencia Política y de la Administración Pública por la Universidad Autónoma de Madrid. Mail: nicolas.pingarro@hotmail.com. Número de ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-2847-5617>.

administration replied that the extended resection was medically necessary for oncological safety. After seeking compensation and receiving no response, she brought the case before the High Court of Justice of Madrid, which dismissed her claim, prioritizing oncological safety and considering the informed consent sufficient. The Supreme Court and Constitutional Court also rejected her appeals.

However, the European Court of Human Rights found that Spain violated Article 8 of the Convention, not due to medical malpractice, but because of inadequate implementation of the duty to inform. The Court noted that the consent form did not clearly specify relevant risks, such as the possible removal of the nipple, nor did it include individualized explanations. The case highlights that informed consent is essential to protect patient autonomy, requiring clear, specific, and personalized information, especially regarding foreseeable risks with significant personal impact.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos; Integridad Física; Consentimiento Informado; Autonomía del Paciente; Tribunal Europeo.

KEYWORDS: Human Rights; Physical Integrity; Informed Consent; Patient Autonomy; European Court.

I. Introducción

Nos encontramos ante un caso que llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a razón de una violación por parte del Sistema Sanitario Español del artículo 8 del Convenio de Derechos Humanos. En este caso la demandante se trataba de una mujer diagnosticada previamente de cáncer en 2005 en la mama izquierda y con una nueva aparición tumoral en la mama derecha en 2016. Tras la evaluación médica se decidió que era posible la realización de una cirugía conservadora de mama (cuadrantectomía). La paciente firmó el correspondiente consentimiento informado, en el que se describían distintas técnicas posibles dentro del espectro de la cirugía mamaria y se incluía una cláusula que permitía modificar la intervención si surgían imprevistos durante la operación.

Durante la intervención el 2 de febrero de 2017, el análisis intraoperatorio reveló que el tumor se encontraba muy próximo al complejo areola-pezones (CAP), lo que llevó al equipo médico a ampliar los márgenes de resección, incluyendo finalmente la extirpación de dicho complejo.

La paciente demandó al sistema sanitario alegando que nunca fue informada de la posibilidad de perder el pezón y la areola, sosteniendo que su consentimiento se limitaba a una cirugía conservadora que preservara dichas partes. Tras el rechazo de sus pretensiones en la vía administrativa y judicial española (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional), la demandante acudió al TEDH alegando una vulneración del Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). El Tribunal dictó a favor de la demandante al entender que el consentimiento informado no había sido lo suficientemente detallado teniendo en cuenta los importantes efectos psicológicos, morales y de autoestima que ocasionarían a la paciente.

II. Régimen Jurídico Aplicable

Dentro del marco normativo aplicable encontramos dos cuestiones fundamentales: dentro del derecho interno español y lo referente al derecho internacional. Dentro del derecho español vemos el artículo 15 de la Constitución: "Todos tienen derecho a la vida y a

la integridad física y moral...” Asimismo es aplicable la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica que dispone así en su artículo segundo:

2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.
3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.
4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.

También es fundamental recopilar los artículos octavo noveno y especialmente el décimo, que dice así:

1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:
 - a. Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
 - b. Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
 - c. Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
 - d. Las contraindicaciones.
2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.

Por último, encontramos el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (el convenio de Oviedo), en vigor desde el 1 de diciembre de 1999 y ratificado por España dispone, en lo que se refiere al consentimiento informado:

Artículo 5. Regla general

“Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.”

Artículo 8. Situaciones de urgencia

“Cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable

desde el punto de vista médico en favor de la salud de la persona afectada.”

III. Actuación administrativa y nacional del caso

El caso a nivel nacional comienza con la queja interpuesta por la demandante el 13 de junio de 2017 ante la Dirección General de Atención al Paciente de la Comunidad Autónoma de Madrid. La demandante alegaba que no había sido informada que dentro de los imprevistos que suponía la operación se encontraba la resección del pezón y la areola, que ella solo había consentido una cirugía conservadora de mama y que el cáncer no se había extendido hacia el pezón y la areola.

Ante ello recibió respuesta por parte de la Dirección General de Atención al Paciente que envió el informe preparado del Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del hospital el 21 de junio de 2017. En el informe se especificaba que el Servicio de anatomía Patológica confirma que el tumor se habían extendido hasta el borde adyacente al CAP y borde inferior de modo que el servicio médico amplió los márgenes de resección, lo que conllevó la resección del CAP para la seguridad del paciente. Destacando la necesidad dentro de la cirugía oncológica que la extirpación se total del tumor con sus márgenes de seguridad para asegurar el éxito de la intervención.

Ante esta contestación la demandante el 13 de septiembre de 2017 presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial a la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Madrid. Reiteraba que la zona no había sido invadida por el tumor y que solo había presentado consentimiento a una extracción cancerígena sin extracción de la mama. Por lo que solicitaba 100.000 euros en cuestión de daños y perjuicios. La contestación fue una ampliación del primer informe realizado por el Jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia reiterando esencialmente el contenido de su informe de 21 de junio de 2017.

En ausencia de respuesta por parte de la propia Consejería de Sanidad, lo que implicaba a una desestimación de la reclamación, el 4 de septiembre de 2018 la demandante interpuso una demanda por responsabilidad patrimonial ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La demandante basó su razonamiento en tres argumentos principales:

1. Su derecho como paciente a escoger el mejor tratamiento, así como la ausencia de información adecuada al respecto.
2. El daño psicológico derivado del descubrimiento de que había perdido su pezón y su areola. Cabe destacar en este argumento el informe presentado por la Asociación Española Contra el Cáncer donde se destacaban las implicaciones emocionales y psicológicas que había tenido la operación sobre la paciente.
3. La pérdida real del pezón y la areola, lo que podría haberse evitado mediante una técnica quirúrgica diferente.

Ante ello el Tribunal Superior desestimó la demanda basándose en que la consideración principal había sido garantizar el éxito de la cirugía conservadora de mama y que ello había dado lugar a una ampliación de la zona que debía extirparse. Ello se realizó con el objetivo de asegurar que los márgenes quedaban libres de tumor. Además, en lo referente al consentimiento informado el Tribunal Superior entendió que el formulario resultaba

suficiente para que la paciente pudiera haber tomado una decisión. Para ello argumentó que debía interpretarse a la cirugía dentro del contexto de una enfermedad en la que la “seguridad oncológica” era el objetivo prioritario; también, que ese supuso en todo momento lo que motivó la extensión de la técnica quirúrgica. Por último, la posibilidad de variar la técnica quirúrgica había sido incluida en la información proporcionada a la demandante, puesto que el formulario de consentimiento informado ya indicaba que la técnica quirúrgica prevista podía ser modificada en el caso de circunstancias imprevistas. A su vez el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación al considerar que carecía de interés casacional. Tras ello la demandante interpuso recurso en el Tribunal Constitucional que inadmitió el recurso al considerar que carecía de especial transcendencia constitucional.

IV. Resolución del Caso por el Tribunal Europeo

El TEDH declara, por unanimidad, que España vulneró el Artículo 8 del Convenio. Aunque el Tribunal reconoce que España tiene un marco normativo adecuado (la Ley 41/2002 es conforme al Convenio de Oviedo), determina que su aplicación práctica fue deficiente. Es por tanto que el objeto de la argumentación de la sentencia no era determinar si el proceso médico se había realizado de manera correcta, puesto que se entendía que los médicos habían actuado con la debida diligencia durante la operación (véase el párrafo 47). Además, el Tribunal no detectó ninguna deficiencia en el marco regulatorio español, sino que la cuestión radicaba en la implementación práctica del marco legal (véase el párrafo 39).

El foco de la cuestión radica en si el deber de información a la paciente fue lo suficientemente diligente. En el párrafo 48 de la sentencia el Tribunal destaca que en el consentimiento informado en su apartado primero se hace una enumeración de posibles intervenciones sin una distinción entre aquellas que pueden denominarse “conservadoras” y cuáles una cirugía “más agresiva”. La extracción del pezón como tratamiento solo aparece dentro del procedimiento de una mastectomía simple (extirpación completa de la glándula mamaria), que según destaca la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia este no se considera una cirugía conservadora.

También, el Tribunal destaca la ausencia en los informes y dentro del consentimiento firmado de cuáles fueron las preguntas realizadas y las explicaciones adicionales dadas a la paciente. Junto a ello, el párrafo del formulario correspondiente a los riesgos y complicaciones de la situación específica del paciente fue dejado en blanco. Lo que a vista del Tribunal no permite determinar qué información se le facilitó realmente a la demandante. Se debe agregar que el propio Tribunal Supremo incide en el deber de información como garante de la decisión y la autonomía del paciente, diferenciándose de la actuación quirúrgica. El catedrático Dr. Barceló Domenech lo expresa así: “El Tribunal Supremo español viene entendiendo que el deber de información es elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica y está incluido dentro de la obligación asumida por el médico. La obligación de informar y la de obtener el consentimiento se configuran como un elemento más del arte médico” (Barceló Doménech, 2016: 286).

Por último, el TEDH destaca que los tribunales nacionales no se pararon a determinar la previsibilidad de resección de su CAP durante la cirugía. Destacando que es algo conocido y así se especifica en el Informe del Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología: “en el ámbito de la cirugía oncológica es difícil conocer antes de la operación hasta qué

punto el tumor ha invadido los tejidos u órganos adyacentes” es por tanto que el Tribunal entiende que la necesidad de ampliar los márgenes de resección resultaba un escenario probable en este tipo de operaciones y donde teniendo en cuenta el impacto que tiene sobre la paciente la extracción del CAP era necesaria la especificación de esta posible complicación y procedimiento.

V. El Consentimiento Informado como Base Jurídica de la Actuación Médica

Una vez aclaradas las cuestiones técnicas del caso y las argumentaciones realizadas por el Tribunal es necesario realizar un análisis de lo que supone el Consentimiento Informado dentro del contexto jurídico-médico. Ante lo que podríamos observar como un mero acto administrativo de la actuación médica debemos destacar la importancia del mismo denominado consentimiento informado es un acto médico que trasciende la visión burocrática, enlazándose de manera directa con los Derechos Humanos y la dignidad física de las personas. Como dice el expresidente del Tribunal Supremo Juan Antonio Xiol Ríos: “en el convenio de Oviedo del año 1997, claramente se configura el consentimiento informado como uno de los elementos que están dentro, o que implican, o están relacionados, con la protección de los derechos humanos del paciente, con la dignidad del ser humano” (Xiol Ríos, 2011: 129). Esto se reafirma en la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 08 de marzo de 2022, dictada por el asunto Reyes Jiménez contra España²; resolución cuyo desarrollo se centra en la autonomía del paciente y en el régimen jurídico actual.

Siguiendo con la relevancia del consentimiento informado Huerta Garicano señala que se muestra “como uno de los pilares de la relación médico-paciente” (Huerta Garicano, 2011: 153). Al mismo tiempo lo vemos secundando por Bauzá Martorell donde resalta: “el consentimiento informado constituye una pieza esencial del cumplimiento de la *lex artis*” (Bauzá Martorell, 2019: 141). Es decir, de la propia práctica y desarrollo científico del médico y asimismo en su propia experiencia se debe hacer un informe individualizado donde se desarrollen los específicos efectos, complicaciones e inconvenientes para la paciente en específico. Algo que entraría en contradicción con unas precauciones generales o como mínimo no lo suficientemente especificadas como declara el TEDH (véase el párrafo 58).

Siguiendo con la doctrina de Xiol Ríos el consentimiento informado no es algo nuevo dentro del derecho, puesto que los requisitos de información suponen las bases del derecho civil y de los negocios contractuales. Esto fundamenta el consentimiento en una base jurídica fundamentada en un binomio clásico, Xiol Ríos lo define así: “El único sistema para que ese consentimiento sea válido es que haya una información adecuada y suficiente sobre el objeto del consentimiento. Es decir que el binomio, esta relación que existe entre la información y el consentimiento, no es algo nuevo, es algo que entra absolutamente dentro de la lógica jurídica, y que se puede explicar, como se puede ver, con conceptos absolutamente clásicos en el ámbito del derecho civil” (Xiol Ríos, 2011: 133). Siendo así que llega a desarrollar que el deber de información no solo supone algo esencial en la integridad física del paciente sino en su propia autonomía. El médico por tanto realizaría las aclaraciones médicas desde el punto de vista de ofrecer una mayor libertad de decisión al paciente para que de acuerdo a su voluntad pueda escoger el tratamiento

2 La referencia completa de la Sentencia, extraída de la base de datos HUDOC es la que sigue: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección Tercera, de 08 de mayo de 2022, asunto 57020/18, Reyes Jiménez contra España

que prefiera, pero con todos los datos de los mismos. Por tanto, al no cumplimentarse correctamente el deber de información se estaría atacando, también, a la autonomía de la persona y por ende a su dignidad humana.

Sin embargo, es necesario precisar hasta donde debería llegar el consentimiento informado. Para ello, debemos observar la sentencia PINDO MULLA contra ESPAÑA³ donde vemos el análisis e informe realizado al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina donde se detalla lo siguiente "Para que el consentimiento sea válido, la persona en cuestión debe haber sido informada sobre los datos relevantes de la intervención de que se trate. Esta información tiene que incluir el fin, la naturaleza y las consecuencias de la intervención y los riesgos que comporta. La información sobre los riesgos que acarrea la intervención o sus alternativas debe comprender no sólo los riesgos inherentes al tipo de intervención de que se trate, sino también los riesgos referentes a las características individuales de cada paciente, derivados de la edad, o de la concurrencia de otras patologías." Es por tanto que dentro de esta interpretación y contrastando con lo expuesto en el caso se entendería necesario que dentro de los peligros y los posibles imprevistos, que como mencionaba el informe médico ocurren con un elevado grado de frecuencia dentro de los casos oncológicos, que podían darse en una operación de extracción tumoral con una cercanía tan grande de la CAP y puesto que la extracción del mismo supone un perjuicio emocional grave hacia la paciente era necesario como mínimo el informar a la paciente de esta posibilidad al igual que los riesgos que conllevaría su realización como los riesgos de no llevarla a cabo.

Cabría una defensa por parte del sistema de salud español en referencia al límite en las especificaciones que un médico debe hacer en cuanto al consentimiento se refiere. Como se decía anteriormente las operaciones oncológicas se caracterizan por un grado elevado de imprevisibilidad debido a la dificultad de detectar el tejido cancerígeno en determinadas zonas por lo que se abre un gran espacio a imprevistos médicos, en este caso supuso la extracción del CAP, pero podrían haber resultado en otros. Se podría entender por tanto que los resultados pueden ser muy variados y por lo tanto un consentimiento generalista sobre la ampliación del procedimiento durante la operación no resulta ambiguo sino que permite ser generalista en los diversos supuestos que oralmente puede explicar el médico.

A esta defensa se podría añadir que era la segunda operación a la que se sometía la paciente por lo que no era un proceso o un tratamiento desconocido para la misma. Al mismo tiempo el cáncer de mama resulta una enfermedad lo suficientemente común dentro del ámbito social y de concienciación como para entender que los peligros, complicaciones e imprevistos de la enfermedad y de la cirugía son algo conocido por una mujer adulta y que ha padecido con anterioridad la enfermedad. Además, la extracción del pezón supone un daño emocional y psicológico al que habría tenido que enfrentarse la paciente incluso aunque se supiera de manera previa a la cirugía.

Sin embargo, estas dudas no llegaron a ser planteadas durante el juicio por lo que no tenemos la interpretación jurisprudencial de las mismas. Pero cabe entender que una buena contrargumentación se basaría en el principio de prevención, aunque hubiera al-

3 La referencia completa de la Sentencia, extraída de la base de datos HUDOC es la que sigue: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, de 17 de septiembre de 2024, asunto 15541/20, Pindo Mulla contra España

guna posibilidad de que la paciente pudiera conocer el resultado del imprevisto es mejor asegurar su amplia comprensión sobre todo en una situación emocionalmente compleja como es un tratamiento oncológico.

Por último, no deja de evidenciar un problema en los actuales modelos de consentimiento informado a los pacientes donde no se llega a especificar toda la información que puede haberse dado durante la explicación médica. Al mismo tiempo parece carecer de una información completa sobre los tratamientos disponibles y los peligros de cada uno de ellos. Al igual que posibles preguntas frecuentes que puedan haberse visto originadas en otros pacientes o propias de un conocimiento más generalista. Todo ello arroja la necesidad del sistema de salud español a una reforma en cuanto a su consentimiento informado para que fuera más garantista y que asegure una mayor transparencia documental.

VI. Beneficio versus Autonomía del Paciente

Otra de las cuestiones que puede suscitar la sentencia es sobre el beneficio que suponía terminar la operación en contraposición a frenar la operación con el riesgo médico que ello conllevaba para asegurar la autonomía del paciente. Este tema fue algo expuesto por la paciente aunque finalmente fue retirado según como avanzaba el proceso pero genera una conversación jurídica interesante.

Ante ello el Tribunal Europeo rescata la sentencia *Pretty* contra el Reino Unido y la sentencia *Pindo Mulla* contra España, donde la imposición de un tratamiento médico sin el consentimiento del paciente que tiene capacidad de expresar su voluntad ataca de manera directa a la integridad física de la persona. Aquí es fundamental cuál es la voluntad del paciente y si esta se ha expresado de manera previa al tratamiento. El Tribunal hace una ponderación de los derechos que se disputan: el derecho a la autodeterminación y el derecho a la vida. Asimismo, entiende la obligación del Estado de garantizar ambos derechos, de acuerdo a los arts. 2 y 8 CEDH. Según el Tribunal es fundamental observar si el paciente afectado ha participado lo suficiente en el proceso de toma de decisiones para determinar cuál es el principio ponderante. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo como la del Tribunal Constitucional Español se encamina a dar una mayor relevancia a la autonomía del sujeto por encima de cualquier otro derecho.

Es esencial acompañar este debate de lo que se ha denominado Teoría de la Pérdida de Oportunidad. El Tribunal Supremo en sus sentencias 30 de junio de 2009 y 16 de enero de 2011 aparta la cuestión de la negligencia médica y se centra en determinar que la omisión de información al paciente y su implicación en la toma de la decisión. Como dice la Dra. Sánchez Gómez: "En efecto, el daño sufrido viene determinado por la pérdida de oportunidad respecto a la probabilidad de que, conocido tal riesgo, hubiera optado por otra alternativa distinta (oportunidad de no someterse a la intervención, retrasarla, consultar con otros especialistas, acudir a otro centro hospitalario dotado de mejores y más modernos medios técnicos)" (Sánchez Gómez 2013: 762). Por lo que se hace un mayor refuerzo al hecho de la autonomía del paciente y se determina como daño agregado el no poder optar a otras intervenciones por una falta adecuada de información al paciente.

VII. Conclusiones

La condena a España reafirma la necesidad de un elaborado y correcto consentimiento informado. El actual marco normativo del sistema jurídico español se muestra adecuado y conforme a los estándares del Tribunal Europeo, pero en este caso resulta deficiente lo

que ejemplifica la brecha entre la realidad jurídica y la realidad del paciente.

Esta sentencia nos lleva a una profunda reflexión sobre la insuficiencia real y práctica detrás de los procedimientos quirúrgicos y los tratamientos médicos respecto a la labor de información y atención a los pacientes. Sin una completa comprensión sobre las implicaciones psicológicas que estas puedan derivar a los pacientes. El caso manifiesta la necesidad de mejorar los modelos actuales de información, incluyendo mayor precisión, trazabilidad y atención individualizada, especialmente en contextos de alta incertidumbre como supone la cirugía oncológica.

Por último, reafirma el papel fundamental del consentimiento informado como pilar esencial de la relación jurídica médico-paciente, estrechamente vinculado a los derechos humanos. Entendiéndose a su vez como la garantía para la autonomía física de los pacientes, su capacidad de decisión y su propia dignidad.

Referencias bibliográficas

- Antúnez Sánchez, A. F. (2009). El consentimiento informado en el Derecho médico. *Derecho y Cambio Social*, 6(18).
- Barceló Doménech, J. (2018). Consentimiento informado y responsabilidad médica. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (8), 279–296.
- Bauzá Martorell, F. J. (2019). Responsabilidad patrimonial sanitaria: autonomía de la voluntad del paciente y documento de consentimiento informado. *DS: Derecho y Salud*, 29 (núm. extra 1), 141.
- Comparada, D. J., & Amorós, M. F. (2024). Autonomía personal, libertad religiosa y el derecho a la vida: comentarios a la sentencia del TEDH en el caso “Pindo Mulla v. Spain”. *Integración Regional & Derechos Humanos*, 12(2), 307-330.
- De Miguel Beriain, I., & Lazcoz Moratinos, G. (2018). El Convenio de Oviedo, veinte años después de su firma. Algunas sugerencias de enmienda. *Revista Quaestio Iuris*, 11(1), 445-460.
- Galán Cortés, J. C. (2001). Responsabilidad médica y consentimiento informado. *Madrid: Civitas*.
- Huerta Garicano, I. (2011). La indemnización por defectos en la prestación del consentimiento informado. *Revista Española de la Función Consultiva*, (16), 153.
- Mateo Ayala, E. J. (2023). La trascendencia del consentimiento informado a efectos del derecho al respeto de la vida privada y familiar: comentario de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo en el asunto Reyes Jiménez contra España. *Revista de Derecho Aragonés*, (29), 219-244.
- Sánchez Gómez, A. (2013). La información al paciente y el consentimiento informado en el Derecho Español. Referencia legal y jurisprudencial. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, 2(2), 747–765.
- Xiol Ríos, J. A. (2011). El consentimiento informado. *Revista Española de la Función Consultiva*, (16), 126-136.

Acuerdo de cuidado: el reconocimiento de un nuevo concepto jurídico desde la jurisprudencia de la Corte IDH

Care agreement: The Recognition of a New Legal Concept from the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights

Gino Martín Valenti¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2026\)11](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2026)11)

Comentario a

*“El contenido y el alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos”
Opinión Consultiva 31/25 solicitada por la República Argentina
de fecha 12 de junio de 2025*

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El presente artículo analiza la opinión consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en relación con el derecho al cuidado, su contenido y sus características. En este marco, se resalta que las tareas asistenciales tienen una estrecha vinculación con el derecho a la salud, en tanto posibilitan su ejercicio efectivo. Se examinan las tres dimensiones del derecho (recibir cuidados, brindar cuidados y autocuidarse) y su impacto en la protección integral de la persona, con las manifestaciones específicas en grupos vulnerables. Así, surge el acuerdo de cuidado: la responsabilidad integral de la sociedad para garantizar su ejercicio efectivo.

ABSTRACT

The present article analyzes the advisory opinion issued by the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) regarding the right to care, its content and its main characteristics. In this context, it highlights the close relationship between care-related activities and the right

¹ Abogado (UNC), Maestrando en Derecho Civil Patrimonial (UNC), Adscripto de la Cátedra “A” de Privado III (Contratos) y de la Cátedra “A” de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho UNC; Instructor de Oralidad – Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. E-mail: gino_valenti@mi.unc.edu.ar / ginomartin.valenti@gmail.com
Nro. De ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-1058-7670>

to health, insofar as the former enable its effective realization. The three dimensions of this right (receiving care, providing care, and self-care) are examined, as well as their impact on the comprehensive protection of the person, with particular attention to their manifestations in vulnerable groups. In this light, the notion of a “care agreement” emerges, understood as the shared societal responsibility to ensure the effective exercise of this right.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos; Derecho al cuidado; Derecho de la salud; Vulnerabilidad.

KEYWORDS: Human rights; Right to care; Right to health; Vulnerability.

I. Introducción:

El análisis que aquí se expone se centra en la opinión consultiva OC-31/25 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) solicitada por la República Argentina, en referencia al contenido y al alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos. En sí, se propuso realizar una interpretación de normas de diferentes tratados sobre derechos humanos (como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, entre otros). De esta forma, el trabajo busca evaluar la noción de derecho al cuidado, sus principales características y su estrecha vinculación con el derecho a la salud, el que se torna operativo por las tareas asistenciales que lo componen. Sucede que, tal como referenció la Corte IDH: “(...) los cuidados se configuran como el conjunto de acciones necesarias para preservar el bienestar humano, incluida la asistencia a quienes se encuentren en una situación de dependencia o requieran apoyo, de manera temporal o permanente.” Además, concluyó: “(...) los cuidados son necesarios para el goce de los derechos de todas las personas, especialmente aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.” Así, surgen los derechos a recibir cuidado, a otorgar cuidado y a autocuidarse; los que impactan, especialmente en grupos vulnerables. Por ello, se trata de un caso de especial interés para reflexionar sobre los alcances del derecho al cuidado y de la salud; de lo que se desprende que ambos ocupan un lugar fundamental dentro del ordenamiento jurídico y, necesarios para una vida digna.

II. Síntesis de la causa

1. La consulta

El Estado solicitante, Argentina, presentó una solicitud de opinión consultiva sobre el contenido y el alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos. Expuso que los trabajos de cuidado comprenden tareas destinadas al bienestar cotidiano de las personas, siendo un derecho (en particular, a brindar cuidados, recibir cuidados y al autocuidado) pero también una necesidad. Reconoció además la importancia de definir políticas públicas. En consecuencia, se preguntó si el derecho al cuidado es un derecho humano autónomo, cuáles son las obligaciones del Estado y los contenidos mínimos esenciales del derecho.

2. Los argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH estima que el principal problema jurídico resulta en la existencia de un derecho al cuidado y, en su caso, el contenido y alcance. Además, su relación con los derechos a la igualdad ante la ley, la prohibición de discriminación, y los derechos al

trabajo, la seguridad social, la salud y la educación, entre otros. En consecuencia, divide el análisis en tres puntos.

A. Los cuidados en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional regional

La Corte IDH se refiere a una “dependencia recíproca” y resalta que los seres humanos dependen en distintos momentos de su vida de recibir o brindar cuidados. Por ello, define al cuidado como el conjunto de acciones necesarias para preservar el bienestar humano, incluida la asistencia a quienes se encuentren en una situación de dependencia o requieran apoyo, de manera temporal o permanente. Se trata, consecuentemente, de una función individual y social, en tanto procura bienestar frente a límites impuestos por existencial edad, enfermedad o condiciones físico-mentales. Entiende que existe tanto una protección a quien requiere ese cuidado como a las personas que lo brindan. Por otro lado, relaciona el derecho al cuidado con diferentes instrumentos legales de diferentes dimensiones (por ejemplo, se analizan diferentes tratados: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y Convención Americana sobre Derechos Humanos), destacando su enfoque no solo individual sino familiar y comunitario. Además, resalta su relación con la salud, el trabajo, la familia y la cuestión de género. En definitiva, se concluye que existe una necesidad de cuidar y de ser cuidado, inclusive por uno mismo, en todas las etapas de la vida, desde la niñez a la ancianidad.

De esta forma, establece que el derecho al cuidado integra la Convención Americana sobre Derechos Humanos y se relaciona con los derechos a la vida, integridad personal, salud y dignidad. Se trata de un derecho humano autónomo, indispensable para el goce del derecho a una vida digna y un desarrollo integral de la propia personalidad.

B. El derecho al cuidado a la luz del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación

En un segundo apartado, la Corte IDH se pronuncia sobre los alcances del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, en relación con el derecho a cuidar y a ser cuidado. Reconoce estereotipos de género en el marco del cuidado, siendo generalmente mujeres quienes ocupan el rol de cuidadoras. Por ello, enfatiza en la importancia de la prestación de cuidados de forma igualitaria y destaca la equivalencia de responsabilidades en una familia. Concluye que en materia de cuidado estas corresponden tanto a la persona, como a la familia, la sociedad y el Estado. Por otro lado, tiene en cuenta que existen necesidades específicas en cada grupo de personas, adquiriendo notas diferentes conforme la edad, el estado de salud u otras circunstancias. También, se deben considerar las diferencias culturales, socioeconómicas, el ciclo de vida. Además, en otro orden de ideas, sostiene que los Estados están obligados a adoptar medidas para garantizar el acceso a servicios de cuidado de calidad.

C. El derecho al cuidado y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

Por otro lado, se analizó el alcance de los derechos al trabajo, la seguridad social, la salud y la educación respecto de las personas que cuidan y las que reciben cuidados: es decir, el cuidado en relación a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

En primer lugar, en relación con el derecho al trabajo, recordó la necesidad de condiciones justas, equitativas y satisfactorias que aseguren la seguridad, la salud y la higiene; que garanticen la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia. En particular, reconoció a las labores de cuidado como forma de trabajo, y su valor social y económico. Ello, sea remunerado o no, aún en la informalidad y como responsabilidad familiar. Además, enfatiza en la protección del embarazo y la lactancia, adecuando las condiciones laborales a la situación particular de las madres. Por otro lado, relaciona el derecho al cuidado con el derecho a la seguridad social, frente a consecuencias de la vejez y de la incapacidad, entendiendo que las coberturas del sistema de seguridad social, en particular las licencias de cuidado, las prestaciones y las pensiones por invalidez, vejez y sobrevivencia, permiten a las personas cuidar, ser cuidadas y proveerse de autocuidado.

En segundo lugar, se destaca la relación entre el derecho al cuidado y el derecho a la salud, el que es un derecho humano fundamental y comprende el estado completo de bienestar físico, mental y social derivado de un estilo de vida que permita alcanzar un balance integral. En este sentido, se enfoca a otorgar una vida sana, productiva y digna y la componen: prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades, cuidados paliativos, asistencia médica, apoyo (espiritual, emocional y psicosocial) y acceso a la información relacionada con la salud.

En tercer y último lugar, se vincula el derecho al cuidado con el derecho a la educación. Surge el derecho a adquirir conocimientos orientados hacia un desarrollo integral de la persona e implica que se capacite a la persona para lograr una vida digna, promoviendo la instrucción profesional y técnica. Además, incluye la posibilidad de acceder a información sobre autocuidado.

3. La opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En definitiva, por unanimidad, la Corte opina que el derecho al cuidado es un derecho autónomo que se deriva de diferentes instrumentos legales e incluye tres dimensiones: ser cuidado, cuidar y el autocuidado. Así, su fundamento surge de los principios de corresponsabilidad y de solidaridad, por lo que se le atribuyen diferentes obligaciones a los Estados, con algunos votos concurrentes y parcialmente disidentes.

II. Consideraciones en torno a la decisión adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. El concepto de cuidado

Uno de los principales problemas a la hora de abordar el derecho al cuidado es otorgar un concepto que logre abarcar los distintos ámbitos que constituyen su contenido. Es que, el cuidado afecta la dimensión legal, social, cultural, económica y ética de una sociedad. Por ello, la noción va a recibir caracteres especiales según el momento y lugar de su análisis, adquiriendo características propias en cada uno de ellos. Se trata, de esta forma, de una realidad multidimensional y transversal incluyendo un conjunto complejo de actividades, relaciones, valores, facultades, derechos y deberes.

El Estado consultante, Argentina, a la hora de fundar su petición identificó tres puntos. En primer lugar, que el derecho al cuidado es una necesidad, en tanto posibilita la existencia humana, siendo necesario para su bienestar y desarrollo. En segundo lugar, un trabajo

por su valor socioeconómico y, en tercer lugar, un derecho que debe garantizarse en tres dimensiones: brindar cuidados, recibir cuidados y autocuidado. De esta forma, se lo incorpora como un derecho esencial para los seres humanos, considerando que en distintos momentos de su vida necesitarán recibir cuidados mientras que, en otras circunstancias, deberán brindarlos. Por consiguiente, se convierte en una necesidad básica, ineludible y universal para una vida autónoma y digna.

En este marco, se ha intentado definir el derecho al cuidado a través de las tareas que lo integran. Por ello, Spada (2023: 5) considera: "(...) implican todas las actividades necesarias para el mantenimiento de la vida y para la reproducción social y de la fuerza de trabajo que se emplea en el mercado laboral y dinamiza la economía." Por otro lado, Laya (2015: 5) señala: "La noción de cuidado refiere a las actividades indispensables para satisfacer las necesidades básicas de la existencia y la reproducción de las personas, brindándoles los elementos físicos y simbólicos que les permiten vivir en sociedad. Bajo dicha conceptualización incluimos las actividades de autocuidado, de cuidado directo de otras personas, la provisión de las precondiciones en que se realiza el cuidado (como la atención del hogar o la preparación de alimentos) y la gestión del cuidado provisto por otras personas o instituciones, coordinando horarios y gestionando traslados." También, como se ha señalado: "El cuidado es un bien público esencial para el funcionamiento de las sociedades, un derecho fundamental y una necesidad vital que iguala desde el nacimiento: todas las personas requieren, al menos en algún momento de su vida, de cuidados." (Rico y Robles, 2016: 7). Por ello, se puede presuponer que el derecho al cuidado ocupa un rol central en la vida de todas las personas y, especialmente, en situaciones de vulnerabilidad o necesidad. Permite un desarrollo digno, autónomo e independiente de la personalidad, con respeto por la integridad física, psíquica y moral. Además, comprende un conjunto amplio y articulado de prácticas orientadas a garantizar la satisfacción de las necesidades esenciales de las personas, abarcando las acciones destinadas a favorecer el desarrollo integral del individuo, dentro de una comunidad, en igualdad de oportunidades. Así, cabe considerar que los cuidados involucran tanto elementos materiales (como vestimenta, alimentos o medicamentos) como simbólicos (acompañamiento moral, educación e instrucción en valores). Se proyecta como una condición necesaria para el despliegue pleno de la personalidad y el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales.

Si bien el derecho al cuidado se trata de una prerrogativa autónoma, también es interdependiente. Sucede que, en su realización, se vincula con otros derechos que componen el corpus iuris de derechos humanos. Así, se ejemplifica: "(...) el derecho al cuidado se relaciona con varios derechos humanos fundamentales, como el derecho a la igualdad de género, a la salud, a la educación, al trabajo y a la seguridad social. Garantizar el derecho al cuidado es fundamental para promover el bienestar y los derechos humanos de todas las personas." (Spada, 2023: 12). Consecuentemente, el derecho al cuidado no se reduce a un conjunto aislado de prestaciones sino que se integra de forma estructural a la vida de las personas. Si bien su carácter multidimensional y transversal impide una definición unívoca, se puede identificar un núcleo común: la satisfacción de las necesidades indispensables para la existencia y el desarrollo integral de la persona. Por otro lado, el cuidado adquiere notas específicas en función de las circunstancias en que se presta. En particular, su configuración varía según el sujeto que lo brinda (por ejemplo, en el marco de una actividad profesional, como la enfermería; o en el ámbito informal, como lo es el brindado normalmente dentro de un núcleo familiar; siendo que cualquiera también puede ser remunerado o no) y según las características de quien lo recibe (por ejemplo,

por ser niños, adultos mayores o personas con discapacidad). Es decir, se trata de una noción relacional y dinámica, cuyo contenido no puede determinarse de manera uniforme, sino que se ajusta al contexto en el que se desarrolla la relación e implica tareas de asistencia en necesidades físicas, biológicas y afectivas. Es que su esencia es eminentemente asistencial, atravesando diferentes aspectos de la vida, por lo que su contenido se erige de forma central en los derechos humanos. En este marco, el derecho al cuidado se integra a los derechos sociales como el trabajo, la educación, la vivienda y la familia; y, por su estrecha relación con el derecho a la vida y a la salud, forma parte de los derechos fundamentales de todo individuo.

2. Reconocimiento normativo en Argentina

Desde la dimensión legal, el derecho al cuidado se configura como un conjunto de normas destinadas a garantizar que todas las personas, especialmente aquellas en situación de dependencia, puedan recibir la atención y el apoyo necesarios para vivir con dignidad. Si bien el derecho al cuidado ingresa al corpus iuris de derechos humanos, especialmente a través de los tratados que la Opinión Consultiva reseñó, este no posee recepción expresa. Así, la Constitución Nacional (en adelante, CN) no lo prevé en su parte dogmática. Empero, por su íntima relación con otros derechos (como la vida, la salud o el trabajo), ingresa como derecho no enumerado y como derivación del resto de los derechos fundamentales.

En cuanto al Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), se menciona en reiteradas ocasiones la importancia del cuidado o, por lo menos, sus consecuencias. Así, el artículo 26 CCCN equipara a los adolescentes de más de 16 años a un adulto para el cuidado de su propio cuerpo; es decir, el autocuidado sobre uno mismo. Luego, el artículo 59 CCCN relativo al consentimiento informado en actos médicos otorga el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de una enfermedad o padecimiento (inciso h). Además, se lo reconoce en el ámbito del derecho de las familias, especialmente en las obligaciones inherentes a la filiación y al matrimonio. Por ejemplo, el artículo 594 CCCN en lo que hace al concepto de adopción, dispone que el objeto es procurar al adoptado una familia que le brinde los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales. Además, el artículo 648 CCCN señala: "Cuidado personal. Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo." De esta forma, el código ubica al derecho al cuidado como un principio transversal, reconociendo el autocuidado (como derecho personalísimo) y el derecho a recibir cuidados y consiguiente obligación de brindarlos (como instituto de las familias). Así, aun sin una consagración expresa como derecho autónomo, se encuentra implícitamente reconocido como un eje del sistema.

Por otro lado, en lo que hace a la salud mental, la ley n° 26.657 reconoce en diferentes oportunidades el derecho al cuidado. Bajo el nombre de asistencia, el artículo 7 otorga el derecho a las personas con padecimiento mental de recibir o rechazar asistencia o auxilio espiritual o religioso (inciso f) mientras que su reglamentación al artículo 9, recoge los principios de cercanía, continuidad, coordinación, y participación de la comunidad en lo que hace a políticas públicas en materia asistencial. Sin embargo, no reconoce el derecho al cuidado como tal. También, la ley n° 26.529 de derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado, en su artículo 2, reconoce el derecho a la asistencia y obligación de asistir, especialmente para la niñez y en condiciones de igualdad, indicando: "a) Asistencia. El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho

a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente.” (inciso a).

Por otro lado, en lo que hace al trabajo y a la seguridad social, Gherardi y Zibecchi (2011: p. 116) consideran: “En términos normativos, Argentina restringe sus intervenciones en torno al cuidado en dos esferas que, a grandes rasgos, pueden ser diferenciadas: la protección a la madre trabajadora en el régimen laboral (fundamentalmente en el periodo de gestación, alumbramiento y lactancia) y la obligatoriedad de la educación básica.” De esta forma, los sistemas de licencias, asignaciones económicas familiares, sistema previsional, cobertura de salud y protección contra la discriminación en entornos laborales materializan el derecho al cuidado, la mayoría institucionalizados en la Ley de Contrato de Trabajo (ley n°20.744). Además, la ley n°24.557 de riesgos de trabajo, reconoce como principio de los seguros que se garanticen los servicios necesarios para otorgar las prestaciones de asistencia médica e indica que la gran invalidez se da cuando el trabajador necesite la asistencia continua de otra persona para realizar los actos elementales de su vida (artículo 10). Finalmente, las leyes de obras sociales (ley n° 23.660) y de medicina prepaga (ley n° 26.682) resaltan la importancia de la cobertura médica-asistencial.

Además de la normativa mencionada, leyes provinciales, decretos y ordenanzas municipales conforman un entramado jurídico que, en diversas oportunidades, sitúa al cuidado en el centro de la regulación. De este modo, si bien el ordenamiento argentino no contempla una regulación unificada y sistemática del derecho al cuidado, la interrelación de sus distintos institutos permite identificar la presencia constante de elementos que lo integran y de sus principales consecuencias. El cuidado emerge como una prerrogativa inherente a la condición humana, que se manifiesta de manera transversal y que impone deberes concretos tanto al Estado como a los particulares, tendiente a la protección integral de la persona.

3. Estrecha vinculación con el derecho a la salud

El derecho al cuidado mantiene una estrecha vinculación con el derecho a la salud, en tanto ambos se orientan a garantizar condiciones mínimas para el desarrollo digno de la persona. Es decir, su relación no es meramente contingente, sino estructural: ambos se orientan hacia la integridad física y mental, así como hacia el bienestar integral de la persona. En este sentido, el derecho a la salud comprende “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (Organización Mundial de la Salud, 1946). Además, en esta línea, el art. 59 de la Constitución de la Provincia de Córdoba prevé: “La salud es un bien natural y social que genera en los habitantes de la Provincia el derecho al más completo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social.” Consecuentemente, la salud es un derecho amplísimo, que se caracteriza por la protección integral de la vida y la personalidad, siendo que su efectiva realización no se agota en la provisión de prestaciones médicas, sino que exige la concurrencia de prácticas de cuidado que aseguren la continuidad, integralidad y calidad de su protección, buscando la autonomía y el bienestar cotidiano.

En este marco, el cuidado se presenta como una condición necesaria para posibilitar el goce efectivo del derecho a la salud, en tanto garantiza el acompañamiento y la asisten-

cia cotidiana para que ese bienestar psicofísico, social y espiritual no permanezca en el plano declarativo. En efecto, lejos de constituir esferas autónomas y escindibles, el cuidado opera como una dimensión constitutiva del contenido del derecho a la salud. Así, ambos se integran en la noción de “atención de la persona”, supliéndose con el cuidado la falta de autonomía que, por circunstancias transitorias o permanentes, afectan al individuo. Esta ausencia de autonomía no solo se representa en el ámbito material sino también en el plano afectivo o moral. Por ello, la articulación entre cuidado y salud obliga a adoptar una concepción integral de las prestaciones debidas. Ello trasciende el enfoque estrictamente biomédico, contemplando las necesidades concretas de la persona en su contexto. Así el derecho a la salud y el derecho al cuidado se relacionan, constituyendo pilares fundamentales para el bienestar y la dignidad de las personas. En este sentido: “Desde su reconocimiento como derecho, los Estados deben garantizar que toda persona acceda a sus requerimientos de cuidado, así como también a cuidar y al autocuidado.” (Spada, 2023: 14). Sucede que las tres dimensiones del derecho al cuidado afectan directamente a la salud personal, estructurando el derecho y ampliando su alcance hacia una concepción integral. En primer lugar, el derecho a ser cuidado (es decir, a recibir cuidados) se proyecta en aquellas personas que se encuentran en situación de dependencia, ya sea por razones de edad, enfermedad o discapacidad. Ellas, requieren no solo acceso a prestaciones médicas, sino también asistencia continua, acompañamiento y apoyo en las actividades de la vida diaria, haciendo eficaces los tratamientos a los que el individuo se somete. Además, permite sostener en el tiempo las condiciones necesarias para su ejercicio efectivo, materializándose en el sostenimiento de tratamientos médicos, para garantizar la recuperación y rehabilitación. Así, permite el mantenimiento de un estado de bienestar, protegiendo especialmente a personas en situación de vulnerabilidad. En segundo lugar, el derecho a cuidar (quienes asumen las tareas de cuidado) también tiene una afectación directa en el derecho a la salud ya que quienes prestan el servicio se someten a una sobrecarga física, estrés y limitaciones en el desarrollo personal y profesional. Además, se arriesgan al contagio de enfermedades. Por ello, poder cuidar en condiciones dignas es importante. Finalmente, el derecho al autocuidado completa el sistema, basándose en poner el foco en la propia persona como sujeto activo de su salud: la protección de la salud, bienestar y desarrollo personal de uno mismo. En este marco, la posibilidad de destinar tiempo y recursos resulta indispensable para prevenir enfermedades y sostener el bienestar generalizado.

En definitiva, considerando que la salud no es solo ausencia de enfermedad, se requiere de prácticas de cuidado que posibiliten el bienestar general, generando una mejora en la calidad de vida. De esta forma, el cuidado trasciende el ámbito familiar y afecta a toda la comunidad. Por ello, exige políticas públicas integrales que incluyan la creación y el fortalecimiento de servicios de calidad, no solo en sistemas de salud pero también en educación y seguridad social. Así, podemos hablar de “acuerdo de cuidado” como una construcción jurídica y social que articula responsabilidades del Estado, la comunidad, la familia y cada individuo en particular, orientándose a una actuación coordinada, solidaria y empática tendiente a la protección de terceros. En este sentido, el cuidado deja de ser una carga individual para configurarse como un compromiso colectivo necesario para la realización plena de todos los derechos fundamentales.

4. Facetas particulares del derecho al cuidado

El derecho al cuidado ocupa un rol central en la vida y salud de todas las personas, para subsistir, vivir con dignidad y desarrollarse autónomamente. Sin embargo, existen algunos

campos de análisis que requieren un tratamiento diferenciado ya que el contenido del derecho adquiere notas particulares según las condiciones de los sujetos involucrados.

En primer lugar, cabe considerar que en función a la vida de la persona las tareas de cuidado se intensifican en los primeros años de vida y, vuelve a intensificarse con la ancianidad. En este marco, los recién nacidos se encuentran en dependencia absoluta de su cuidador, en tanto requieren asistencia para cualquier aspecto de su vida, desde la alimentación hasta su limpieza y en el aspecto emocional. Esta dependencia es total, pues los bebés requieren cuidado para cualquier aspecto de su existencia y, además, la asistencia existe en aspectos morales y culturales: el bebé requiere de especialmente su familia para lentamente descubrir el mundo que lo rodea. La calidad de la respuesta del cuidador a estas necesidades no solo asegura la supervivencia física, sino que también construye un espacio seguro de crianza.

Luego, en el caso de niños, niñas y adolescentes, el cuidado es un presupuesto indispensable para su desarrollo integral. Si bien en el marco de su capacidad progresiva podrán tomar decisiones sobre autocuidado (aprendiendo a gestionar su alimentación, higiene, salud, seguridad personal), requerirán de la asistencia de terceros para la toma de decisiones: no en todas las situaciones podrán procurarse por sí mismos las condiciones necesarias para su bienestar físico, psíquico y social. En consecuencia, el cuidado se traduce en deberes concretos de los progenitores, del Estado y de la comunidad, orientados a garantizar no solo el acceso a servicios de salud, sino también la nutrición adecuada, la contención afectiva y emocional y el acompañamiento en su desarrollo, todo ello bajo principios de interés superior, participación y corresponsabilidad. En lo que hace al derecho a la salud, el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los niños, niñas y adolescentes deben poder alcanzar el máximo nivel posible de salud, contando con acceso efectivo a servicios de atención médica y rehabilitación, con énfasis en la atención primaria, la prevención de enfermedades y la reducción de la mortalidad infantil. Además, su artículo 3 fija: "(...) 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley (...)." Por otro lado, el artículo 19 concluye: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación (...)."

Por su parte, en relación con los ancianos, el cuidado adquiere una relevancia central frente a los procesos de envejecimiento que pueden implicar pérdida de autonomía. En este marco, el bienestar y cuidado surge como principio general de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (artículo 3; inciso f). Además, en el artículo 19 sobre derecho a la salud, se dispone: "La persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación. (...) Para hacer efectivo este derecho, los Estados Parte se comprometen a tomar las siguientes medidas: (...) o) Promover y garantizar progresivamente, y de acuerdo con sus capacidades, el acompañamiento y la capacitación a personas que ejerzan tareas de cuidado de la persona mayor, incluyendo familiares, con el fin de procurar su salud y bienestar." Así, requieren de un sistema integral de cuidados que reconozca su voluntad y experiencia, a través de servicios socio-sanitarios, cuidados paliativos, y asistencia a largo plazo. El cuidado se presenta como una herramienta esencial para evitar situaciones

de abandono o deterioro de la salud física y mental, considerándose que el acompañamiento se torna esencial en edades avanzadas. En este punto, en cuanto a los ancianos que reciben servicios de cuidado a largo plazo, el artículo 12 de la convención citada prevé que tienen derecho a un sistema integral de cuidados que garantice la protección de su salud, el acceso a servicios sociales, alimentación, vivienda y condiciones de vida dignas, promoviendo su autonomía e independencia y priorizando su permanencia en el hogar cuando así lo decida. Además, destaca la importancia de garantizar su libertad, asegurando el acceso a la información, la privacidad, la seguridad, la libertad personal y el mantenimiento de vínculos familiares y sociales. Además, surge relevante contar con personal capacitado y mecanismos de control. Como se ha dicho: “Dado el estado de vulnerabilidad que se encuentran las personas al llegar a una determinada edad, se plantea la necesidad de un sistema de protección jurídica de acceso diferencial para los adultos mayores en el que se respete su derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de plazos razonables a su condición.” (Cuevas, 2019: 60). Lo importante es otorgarles un espacio a los adultos mayores, donde estén asistidos pero libres a su vez de tomar sus propias decisiones de autocuidado. Además, garantizarles el derecho de cuidar, máxime considerando su experiencia en ello. Así todo se dirige a un modelo de sociedad pensado para los abuelos y con ellos, formando parte del sistema de cuidados.

Sin embargo, el derecho al cuidado no solo se relaciona con la edad: contextos de enfermedad y discapacidad adquieren una relevancia crítica, donde se torna indispensable garantizar la autonomía, la dignidad y el desarrollo del proyecto de vida de las personas, enmarcados en un modelo social de discapacidad. Como se consideró en la resolución objeto de análisis, abordar la discapacidad no exclusivamente a la luz de las deficiencias (sean físicas, mentales, intelectuales o sensoriales), sino de las limitaciones que existen para que las personas puedan ejercer sus derechos. En primer lugar, corresponde eliminar las barreras para que la persona participe plenamente en la sociedad y para que puedan alcanzar su realización personal y la consecución de sus propios objetivos. Frente a la enfermedad, el cuidado se integra de manera directa en el proceso terapéutico, ya que la eficacia de los tratamientos médicos depende de la existencia de prácticas de cuidado que garanticen su continuidad y finalización, incluyéndose su seguimiento y los cuidados paliativos de ser necesarios. Por ello, no solo son intervenciones médicas las necesarias, sino también el acompañamiento de su núcleo social que promueva una mejor calidad de vida posible. Por otro lado, en el caso de las personas con discapacidad, el cuidado se vincula estrechamente con la garantía de autonomía e inclusión social, por lo que generar apoyos adecuados para que la persona pueda ejercer plenamente sus derechos ocupa un rol central. Así, el derecho al cuidado incluye la provisión de asistencia no solo médica sino en cualquier toma de decisión que involucre el proyecto de vida de la persona con discapacidad, dando el lugar a que pueda decidir libremente, con información clara, comprensible y completa. Una vida independiente se convierte en una condición para el ejercicio efectivo de los derechos en igualdad de condiciones.

Finalmente, el rol de las mujeres en las tareas de cuidado adquiere una dimensión particular, ya que históricamente han asumido de manera desproporcionada las tareas. Como se ha sentado: “El cuidado es un bien público esencial para el funcionamiento de las sociedades, un derecho fundamental y una necesidad vital que iguala desde el nacimiento: todas las personas requieren, al menos en algún momento de su vida, de cuidados. Sin embargo, la forma en que son provistos origina desigualdades profundas. Éstas se expresan en una organización social que asigna, de manera casi exclusiva, a las

mujeres el trabajo de cuidado no remunerado al interior de los hogares, así como el remunerado en el mercado de trabajo. Esto sucede, con frecuencia, a expensas de su bienestar, su tiempo, sus oportunidades laborales y protección social, frente a la ausencia de una redefinición más equilibrada y flexible de la división sexual del trabajo, de respuestas públicas suficientes y adecuadas para quienes requieren cuidados y sus cuidadoras, y ante una oferta de servicios en el mercado limitada y sumamente segmentada.” (Rico y Robles, 2016: 7). Así, esta distribución desigual no solo impacta en su autonomía económica y desarrollo personal, sino también en su salud física y mental, por lo que surge la necesidad de políticas que distribuyan las responsabilidades de cuidado, promuevan la corresponsabilidad y aseguren condiciones que permitan compatibilizar estas tareas con el propio bienestar.

Así, se puede concluir que el cuidado no se da de manera uniforme sino que adquiere características propias según el contexto en el que se brinda y recibe. Además, se intensifica frente a situaciones de vulnerabilidad. Sin embargo, en todas ellas se vincula con el derecho a la salud, y sólo así se alcanzará el estado de completo bienestar físico, mental y social.

5. Políticas públicas en torno al cuidado y la salud

De esta forma, el derecho al cuidado exige la implementación de políticas públicas que, a través de estrategias coordinadas (en el ámbito médico, educativo, de seguridad social) que aseguren el acceso de la ciudadanía a prácticas asistenciales. Surge la necesidad de reconocer el valor social que importan estas tareas y redistribuirlas equilibradamente entre todos los integrantes de la sociedad. El rol del Estado resulta central, ya que la protección de la salud no puede realizarse sin recursos, tiempo y un entorno adecuado. En este punto se considera: “(...) es posible afirmar que el acceso a servicios de cuidado de calidad es fundamental para garantizar el derecho a la salud y a disfrutar de una existencia digna.” (Spada, 2023: 9). Hacia eso se dirige el “acuerdo de cuidado”, en tanto parte desde el cuidado a uno mismo y se expande hacia terceros, alcanzando a la familia, la vecindad, la comunidad, las empresas, etc.; quienes deben intervenir de forma coordinada. Es que, como considera Laya (2015: 5): “La forma en que inter-relacionadamente las familias, el estado, el mercado y las organizaciones comunitarias producen y distribuyen el cuidado, se conoce como la organización social del cuidado.” Consecuentemente, el cuidado logra llegar a todas las personas, en condiciones de igualdad. Por otro lado, es sólo con el control del Estado que se puede arribar a estándares de calidad (no solo de infraestructura y elementos, sino también de conocimientos) y que, pueda resguardar la dignidad de la persona que es cuidada y de quien cuida. Como se ha dicho: “Las políticas sociales son esenciales en la construcción de un sistema de cuidados sostenible. Proporcionar servicios de cuidado (para la infancia, los adultos mayores, la personas con discapacidades) no solo alivia a las familias (y sobre todo a las mujeres) de su labor de cuidar, sino que son asequibles para toda la población, incluyendo a los más pobres. (...) Las políticas sociales son imprescindibles para hacer efectivo el derecho a ser cuidado y a cuidar. Varían entre unos países y otros y otros tienen en común el proporcionar tiempo (las políticas de conciliación, permisos y excedencias), prestaciones económicas (directas o mediante la fiscalidad) y servicios (escuelas infantiles, asistencia a domicilio, centros de día, residencias, etc.) ” (Comas-d’Argemir, 2019: 19 y 23). Por ello, políticas públicas con un plan de trabajo claro y recursos que lo sostengan resulta esencial para la eficacia de los derechos en juego. Y, en particular, para el resguardo de la dignidad humana.

Conclusiones

La opinión consultiva comentada permite entender qué es el derecho al cuidado y cómo se ejerce dentro de una gran diversidad de situaciones. Su fundamento redunda en preservar el bienestar integral de las personas, para que puedan desarrollarse con libertad de acuerdo con sus posibilidades y autonomía. Además, se ilustran diversas situaciones de dependencia o vulnerabilidad que requieren un mayor resguardo por parte del ordenamiento jurídico. Así, la opinión consultiva resulta especialmente valiosa porque visibiliza que las tareas de cuidado constituyen una necesidad universal e indispensable para el sostenimiento de la vida en condiciones de dignidad, tareas que han sido históricamente relegadas al ámbito privado y doméstico. Consecuentemente, se compone el derecho a cuidar, a ser cuidado y al autocuidado, rigiéndose por el principio de corresponsabilidad social: todos los ciudadanos y grupos sociales otorgan prácticas asistenciales recíprocamente, acordando tácitamente cuidarse. En sí, la resolución se trata de una ampliación conceptual de un derecho que, históricamente, se relativizó.

Por ello, se reconoce que el ejercicio efectivo de este derecho depende de la implementación de políticas públicas concretas, sistemas integrales de apoyo y prestaciones que sean accesibles, asequibles y de calidad para toda la población. Se puede concluir que se trata de una responsabilidad social compartida que exige la intervención activa y coordinada de todos los actores sociales: el Estado, el mercado, las familias y las organizaciones comunitarias. En este punto, el reconocimiento del derecho al cuidado obliga a repensar las estructuras económicas y culturales tradicionales, evidenciando que la desigualdad en las tareas de asistencia constituye también una problemática de derechos humanos. En definitiva, existe un verdadero acuerdo de cuidado, un compromiso colectivo por el cual nos cuidamos entre todos. En cuanto a su relación con el derecho a la salud, el cuidado no se agota en las prestaciones médicas tradicionales, sino que abarca un abanico de prácticas que resguardan de forma integral a la persona, incluyendo el apoyo emocional y social, a través de servicios que promuevan la recuperación, la rehabilitación y, fundamentalmente, la mejora en la calidad de vida de los individuos.

En definitiva, el pronunciamiento de la Corte IDH constituye una evolución jurídica trascendental para la protección de los derechos humanos. A través de ella, se exhorta a los Estados a desarticular los esquemas sociales y estereotipos generadores de marginación, promoviendo una protección integral y transversal para todos los ciudadanos y, particularmente, para quienes atraviesan contextos de fragilidad, falta de redes de apoyo o carencia de autonomía.

Referencias bibliográficas

- Comas-d'Argemir, D. (2019). *Cuidados y derechos. El avance hacia la democratización de los cuidados*. Cuadernos de Antropología Social /49, 13-29. doi: 10.34096/cas.i49.6190
- Cuevas, V. (2019). *Los adultos mayores y la protección de sus derechos* [trabajo final de grado]. Universidad Siglo 21.
- Gherardi, N. y Zibecchi, C. (2011). *El derecho al cuidado: ¿Una nueva cuestión social ante los tribunales de justicia de Argentina?* Política, 49(1), 107-138.
- Laya, A. (2015). *El derecho al cuidado en los convenios colectivos de trabajo del sector priva-*

do. Análisis comparativo de convenios colectivos en las ramas de actividades con mayor índice de feminización del sector privado (Documentos de Trabajo "Políticas públicas y derecho al cuidado", 5). Buenos Aires: ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. Disponible en: <http://www.ela.org.ar>

- Organización Mundial de la Salud. (1946). *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Disponible en: <https://www.who.int/es/about/governance/constitution> (consulta: 17/04/2026).

- Rico, M. N. y Robles, C. (2016). *Políticas de cuidado en América Latina: forjando la igualdad* (Serie Asuntos de Género N.º 140). Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

- Spada, D. G. (2023). Contenido y alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos en la Argentina. *Ratio Iuris. Revista de Derecho de la UCES*, 11(2), 3-16. Disponible en: <http://id.caicyt.gov.ar/ark:/s23470151/nnc9xdtx0>

El Estado de Derecho no se puede confinar: derechos fundamentales y crisis sanitaria en el orden constitucional; límites, competencias y garantías.

The Rule of Law cannot be quarantined: fundamental rights and health crisis in the constitutional order; limits, competences and guarantees.

Pablo Pérez Mosqueda¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2026\)12](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2026)12)

Comentario a
Sentencia n.º 133/2025
Tribunal Constitucional Español

Acceso al Fallo

RESUMEN:

Ante el aluvión de leyes que los parlamentos autonómicos crearon para controlar la expansión del Covid-19, el Tribunal Constitucional estrecha el coto, delimitando lo que las Comunidades Autónomas pueden o no hacer cuando las medidas que toman lesionan derechos fundamentales de sus habitantes. En esta sentencia el tribunal resuelve acerca de la ley que se promulgó en el país vasco, declarando inconstitucional la delimitación de los derechos mediante ley autonómica y asentando la doctrina del desarrollo de los derechos fundamentales por Ley Orgánica.

ABSTRACT

Given the copious number of laws Autonomous Communities' parliaments created to control Covid-19's expansion, Spain's Constitutional Court narrows the limit down, establishing what Autonomous Communities can and cannot do when the law injures fundamental rights of their population. In this ruling, the court solves regarding Basque Country's particular law,

¹ Estudiante de segundo curso del doble grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas, Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Mail : perezmosqueda.pablo@gmail.com
Nro. de ORCID : <https://orcid.org/0009-0002-9645-3567>

declaring the unconstitutionality of the delimitation of rights by means of a local law, and settling the doctrine concerning the development of fundamental rights by Organic Law.

PALABRAS CLAVE: Covid-19, Reserva de Ley Orgánica, Derecho Fundamental, Estado de Alarma, Salud Pública.

KEYWORDS: Covid-19, Organic Law's Reserve, Fundamental Rights, State of Emergency, Public Health.

I. Introducción

En la STC 133/2025, el Tribunal Constitucional resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el grupo parlamentario Vox contra la Ley del Parlamento Vasco 2/2021, de 21 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de Covid-19. Dicha ley plantea una serie de medidas de restricción o limitación de movilidad y otras injerencias en la esfera público-privada que los diputados de la formación demandante consideran que pueden tener una incidencia muy significativa en los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma en cuestión. El gobierno vasco, representado por el abogado del Estado, considera sin embargo que no existe tal incidencia de los derechos fundamentales en la citada ley, y que la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante LOEAS) no entra en colisión con la ley promulgada en el parlamento vasco.

En esta sentencia, deliberada y votada el 10 de junio de 2025, el Tribunal Constitucional resolvería acerca de los conflictos de competencias entre Estado y CCAA y desarrollaría doctrina acerca de reserva de ley orgánica en materia de derechos fundamentales cuando su desarrollo entra en colisión con circunstancias de especial necesidad.

II. Objeto y posición procesal de las partes en la STC 133/2025

1. La STC 133/2025 trae causa del recurso de inconstitucionalidad núm. 6174-2021, promovido por cincuenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Vox contra diversos preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de COVID-19. La ley pretendía regular instrumentos jurídicos y actuaciones de las administraciones públicas del País Vasco para prevenir y preservar la salud pública, garantizar la seguridad de las personas y sostener las capacidades del sistema sanitario en un contexto de crisis epidemiológica. Su finalidad era inequívocamente sanitaria, pero sus instrumentos incidían sobre derechos fundamentales a los que el legislador le ha entregado suma protección y que se veían puestos en entredicho por la norma tratada.

2. La formación recurrente articuló sus censuras en varios planos. En primer lugar, sostuvo que determinados preceptos infringían los arts. 55.1 y 116 CE, al regular suspensiones o restricciones de altísima intensidad fuera del régimen constitucional de los estados de crisis. Los recurrentes consideraron que los instrumentos que la legislación prevé para estos casos tales como la LOEAS están siendo sustituidos por una legislación autonómica análoga que faculta a los poderes públicos autonómicos y en ocasiones al Lehendakari a suspender o limitar derechos fundamentales, la Ley 2/2021 permite el otorgamiento de dichos poderes mediante la figura de las autoridades delegadas, sobre las cuales los

demandantes discuten su legalidad dado que la propia LOEAEs reserva la gestión de los estados de excepcionalidad a los poderes estatales, así como la determinación del ámbito de aplicación y efectos.

En segundo lugar, alegaron que las medidas recogidas dentro del texto legislativo que afectaban directa o indirectamente a la integridad física (art. 15 CE), la intimidad (art. 18 CE), la libertad personal y la libertad de circulación (art. 17.1 CE); así como el derecho de reunión (art. 21 CE), vulneraban el contenido esencial de esos derechos y la reserva de ley orgánica prevista para el desarrollo y limitación de estos.

En tercer lugar, denunciaron invasión de competencias estatales ex arts. 149.1.1 y 149.1.16 CE, considerando que la actuación de los poderes públicos en materia sanitaria y con una particular afectación en los derechos fundamentales debe ser una iniciativa coordinada de forma estatal dada la igualdad en el acceso al derecho prevista en el artículo 43 CE, así como por la gravedad de las medidas en conjunto que se deben impulsar; así como infracciones de los arts. 24, 25.1 y 38 CE, dada la significativa ausencia de garantías procedimentales en las cuestiones relativas a la toma de medidas cautelares y la falta de la autorización judicial y/o ratificación en algunos casos para medidas que restringen derechos fundamentales de forma inequívoca.

3. El letrado del Gobierno Vasco defendió la constitucionalidad de la ley. Sus alegaciones descansaban en una idea de lógica de la gestión sanitaria: la comunidad autónoma, competente en materia de sanidad interior y responsable de la ejecución de políticas de salud pública según el Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV), debía disponer de instrumentos legales para responder a una amenaza epidemiológica concreta, que fueron regulados conforme a los preceptos de la propia Ley 3/1986. Además, sostuvo que la ley autonómica no desarrollaba directamente restricciones en los derechos fundamentales en tanto que tampoco los propios derechos, sino que concretaba medidas preventivas en el ámbito de una competencia propia, en conexión con la normativa sanitaria estatal y con la legislación básica existente. Subraya además que las autoridades delegadas se encuentran dentro de lo explícitamente mencionado en la LOEAEs, así como un hilo conductor que ya prácticamente guía en sentido de leitmotiv estos recursos, que es el hecho de que las medidas que se preveían en ningún caso se trataban de una suspensión de carácter absoluto sino una mera limitación muchas veces sujeta a franjas horarias o a circunstancias de especial relevancia y/o particularidad, cabe aquí citar la STC 148/2021 donde se aborda esta precisa cuestión.

III. Interpretación y argumentación jurídica

El aspecto más relevante de la STC 133/2025 no es la identificación de los derechos afectados, sino la consecuencia que el Tribunal extrae de esa afectación. La sentencia considera que las previsiones sobre pruebas diagnósticas y vacunación inciden sobre la integridad física y la intimidad personal (FJ 3B), en la medida en que suponen intervenciones sobre el cuerpo o sobre datos de salud especialmente protegidos, como ha sido expresado de forma reiterada en la jurisprudencia, con sentencias como la STC 154/2002, o la 136/2024. Los aislamientos y cuarentenas personales pueden afectar a la libertad personal del art. 17 CE cuando imponen una permanencia obligada en un lugar como así lo expresa el subsiguiente apartado, con fondo en la misma STC 136/2024. Las limitaciones de movilidad se conectan con el art. 19 CE, y las restricciones de reuniones sociales con el art. 21 CE, en relación con la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE.

A partir de ahí, el Tribunal subraya que no basta con afirmar que la norma “afecta” a tales derechos, lo relevante es que lo hace en sentido restrictivo. La ley no se limitaba a organizar servicios, coordinar autoridades u ordenar protocolos sanitarios; configuraba mandatos coactivos de carácter suspensivo, imponía cargas y conectaba su incumplimiento con sanciones o consecuencias jurídicas adversas. El dato de la coactividad resulta capital, aunque algunas medidas, como determinadas pruebas o la vacunación, no aparecieran formalmente como obligatorias, su rechazo podía producir efectos perjudiciales para la persona afectada, como restricciones individualizadas, imposibilidad de desarrollar una actividad o su aislamiento o reproche en su ámbito social (Cruz Villalón, 1984: pp. 70-71).

La sentencia se apoya aquí en la jurisprudencia manada de la STC 136/2024, según la cual la ley orgánica cumple, en el terreno de los derechos fundamentales, configura la dimensión negativa del propio derecho (Medina Guerrero, 1996: p. 93). La restricción no es un elemento externo añadido al derecho ya completo; es una operación normativa que reduce su ámbito material en ciertos supuestos, porque el ordenamiento estima prevalentes otros bienes de relevancia constitucional que concurren con el derecho fundamental. De ahí que la determinación general de las condiciones bajo las cuales puede restringirse un derecho de la sección primera no pueda ser tratada como una regulación meramente sectorial o administrativa (Fernández Farreres, 1991: pp. 541, 554-556), sino que debe ser una decisión que mane del ámbito estatal y la voluntad de la totalidad del pueblo español.

La tesis es dogmáticamente relevante porque evita una interpretación reduccionista de la reserva de ley orgánica, puesto que la ley orgánica no sólo es necesaria cuando el legislador define el contenido positivo de un derecho, sino también cuando delimita sus excepciones estructurales, así como su ámbito y puesta en colación con otros derechos y/o libertades públicas. Si la administración sanitaria adquiere la potestad de imponer aislamientos, cuarentenas, vacunación obligada o limitaciones del derecho de reunión, entre otras, la cuestión no se agota en la competencia material sobre sanidad: requiere determinar con precisión el presupuesto de hecho habilitante, el alcance de la injerencia, su duración, las garantías procedimentales y, en su caso, el control y supervisión judicial. Esa determinación corresponde al legislador orgánico cuando están concernidos los derechos de los arts. 15, 17, 18.1, 19 y 21 CE.

Dicho todo esto, la STC 133/2025 no niega que las autoridades sanitarias puedan adoptar medidas restrictivas para proteger la salud pública. Y tampoco cuestiona, en abstracto, que la seguridad sanitaria y ciudadana pueda operar como límite constitucionalmente legítimo de los derechos fundamentales. Lo que afirma es que la configuración general de ese límite no puede hacerse por ley autonómica cuando recae sobre los derechos de la sección primera. Esta precisión es importante: Ya que el vicio de constitucionalidad no consiste en que la salud pública sea un fin insuficiente, sino en que la fuente utilizada no era la adecuada siguiendo las vías del ordenamiento jurídico español.

La consecuencia práctica es determinante. La sentencia limita la posibilidad de que las comunidades autónomas aprueben catálogos legales propios de restricciones fundamentales para futuras crisis sanitarias (Velasco Caballero, 2020: pp. 82-84), salvo que se muevan en ámbitos puramente organizativos o complementarios, o actúen sobre derechos no sometidos a reserva de ley orgánica. La doctrina no vacía las competencias

autonómicas en sanidad, pero sí impide que esas competencias se proyecten autónomamente sobre la definición y ámbito constitucional primario de los límites de determinados derechos. El resultado es una centralización funcional de la garantía de protección y alcance de los derechos fundamentales, y no de la gestión sanitaria de los cuerpos autonómicos.

IV. Desarrollo jurídico y núcleo jurisprudencial: Un análisis en profundidad de la decisión del tribunal.

1. La STC 133/2025 no resuelve el caso desde la interpretación doctrinal establecida en sentencias previas de la suspensión de derechos contra su mera limitación. De hecho, declara innecesario pronunciarse sobre los motivos basados en los arts. 55.1 y 116 CE al devenir vulnerado el art. 81.1 CE. Sin embargo, la sentencia solo puede comprenderse adecuadamente en el contexto del reajuste de la doctrina del sumo intérprete iniciado tras las decisiones previas del TC sobre los estados de alarma declarados durante la pandemia. La STC 148/2021 había situado la intensidad de la injerencia en el centro de la discusión sobre confinamientos generales; las sentencias posteriores han ido afinando la distinción entre suspensión, restricción intensa y mera limitación (véase SSTC 148/2021, 183/2021, 154/2002 -precedente-, STC 136/2024 -distingase voto particular-)

Este desplazamiento es, si cabe una opinión, uno de los puntos más acertados de la doctrina reciente; la afinación de la delimitación de los derechos fundamentales en concurrencia con el interés público y la seguridad ciudadana. Si toda medida sanitaria intensa fuera necesariamente suspensión, el Estado de derecho quedaría atrapado entre dos opciones extremas: o acudir siempre a los estados de excepción o de sitio, aun cuando la crisis sea sanitaria y no político-institucional, o renunciar a medidas necesarias para contener riesgos graves que pueden derivar en situaciones de extrema gravedad y peligrosidad para el público general. La Constitución no exige una respuesta tan rígida, el art. 43 CE permite a los poderes públicos actuar frente a amenazas sanitarias, pero exige que lo hagan dentro de las formas constitucionales adecuadas y siguiendo los cauces previstos en la misma.

La ventaja de esta doctrina es que distingue tres planos que con frecuencia se confundieron durante la pandemia. El primero es el de la suspensión, que supone una paralización transitoria pero total de la eficacia del derecho en los términos estrictos del art. 55.1 CE, y requiere la declaración de los estados de excepción o sitio, los más intensos que prevé el ordenamiento jurídico y que requieren una tramitación más extensa y consensuada. El segundo es el de la restricción legislativa, que puede ser intensa, pero debe respetar la reserva de ley o ley orgánica correspondiente, el contenido esencial de los derechos y el principio de proporcionalidad al entrar en colación otros derechos; y el tercero es el de la aplicación administrativa concreta, sometida a motivación, control y, cuando proceda, autorización o ratificación judicial para situaciones verdaderamente de gestión u organización de la actividad y sistema sanitarios en cada una de las CCAA.

Desde esta perspectiva, la STC 133/2025 evita pronunciarse de nuevo sobre la frontera entre alarma y excepción porque el caso queda resuelto en un nivel anterior, ya que de cualquier modo la ley autonómica ordinaria no podía configurar esos límites a los diferentes derechos fundamentales. Pero su razonamiento presupone la distinción actualizada entre restricción y suspensión manada de la STC 148/2021. Las medidas vascas

no son anuladas por ser suspensiones tratadas como limitaciones, sino por tratarse de restricciones de derechos fundamentales que debían estar previstas en una ley orgánica. La diferencia no es terminológica: determina la ordenación del sistema de fuentes, el alcance del control autonómico-estatal (Aragón Reyes, 1995: pp. 147-156), así como la supervisión del poder judicial, y el margen de actuación de los poderes territoriales en dichas materias (Cruz Villalón, 1981: pp. 115-116).

La comparación con el estándar europeo confirma la aproximación a esta “escuela” de doctrina, debido a que, en sus distintas resoluciones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no exige que toda medida sanitaria intensa sea encauzada mediante un régimen constitucional de excepción o extrema necesidad. En *Vavříčka et autres v. République Tchèque*, la Gran Sala admitió que el deber legal de vacunación de la población infantil, acompañado de sanciones de carácter no físicas sino dinerarias y la exclusión de determinados servicios del sistema educativo, podía ser compatible con el art. 8 CEDH si perseguía un fin legítimo, tenía base legal y superaba el examen de necesidad en una sociedad democrática, con el fin último de garantizar la seguridad del colectivo y la inmutabilidad de grupo. En *Enhorn v. Suède*, por el contrario, el TEDH exigió que el internamiento de una persona por razones epidemiológicas fuese último recurso y estuviera justificado por necesidad real, que debe derivar de un peligro justificado y que no puede ser evitado o reducido casi a su totalidad que no sea de otra forma que no exija el internamiento o aislamiento completo de la persona para reducir el daño (véase además *Hilda Hafsteinsdóttir c. Islande*, y *Witold Litwa c. Pologne* -donde el TEDH delimita la intensidad y justificación de la suspensión para no incurrir en una violación del art. 5 de la convención-).

Expuesto lo anterior, sin embargo, la STC 133/2025 añade un rasgo personal a los matices europeos con una característica propia del orden español: en nuestro sistema, cuando la restricción se proyecta sobre derechos de la sección primera, la “ley” requerida para delimitar su alcance no puede ser cualquier ley, en virtud del art. 81.1 CE debe ser una ley orgánica (Presno Linera, 2005: pp. 487-489) en caso de que la norma determine con carácter primario el alcance del derecho. Esta exigencia puede parecer formalista desde una lógica estrictamente sanitaria y de interés público; pero en términos constitucionales cumple una función sustantiva: someter la reducción general del ámbito de libertad a una mayoría reforzada y a una forma normativa especialmente cualificada que el constituyente considera esencial para los derechos inherentes a la persona y a la sociedad.

2. Los magistrados dedican especial atención a las medidas que, bajo distintas técnicas normativas, producían efectos restrictivos sobre la autonomía corporal, la intimidad, la libertad personal, la movilidad y la reunión. El análisis resulta particularmente interesante en materia de pruebas diagnósticas y vacunación. En principio, podría sostenerse que no existe restricción de derechos si la ley no autoriza expresamente la inoculación forzosa o la compulsión física al tratamiento, sin embargo; el Tribunal adopta una mirada más realista: la restricción puede existir cuando el rechazo desencadena consecuencias jurídicas suficientemente graves para el individuo.

Esta comprensión es coherente con la jurisprudencia del TEDH y con la doctrina constitucional española sobre integridad física. Desde la perspectiva del art. 15 CE, la intervención corporal exige consentimiento informado salvo habilitación legal suficiente, finalidad constitucional legítima y proporcionalidad estricta. Como ya han sido tratadas por el autor (Pérez Mosqueda, 2025: pp. 227-229), sentencias como la 83/2024 y la 148/2023

han examinado en profundidad la posición constitucional y los límites a la vacunación y pruebas de ámbito invasivo que entran en colisión con los derechos fundamentales tanto de menores como de adultos, que se resuelven con conceptos como el del consentimiento informado tratado previamente y el objetivo de la sociedad de mantener la inmunidad colectiva con primacía sobre el interés individual. La Ley 41/2002, básica de autonomía del paciente, parte del consentimiento como regla y solo admite excepciones tasadas, entre ellas el riesgo para la salud pública previsto por la ley (Nogueira López, 2020: pp. 25-26). Por ello, cuando una norma general convierte la prueba, el cribado o la vacunación en condición práctica para trabajar, circular o evitar restricciones, entra de lleno en el terreno de la garantía constitucional y debe ser examinado bajo el canon de la STC 148/2023 (Cruz Villalón, 1981: pp. 115-116).

En materia de aislamientos y cuarentenas personales, la cuestión se aproxima al art. 17 CE cuando la medida implica el confinamiento determinado según cada sujeto. La sentencia no considera toda cuarentena como una privación de libertad en sentido pleno, pero sí advierte que la obligación de permanecer en un lugar concreto, sin posibilidad de autodeterminación suficiente, afecta significativamente a la libertad personal recogida en el precepto anterior. En este punto resulta útil la pauta de Enhorn, que el intérprete de la constitución apropia tácitamente si bien adapta al orden español: la privación de libertad por razones epidemiológicas solo es aceptable cuando la enfermedad representa un peligro serio y real, donde la medida es la más idónea para evitar la propagación y si no existieren alternativas que fuesen menos restrictivas para obtener el fin, pauta muy correlacionada con el principio de proporcionalidad.

Las restricciones de movilidad nocturna, que restringen la movilidad a un perímetro o de confinamiento intramuros son examinadas, en cambio, desde el art. 19 CE. El Tribunal entiende que, en la medida en que dejan un margen de deambulación compatible con la libertad personal -si bien a veces ínfimo-, afectan a la libertad de circulación y no necesariamente a la recogida en el art. 17 CE. Esta distinción es correcta siempre que la restricción no equivalga en la práctica a un encierro domiciliario ya sea general o individualizado. La interpretación del tribunal permite preservar la especificidad del derecho a la libertad personal, sin por ello rebajar la protección de la libertad de circulación ni su sujeción a reserva legal suficiente.

El derecho de reunión, sin embargo, plantea un problema adicional. Las limitaciones de reuniones sociales y de grupos de personas no siempre encajan en la imagen clásica de la manifestación pública. Sin embargo, el Tribunal considera que afectan al art. 21 CE, en conexión con la intimidad personal y familiar cuando recaen sobre reuniones privadas; la lectura es garantista, porque impide que el legislador eluda el estatuto del derecho de reunión mediante la etiqueta de “reunión social” o “grupo de personas”, y al mismo tiempo exige prudencia, pues no toda regla de aforo o convivencia privada tiene necesariamente la misma intensidad constitucional. Si bien la interpretación del derecho de reunión en este caso no es la que el constituyente previó en su día, es extensible a la materia tratada en la sentencia, ya que las reuniones privadas comprenden uno de los bienes de especial trascendencia constitucional a los que el constituyente quiso otorgar una especial protección por su relevancia e importancia democrática (Pérez Luño, 2013: p. 55).

La doctrina resultante tiene una virtud y un riesgo. Si bien los magistrados identifican la substancia restrictiva de las medidas más allá de su apariencia técnica, donde no basta

con que una ley denomine “recomendación”, “protocolo” o “medida preventiva” a una obligación jurídicamente respaldada por sanciones o consecuencias adversas que entren en colisión con derechos fundamentales, crea una clara incertidumbre para el legislador difuminando la frontera entre regulación complementaria y desarrollo directo de los derechos fundamentales. El sumo intérprete de este modo no sólo otorga un voto de confianza, sino que prácticamente obliga al legislador orgánico a que establezca un marco claro de categorías, presupuestos y garantías que permitan la distinción entre ambos presupuestos.

3. Una parte relevante del fallo es la extensión de la nulidad a preceptos no impugnados de carácter sancionador vinculados a las medidas cuya inconstitucionalidad fue declarada. El Tribunal aplica el art. 39.1 LOTC y declara la inconstitucionalidad por conexión (Viver Pi-Sunyer, 1989: pp. 159-173) o consecuencia de normas que pierden su sentido una vez expulsado del ordenamiento el presupuesto material al que servían a determinados preceptos de la ley (Aragón Reyes, 1995: pp. 147-156). Así sucede con los apartados del art. 23 relativos a la aplicación de los aislamientos y cuarentenas, con el art. 28.1 a) sobre limitación de grupos de personas y con determinados incisos del art. 40 relativos al incumplimiento de medidas de movilidad, confinamiento o reuniones.

La conexión entre restricción y sanción es constitucionalmente decisiva. Un régimen sancionador no puede subsistir de forma autónoma cuando castiga el incumplimiento de una obligación cuya fuente ha sido declarada inconstitucional (Viver Pi-Sunyer, 1989: pp. 159-173). Además, en el ámbito de los derechos fundamentales, la sanción no es un elemento externo a la restricción; forma parte de su mera estructura, ya que el ciudadano no evalúa la medida sanitaria en abstracto, sino en relación con las consecuencias jurídicas de incumplirla (Alexy, 1993: pp. 86-87; Fuller, 1964: p. 47; Hart, 1961: pp. 38-39). Por eso la sanción confirma la naturaleza limitativa de la medida y refuerza la necesidad de una fuente normativa adecuada.

En el ámbito de la suspensión de la actividad comercial prevista en la ley, los recurrentes invocaban la libertad de empresa del art. 38 CE y la doctrina de la STC 148/2021 sobre la suspensión de actividades durante el primer estado de alarma. El Tribunal desestima la impugnación razonando que la libertad de empresa ampara iniciar y sostener el ejercicio de la actividad empresarial, pero admite limitaciones legales cuando persiguen un fin constitucionalmente legítimo y resultan idóneas y necesarias para proteger la salud. En este sentido la diferencia con las medidas anuladas es doble: En primer lugar, la libertad de empresa no pertenece a la sección primera del capítulo II del título I y, por tanto, no queda sometida a la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE. En segundo lugar, la sentencia sí entra aquí en un juicio material de proporcionalidad -similar a otras sentencias con objeto en leyes similares de otras CCAA- aunque de forma sucinta a la tesis principal. Si bien el cierre o suspensión de actividades puede tener efectos económicos muy severos, el tribunal considera que la objeción formal que invalida las restricciones de derechos fundamentales no se traslada automáticamente al art. 38 CE por los motivos mencionados anteriormente.

El contraste permite apreciar que la STC 133/2025 no es una sentencia contraria a las medidas sanitarias; no invalida por principio la capacidad del poder público para limitar actividades económicas, movilidad o reuniones ante riesgos de contagio. Lo que hace es diferenciar las fuentes y garantías aplicables según el derecho afectado. Esta distin-

ción es importante para futuras crisis: el legislador ordinario puede regular numerosos aspectos sanitarios, económicos u organizativos; pero cuando la regulación define coactivamente el alcance de derechos fundamentales, el control se refuerza y la exigencia de ley orgánica se activa.

IV. Lectura comparada: La visión española puesta a colación en el marco europeo.

La solución española puede ponerse en diálogo con otros sistemas de derecho codificado. En Alemania, las decisiones del TC alemán sobre la llamada “federal emergency brake” admitieron restricciones intensas de contactos, circulación y escolarización durante la pandemia, pero insistieron en la centralidad de la base legal parlamentaria, la temporalidad, la evaluación del conocimiento científico disponible y la ponderación entre protección de la vida y cargas sobre los derechos (1 BvR 889/21: pp 140-186; pp. 210-236). El enfoque alemán muestra una deferencia relevante al legislador cuando actúa en condiciones de incertidumbre, pero no renuncia al control de proporcionalidad.

El Conseil Constitutionnel francés ha seguido una lógica semejante en sus decisiones sobre el estado de urgencia sanitaria y el pase sanitario (Décision n° 2020-803 DC: 4.19). Ha admitido que el legislador pueda condicionar determinadas actividades o accesos por razones de salud pública, siempre que las restricciones estén definidas por la ley, sean temporales, se vinculen a la situación epidemiológica y no priven de garantías esenciales a las personas afectadas (Décision n° 2021-819 DC). El patrón común en estos sistemas no es la supremacía absoluta de la salud pública ni la intangibilidad de los derechos. Es una combinación de legalidad parlamentaria, deferencia razonable a la ciencia, temporalidad concreta, revisión constante y actualizada y proporcionalidad en la toma de decisiones y aplicación de la ley.

En ese marco, la singularidad española procede de la reserva de ley orgánica requerida por el ordenamiento. La jurisprudencia del TEDH permite reforzar este punto. Vavříčka no autoriza cualquier obligación vacunal; acepta una política general bajo un margen de apreciación amplio porque existían base legal, fines legítimos, consenso sanitario, sanciones moderadas y exenciones, Enhorn exige que la privación de libertad por enfermedad contagiosa sea último recurso, y la doctrina española sobre restricciones de reuniones durante la pandemia insiste en que las prohibiciones generales y prolongadas exigen control especialmente riguroso de necesidad, proporcionalidad (Barnes, 1994: pp. 499-501), temporalidad (STC 183/2021) y vías de revisión.

Con todo, el derecho comparado también advierte contra una consecuencia indeseable: el formalismo sin una concreta capacidad de respuesta. Los sistemas constitucionales que han resistido mejor la pandemia no son los que han elegido entre derechos o salud, sino los que han construido reglas previas, claras y revisables. Una reserva orgánica robusta solo será funcional si el legislador orgánico asume su responsabilidad y actúa con rapidez. De lo contrario, la exigencia de ley orgánica puede convertirse en un obstáculo práctico que empuje a la administración hacia soluciones improvisadas o hacia una litigiosidad excesiva en cada medida concreta, poniendo en peligro la salud y la seguridad ciudadana.

V. Conclusiones

La STC 133/2025 merece una valoración predominantemente positiva desde la dogmática de los derechos fundamentales. Su principal acierto consiste en recordar que una

crisis, por grave que sea, no suspende el sistema de fuentes. La Constitución no solo protege derechos mediante la dimensión material; también lo hace desde la formal. La reserva de ley orgánica no es un ritual procedimental, sino una garantía democrática reforzada para decidir cuándo y cómo pueden reducirse las garantías más sensibles del ordenamiento. En situaciones de emergencia, esta función formal adquiere una dimensión sustantiva especialmente visible.

También es acertada la atención prestada a la coactividad real de las medidas. La sentencia contribuye a superar una concepción excesivamente simple de la distinción entre restricción y suspensión. El Derecho constitucional no debe quedarse en la mera interpretación lingüística de la norma, ya que una prueba diagnóstica “voluntaria” puede convertirse en prácticamente obligatoria si su rechazo impide trabajar, acceder a servicios o evitar restricciones personalizadas, y una recomendación puede ser un mandato si su incumplimiento se sanciona. Esta visión material protege mejor la libertad individual y evita que la administración eluda garantías mediante técnicas normativas indirectas. Las restricciones sanitarias pueden ser intensas sin convertirse automáticamente en suspensiones, pero entonces deben someterse a las garantías propias de las restricciones de derechos: forma adecuada, respeto al contenido esencial, proporcionalidad, seguridad jurídica, temporalidad y riguroso control.

El fallo además es especialmente relevante por su análisis de la coactividad. No solo restringe derechos la intervención física directa; también lo hacen las obligaciones respaldadas por sanciones o consecuencias jurídicas adversas. Esta aproximación se respalda en la jurisprudencia del TEDH y los estándares comparados, que admiten medidas sanitarias obligatorias o condicionantes siempre que cuenten con base legal suficiente y respondan a un juicio de necesidad y proporcionalidad.

La anulación por conexión del régimen sancionador confirma que sanción y restricción forman parte de una misma comprensión y arquitectura normativa, por lo que, si el precepto restrictivo es declarado inconstitucional por falta de cobertura orgánica, no puede subsistir la sanción asociada al mismo. En cambio, la desestimación de la impugnación del art. 19.3 muestra que el Tribunal no adopta una posición contraria a toda limitación en materia sanitaria, sino que diferencia cuidadosamente las garantías exigibles según el derecho afectado.

Sin embargo, la sentencia deja abiertos varios problemas, el primero es la relación entre la Ley Orgánica 3/1986 y la legislación ordinaria de desarrollo. La Ley Orgánica 3/1986 fue útil por su flexibilidad en los primeros momentos de la pandemia, y ante una situación de extrema crisis, pero su redacción es demasiado breve y abierta para sostener por sí sola un sistema completo de restricciones sanitarias a gran escala, prolongadas y territorialmente diferenciadas. La doctrina constitucional reciente muestra que esa flexibilidad tiene un coste: si el marco orgánico estatal no define diferentes categorías, presupuestos y garantías, las leyes ordinarias que intentan completar el sistema pueden quedar expuestas a la nulidad de sus preceptos.

El segundo problema es el de la coordinación territorial, ya que la salud pública es una materia de ejecución descentralizada, pero los derechos fundamentales requieren un consenso común de toda la sociedad. La respuesta no puede consistir en negar el papel autonómico en la materia, probado que las comunidades autónomas son las que

gestionan los servicios sanitarios, conocen la realidad epidemiológica del territorio y deben adoptar decisiones rápidas para evitar consecuencias desastrosas. Una ley orgánica estatal que fijase el marco primario de restricciones (Velasco Caballero, 2009: p. 156) y permitiese a las autoridades autonómicas aplicar y modular medidas dentro de parámetros claros -con coordinación interterritorial y control judicial cuando sea necesario- integraría el ordenamiento con todos los mecanismos para gestionar crisis de este tipo y favorecería la coordinación estatal y local.

El tercer problema afecta al control judicial de las medidas de prevención y sanción. Durante la pandemia se atribuyó a la jurisdicción contencioso-administrativa un papel central de autorización o ratificación de medidas sanitarias generales. Si bien la técnica permitió cierto control, generó respuestas dispares y situó al juez ante decisiones con un fuerte componente técnico y prospectivo propias de otras jurisdicciones más familiarizadas con estas cuestiones (García Martínez, 1988: pp. 431-433). Una futura ley orgánica debería plantear como uno de sus objetivos principales ordenar mejor ese control, no para sustituir la decisión sanitaria por la judicial, sino para asegurar la legalidad de la medida, su proporcionalidad, una temporalidad concreta y su revisión efectiva.

Finalmente, la futura regulación debe distinguir con precisión entre medidas individuales, colectivas y generales. No es lo mismo aislar a una persona contagiada, imponer cuarentena a una unidad familiar, restringir la movilidad nocturna en un territorio, limitar las reuniones privadas entre individuos o condicionar determinadas actividades a pruebas diagnósticas. Cada medida afecta a derechos distintos, requiere presupuestos diferentes y exige garantías específicas. La STC 133/2025 no proporciona un catálogo completo, pero sí indica el punto de partida: allí donde la medida reduce el ámbito material de un derecho fundamental, la fuente normativa debe estar a la altura del derecho afectado.

Referencias bibliográficas

Doctrina

- Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales (E. Garzón Valdés, trad.). Centro de Estudios Constitucionales
- Aragón Reyes, M. (1995). Constitución y control del poder. Ciudad Argentina.
- Balaguer Callejón, F., & Cámara Villar, G. (2017). Manual de derecho constitucional (12ª ed.). Tecnos.
- Barnes, J. (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario. Revista de administración pública (Madrid), 135(135), 495-538.
- Presno Linera, M. Á. (2005). RESEÑA de: Bastida Frejeido, Francisco; Villaverde Menéndez, Ignacio; Requejo Rodríguez, Paloma; Presno Linera, Miguel Ángel; Aláez Corral, Benito; Fernández Sarasola, Ignacio. Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1. Teoría y Realidad Constitucional, 16, 487. <https://doi.org/10.5944/trc.16.2005.7073>
- Cruz Villalón, P. (1984). Estados excepcionales y suspensión de garantías. Tecnos.
- García Martínez, M. A. (1988). De Otto, Ignacio: «Derecho constitucional. Sistema de fuentes» (Recensión). Revista De Las Cortes Generales, (14), 427-438. <https://doi.org/10.5944/trc.16.2005.7073>

org/10.33426/rcg/1988/14/1327

- Medina Guerrero, M. (1996) La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales. Madrid, McGraw-Hill.
- Nogueira López, A. (2020). Confinar el coronavirus: Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, 22-31.
- Velasco Caballero, F. (2020). Estado de alarma y distribución territorial del poder. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, 78-87.
- Pérez Luño, A.E. (2013). Los derechos fundamentales (11ª ed). Tecnos.
- Fuller, L. (1964). La moral del Derecho.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford University Press.
- Pedro Cruz Villalón (1981), "El nuevo Derecho de excepción", *Revista Española de Derecho Constitucional*, págs. 93-128.
- Viver Pi-Sunyer, C. (1989), *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ariel.
- Fernández Farreres, G. (1991). "Colisiones normativas y primacía del Derecho estatal", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Madrid: Civitas, págs. 537-567.
- Velasco Caballero, F. (2009), "Método de la ponderación y sistema competencial", en Ortega Álvarez, L.; De la Sierra S., *Ponderación y Derecho administrativo*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons págs. 135-158.

Jurisprudencia

- *Affaire Vavřika et autres c. République Tchèque* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Gran Sala] 8 de abril de 2021).
- *Affaire Ernhorn c. Suède* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Gran Sala] 25 de enero de 2005).
- *Affaire Hilda Hafsteindóttir c. Islande* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Gran Sala] 8 de junio de 2004).
- *Affaire Witold Litwa c. Pologne* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Gran Sala] 4 de abril de 2000).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021 (Tribunal Constitucional 27 de octubre de 2021). Recurso de inconstitucionalidad núm. 5342-2020. Boletín Oficial del Estado, 282, 25 de noviembre de 2021.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 136/2024 (Tribunal Constitucional 5 de noviembre de 2024). Recurso de inconstitucionalidad núm. 2901-2021. Boletín Oficial del Estado, 294, 6 de diciembre de 2024.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021 (Tribunal Constitucional 14 de julio de 2021). Recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020. Boletín Oficial del Estado, 182, 31 de julio de 2021.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2023 (Tribunal Constitucional 6 de noviembre de 2023). Recurso de amparo núm. 3272-2022. Boletín Oficial del Estado, 301, 18 de diciembre de 2023.
- Bundesverfassungsgericht. (2021). Order of the First Senate of 19 November 2021, 1 BvR 781/21 et al. (*Federal Emergency Brake I*).
- Bundesverfassungsgericht. (2021). Order of the First Senate of 19 November 2021, 1 BvR 971/21 and 1 BvR 1069/21 (*Federal Emergency Brake II*).
- Conseil Constitutionnel. (2021). Décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021, Loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire

Legislación

- Constitución Española. (1978). Boletín Oficial del Estado, 311, 29 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas-Especiales en Materia de Salud Pública. Boletín Oficial del Estado, 102, 29 de abril de 1986.
- Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Boletín Oficial del Estado, 134, 5 de junio de 1981.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Boletín Oficial del Estado, 274, 15 de noviembre de 2002.
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Boletín Oficial del Estado, 239, 29 de abril de 1986.
- Ley del Parlamento Vasco 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de COVID-19. Boletín Oficial del Estado, 168, 15 de julio de 2021.

Impugnación de la maternidad y gestación por sustitución: el rechazo del Tribunal Supremo en la STS 1262/2025

Challenges to maternity and surrogacy:
the Supreme Court's rejection in Judgment
1262/2025

Juan Asanza Parra¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2026\)13](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2026)13)

Comentario a
STS 1262/2025, de 25 de marzo
Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil

Acceso al Fallo

RESUMEN:

Este estudio constituye un análisis doctrinal y jurisprudencial pormenorizado sobre la gestación por sustitución en España, centrándose en el comentario de la STS 1262/2025, de 25 de marzo. Su carácter es analítico-crítico, pues examina la evolución de la normativa y la prolongada tensión entre los criterios de la administración y los tribunales respecto al orden público, la dignidad humana y los derechos fundamentales.

ABSTRACT

This study provides a detailed doctrinal and case-law analysis of surrogacy in Spain, focusing on a commentary on Supreme Court Judgment 1262/2025 of 25 March. It is analytical and critical in nature, as it examines the evolution of the legislation and the long-standing tension between the criteria of the administration and the courts regarding public order, human dignity and fundamental rights.

¹ Estudiante de 3º curso del Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas en la Universidad Autónoma de Madrid. Mail. jasanzaparra@gmail.com. Nro de ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-7989-4679>.

PALABRAS CLAVE: filiación, gestación subrogada, interés superior del menor, orden público, doctrina.

KEYWORDS: affiliation, surrogacy, best interest of the minor, public order, doctrine

I. Introducción

El avance de las tecnologías ha reportado diversos logros científicos en el campo de la reproducción humana. En el siglo XX aparecen las llamadas técnicas de reproducción asistida, una alternativa para paliar la patología de la esterilidad mediante la intervención en algunas fases de la procreación humana. El desarrollo de estas técnicas, junto con la mejora de las comunicaciones y la caída en tasas de fertilidad (siendo más frecuente este fenómeno en países desarrollados) han dado lugar, más tarde, a la gestación subrogada.

Según el reciente informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, la reproducción subrogada se define como “una práctica en la que una mujer queda embarazada y gesta a un hijo para otra persona o pareja” (Alsalem, 2025: 4). En este proceso, la mujer renuncia antes del parto a la filiación de esos niños que puedan nacer a causa de este embarazo. Por ello, se distingue entre la madre gestante o sustituta y la madre legal o comitente, a la que pertenece esa filiación materna en base a una relación contractual. Esta serie de arreglos se pueden acordar entre las partes, o a través de la gestión de una clínica o agencia especializada.

La reproducción subrogada tiene dos tipologías genéricas según quién aporta el material genético:

- 1) La gestación tradicional o parcial: la madre sustituta aporta su propio óvulo, que será fecundado mediante inseminación artificial con el semen de uno de los comitentes o un donante. Por ende, aporta material genético y guarda vínculo biológico con el embrión.
- 2) La subrogación gestacional o total: la madre gestante solo se limita a gestar un embrión concebido mediante la técnica de fecundación in vitro, con gametos procedentes de los comitentes o de un donante. Por tanto, la gestante no aporta material genético alguno, y el nacido no tendrá parentesco biológico alguno con ella.

Observando este fenómeno, no solo apreciamos la realidad de las técnicas biomédicas, en paralelo, transcurre una relación jurídica que resulta en una serie de efectos, a veces indeseados para las partes del contrato, y que pueden vulnerar los derechos e intereses tanto de la madre como de los niños que nacerán producto de este proceso. La sentencia que analizaremos a continuación es uno de estos casos, pero los efectos jurídicos, sean de conveniencia o no para las partes, siempre se replican en estos supuestos, creando situaciones de inseguridad jurídica.

De esta forma, una gestación subrogada conlleva celebrar un contrato de maternidad subrogada, donde la madre gestante se obliga a soportar el embarazo y dar a luz. Posteriormente se entrega los menores nacidos, con o sin precio, al contratante o tercero (la pareja comitente. Una definición más exacta de este contrato puede ser: “Contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también el

óvulo, comprometiéndose a entregar al nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán del donante (masculino y/o femenino)” (Verdera Izquierdo, 2007: 1117).

Bajo esta relación contractual, se establecen los términos en que se desarrollará dicha “prestación”, siendo el más notorio la renuncia anticipada a la filiación. Sin embargo, estos contratos pueden contener otro tipo de cláusulas, también con diversos efectos en los derechos e intereses de la madre y los menores. Algunas cláusulas someten a la gestante al control de los comitentes en el seguimiento médico del proceso, pero también puede coartarse su libertad deambulatoria dentro del país o ciudad donde viva.

A todo esto, hay que añadir que a veces, las condiciones de un contrato son demasiado legalistas y están redactadas en un idioma que la madre sustituta no puede entender. Esto propugna que las madres gestantes no sean conscientes de todos los riesgos que asumen al realizar esta práctica (Alsalem, 2025: 18-22). Además, la determinación de la filiación y la nacionalidad de un niño en gestación subrogada puede plantear dificultades y ocasiones que el niño carezca de protección adecuada de sus derechos.

A razón de este contexto social, económico e internacional, la solución optada por el legislador español es la prohibición tajante de este tipo de contratos, con su consecuente pena en caso asistir como intermediario en estos procesos. Pero este problema no solo tiene esta única solución. A nivel de derecho comparado esta práctica se aborda de diversas formas por los legisladores, existiendo países donde también queda prohibida, otros donde solo se admite en su modalidad altruista (aunque la concreción de términos como “precio a cambio” tampoco sea clara entre Estados), países permisivos hacia estas prácticas y ordenamientos que no regulan la materia. Esto genera una nueva realidad adicional. En España se produce una “emigración genética” hacia estos países permisivos para realizar estas prácticas. Tras ello, se retorna a España y se pretende la inscripción en el registro civil de estos menores. Este turismo reproductivo es cada vez más frecuente y ha generado un dilema sobre la protección del interés del menor y la madre gestante frente a los intereses de los Estados y, en última instancia, de la sociedad.

A continuación, analizamos una sentencia que tiene por objeto uno de estos casos, donde la filiación de unas menores nacidas a través de gestación subrogada es cuestionada. Aunque no es el caso habitual, es relevante para comprender la magnitud de este debate, que no solo alcanza a la ética o la moral, sino que repercute en los derechos de los niños.

II. Antecedentes de Hecho

Un ciudadano español —que conocemos como D. Marcos— celebró en México un contrato de gestación subrogada, mediante técnicas de reproducción asistida, con una mujer que se comprometía a realizar la gestación, sin aportación de material genético. En las cláusulas del contrato se especificó que D^a Marta —la mujer gestante— renunciaba antes del nacimiento y de la propia gestación a su maternidad legal, jurídica y hasta biológica, al no compartir material genético los bebés que pudieran nacer de este proceso. Por ello, la madre gestante está renunciando a la patria potestad en favor del padre, que le correspondería en exclusiva. El padre sí aporta material genético según el contrato (luego se constata en las periciales que sí fue así).

Cuando nacieron las dos niñas, en 2016, su nacimiento fue inscrito en el Registro Civil de Tabasco con dos apellidos del padre, único progenitor que aparecía en las inscripciones de nacimiento de las niñas.

Posteriormente, el padre acudió al Consulado Español en México para que se practicara la inscripción del nacimiento de las menores en los términos en que había sido realizada por las autoridades mexicanas, pero al no constar acreditada la imposibilidad de asentar el nombre de la madre gestante fue denegada. Finalmente, se inscribió el nacimiento de las niñas bajo los apellidos del padre comitente y la madre gestante, figurando como padre el ciudadano español que contrató la gestación por sustitución y como madre la mujer que suscribió ese contrato y dio a luz a las niñas.

Ya de regreso en España, el D. Marcos presentó una demanda en ejercicio de la acción de impugnación de la filiación materna no matrimonial, con tal de restablecer la inscripción tal y como figuraba en el Registro Civil de Tabasco. Es decir, solicitó que se dictase una sentencia que declare que D^a Marta no es la madre de Piedad y Remedios, tras lo cual, se retire el apellido de esta, siendo sustituido por el segundo apellido paterno. Subsidiariamente, solicitó que se prive a D^a Marta de la patria potestad sobre las menores. Hay que recalcar que D^a Marta solicitó que la demanda fuera estimada.

Esta pretensión fue negada por el Juzgado de Primera Instancia, enunciando que la norma a tener en cuenta es la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (conocida como LTRHA a partir de ahora), ya que la gestación se ha realizado mediante un proceso de subrogación en el extranjero, lo que contraviene nuestro orden público en base al artículo 10 de dicha ley.

D. Marcos y D^a Marta apelaron la sentencia para que fuera estimada la acción de impugnación de la filiación materna ante la Audiencia Provincial de Madrid. En este proceso de apelación, se acordó la práctica de la prueba pericial biológica; resultó que la madre gestante no había aportado material genético. En base a esta falta de vínculo genético con las menores, la Audiencia Provincial acordó revocar la sentencia de primera instancia y conceder la prerrogativas de la parte demandante, el padre biológico.

El Ministerio Fiscal interpuso un recurso de casación contra dicha sentencia, en base a la vulneración de las arts. 131 in fine y 139 del Código Civil (CC), en relación con el art. 10 LTRHA.

III. Argumentación del Tribunal Supremo

El cuerpo argumentativo de la sentencia comienza con una idea clara: reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución era manifestamente contrario al orden público. Esta contrariedad manifiesta colisiona con nuestro ordenamiento en tres puntos, "deriva no solamente de que el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida establezca la nulidad de pleno derecho de estos contratos y que la filiación materna del niño nacido por gestación por sustitución será determinada por el parto. Deriva también de que el contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte". Sin embargo, a continuación, el Tribunal reconoce la clara divergencia entre los pronunciamientos parafraseados, ya que el objeto de este

procedimiento (como ya se ha remarcado anteriormente, ver supra) filiación se centra en “dejar sin efecto la filiación materna que ha sido fijada en el Registro Civil de la madre gestante, ya inscrita en el Registro Civil español de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del art. 10 LTRHA. (En otros pronunciamientos, el *petitum* versa sobre el reconocimiento de una filiación no reconocida hasta el momento, el *exequatur* de una sentencia extranjera o el reconocimiento del acto de una autoridad extranjera).

La Sentencia continúa desestimando la sentencia de la Audiencia Provincial que estimó, en su momento, la impugnación de la filiación materna, afirmando que es contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Además, destaca que el interés del menor no puede confundirse con el interés del padre comitente.

Tras este preaviso, donde la Sala ya deja entrever su postura, se procede a un desarrollo argumentativo sobre este interés superior del menor y cómo y quién debe establecer su contenido preciso. En este sentido, la sentencia deja claro que es el legislador quién tiene la tarea de valorar en abstracto el interés superior del menor junto al resto de intereses aquí conculcados; por lo que el sistema de filiación determinado y las acciones de reclamación e impugnación que se habilitan son una decisión del legislador, y, como tal, vedan la posibilidad a que los jueces atribuyan una filiación a expensas del interés superior del menor.

Respecto a las consideraciones acerca de la dignidad humana y la protección del menor, para la Sala “No se entiende cómo puede beneficiar a las menores que se deje sin efecto la fijación de la filiación materna respecto de la madre que las gestó y alumbró. Que dicha filiación materna contradiga lo acordado en un contrato de gestación subrogada, reconocido en aquel momento como válido por la legislación del Estado de Tabasco en México, no supone que sea contraria al interés del menor, toda vez que el reconocimiento de dichos contratos, y de la determinación de la filiación que en ellos se acuerda y que tiene acceso al Registro Civil de Tabasco, es manifiestamente contrario a nuestro orden público. Entre otras razones porque cosifica a los menores haciéndolos una simple mercancía, objeto de un contrato que pretende fijar su filiación con base en el pago de un precio a una mujer (...) que renuncia a los derechos que como madre gestante le deberían corresponder, y pretende privar al menor de esa filiación materna, así como de su derecho a conocer a su madre”. Por tanto, “dejar sin efecto la inscripción de la filiación materna en el Registro Civil español vulneraría el derecho de las niñas a conocer a sus progenitores y a ser cuidadas por ellos que establece el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989”.

En línea con lo anterior, la sentencia rechaza también la acción de impugnación de la filiación materna por error en el consentimiento. Para ello, el tribunal recuerda que, según el artículo 141 del Código Civil, dicha acción solo puede ser ejercitada por el progenitor que haya prestado su consentimiento viciado por error, violencia o intimidación. En este caso, no ha sido la madre quien impugna, ni existe tal vicio en su voluntad. Lo que el demandante realmente sostiene no es un error jurídicamente relevante, sino su mera disconformidad con la norma que atribuye la maternidad a la mujer que gestó y alumbró. Por tanto, esta acción no puede utilizarse para combatir una filiación fijada conforme a la ley, ni para cuestionar la previsión legal aplicable a los contratos de gestación subrogada.

III. Marco Legal de la Gestación Subrogada en España

En España, ya el 10 de abril de 1986, el Informe de la Comisión Especial de Estudios de la Fecundación in Vitro y la Inseminación artificial humana —sería conocida en adelante como Informe Palacios— recomendó el uso de estas técnicas para los supuestos de esterilidad irrevocable, pero manifestó su preocupación por la “comercialización del cuerpo femenino”, recomendado a su vez la prohibición de la maternidad subrogada. Esta primera respuesta de la Comisión se considera el precedente directo de la Ley 35/1998 sobre técnicas de reproducción asistida, donde ya se establece una clara prohibición de esta práctica, y que hoy se recoge en sus mismos términos por la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en concreto su artículo 10, que funciona como marco normativo de referencia en esta materia.

En este precepto se establece la nulidad de pleno derecho de todo contrato por el cual se practique una gestación subrogada, con o sin precio, por el cual una madre gestante convenga a renunciar a la filiación materna en favor de un tercero (art. 10.1). Tras ello, el artículo afirma que, en caso de producirse esta práctica, la filiación del menor se determina en base al parto; siendo la madre gestante a quien el ordenamiento español atribuye la filiación materna (art. 10.2). A continuación, se establece que queda a salvo la reclamación de paternidad en favor del padre biológico (comitente) a través del procedimiento del art. 131 CC (art. 10.3).

El legislador español no expresa los derechos, principios o valores que se tutelan con la prohibición y son varios los fundamentos que se le han atribuido y que son compartidos por la mayoría de los países de nuestro entorno que prohíben la gestación por sustitución: el carácter *extra commercium* de la vida humana [ex art. 1277CC], la dignidad de la mujer gestante y la protección del interés superior del menor (Guilarte Martín-Calero, 2025: 47). Por lo demás, queda patente el consenso del legislador sobre esta cuestión. Además, el ordenamiento previene sanciones en caso de promover esta técnica en calidad de intermediario, por lo que el Código Penal, en su art. 221.2 CP, tipifica como delito el recibir un menor o actuar como intermediario para tal cometido, con la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación.

Este plano normativo es compatible con los diversos instrumentos internacionales de los que España forma parte: el fundamento del principio de protección de la infancia lo encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en su art. 25.2, junto con la primera consagración del principio de dignidad humana, que excluye la cosificación y mercantilización de mujeres y niños en el contexto de la gestación subrogada; los artículos 7 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), siendo aplicable la prohibición de torturas y malos tratos por analogía a las circunstancias en se explota a las madres sustitutas; y, para terminar esta síntesis, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN en adelante) junto con su segundo protocolo facultativo, el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (OPSC), donde se considera la gestación subrogada como venta de niños. A esta postura se añade el Consejo de Europa. Los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han asentado un precedente muy relevante en la protección de la identidad individual de los menores frente a los efectos de no reconocer una filiación.

Por su parte, la Unión Europea condena la gestación por sustitución en la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los dere-

chos humanos y la democracia en el mundo, donde la considera “contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”. Este pronunciamiento fue reiterado en la Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de febrero de 2024, sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea, entre varias ocasiones. En este contexto, “resulta obvio que la postura común en el seno de las instituciones [de la Unión Europea] es de rechazo hacia la gestación por sustitución, fundamentalmente porque se la considera un supuesto de tráfico de personas y una práctica contraria a la dignidad de la persona” (Hermida Bellot, 2018: 1204). En este sentido, la Unión Europea carece de competencia para intervenir en cada Estado y la situación es de clara discrepancia entre los legisladores nacionales.

1. La solución de la DGSJFP

A. Las Instrucciones de 2009 y 2010. El Control de Legalidad.

Pese a las reticencias de los tribunales españoles, la Dirección General de Registro y Notaría (DGRN), —actual la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP)— ha mantenido una posición permisiva, durante más de una década, a la hora de reconocer los efectos de nacimientos producidos en el extranjero con base en un contrato de gestación subrogada. En este sentido, las Instrucciones de 18 de febrero de 2009 y de 5 de octubre de 2010, sin obviar los matices y cotas que añade la Instrucción de 18 de febrero de 2019, establecían un control de legalidad para preservar las mayores vulneraciones de derechos fundamentales hacia la mujer y el niño afectados por la gestación subrogada, sin dejar de atender a los efectos que pudieran generar estos nacimientos.

Así pues, es necesario remontarse hasta la Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009, que establece un control de legalidad sobre los certificados de registro emitidos en el extranjero, por el cuál no debe aplicarse la norma en conflicto, sino simplemente reconocer la decisión ya pronunciada por una autoridad extranjera (Caravaca y González, 2010: 299). Este control se asienta sobre dos bases. Primero, en necesario verificar que se trata de un documento público emitido por una autoridad extranjera competente. Segundo, se debe confirmar que dicha verificación haya sido expedida por una autoridad registral competente que desempeñe funciones similares a sus homólogos en España (Arroyo Moreno, 2025: 6). De este modo, la DGRN parte de una distinción metodológica fundamental que condiciona todo el control de legalidad: la inscripción del nacimiento mediante certificación registral extranjera no es una cuestión de conflicto de leyes (determinación del Derecho aplicable), sino una cuestión de validez extraterritorial de decisiones extranjeras. Además, se produce una clara diferenciación entre la nulidad del contrato de gestación (de hecho, nunca se niega esta patente vulneración del orden público español) y los efectos periféricos sobre la filiación ya determinada; esto se conoce como una aplicación del orden público internacional “atenuada” para situaciones jurídicas creadas en el extranjero que pueden afectar a cuestiones tan importantes como la vida privada de los menores.

Esta resolución terminaría siendo anulada por el Tribunal Supremo, pero pronto apareció la *Instrucción de la Dirección General de los Registros del Notariado, de 5 de octubre de 2010* (nombrada como DGRN 2010 en adelante), en la que se establecían criterios igual de permisivos con la inscripción de los hijos nacidos por gestación subrogada acaecidos en el extranjero, pero esta vez cuando uno de los progenitores era de nacionalidad española. Para garantizar la protección de los intereses del menor, exigía como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución la existencia de una resolución judicial que determine la filiación, dictada por un tribunal competente con tal de constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado, que el menor ha nacido en un Estado en el que la técnica de gestación por sustitución estuviese regulada (y por consiguiente el pleno respeto a los requisitos previstos en la normativa del país de origen) y que no existiera simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubriera una situación de tráfico internacional de menor. Esta resolución judicial extranjera debía ser reconocida en España a través del procedimiento de exequátur contemplado en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil; por consiguiente, en ningún caso se admitía como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en. lo que no constase la identidad de la madre gestante (Sorrentí Costa, 2025: 623).

Por tanto, el sistema de requisitos DGRN 2010 dejaba, de nuevo, la máxima del art.10.1 LTRHA en un relativo olvido, pues si el país donde tuvo lugar el nacimiento permitía la gestación subrogada y expedía un certificado de nacimiento, siempre que este fuera reconocido por la autoridad jurisdicción extranjera, era inscribible en el Registro.

Para muchos autores, este intento de abordar la situación heredada de los artículos 68, 69 y 96 de el Reglamento del Registro Civil, ha servido para aceptar bajo el orden público español e internacional nacimientos provocados por gestación subrogada, contraviniendo los criterios jurídicos de la célebre (pero posterior) STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014, sobre comercialización del cuerpo humano y la prohibición de renuncia anticipada a los derechos de filiación. De esta forma, este equilibrio normativo (orden público español y la protección del interés superior del menor) entre el respeto al orden público español y la protección del interés superior del menor desemboca en tensión entre estas dos posturas que se ha distendido por casi una década.

B. La Instrucción de 28 de abril de 2025. La Prohibición.

Esta contradicción ha confluído hasta que la Instrucción de 28 de abril de 2025 de la DGSJFP asentó la nueva realidad registral de los menores nacidos mediante gestación por sustitución, siguiendo de cerca los criterios asentados por las últimas sentencias del Tribunal Supremo, siendo esta sentencia una de ellas.

La nueva resolución ratifica la denegación del reconocimiento de sentencia extranjera, tomando como base la STS 1626/2024, de 4 de diciembre (ver infra) por la que en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación una certificación registral extranjera, o la simple declaración acompañada de certificación médica.

La contrariedad con el orden público internacional bajo unos presupuestos mínimos que permiten dar prioridad al interés superior del menor ha cesado, por lo que “se bloquea por completo la continuidad en el espacio de documentos o sentencias que acrediten legalmente el nacimiento” (Durán Ayago, 2025: 1159).

Esta resolución produce el cambio brusco de un modelo de control procesal (que establecían las anteriores resoluciones para hacer valer el interés superior del menor, en aquellos casos donde se acreditase el respeto al orden público internacional, a partir del control de legalidad) por un modelo de prohibición material basado en el orden público.

2. Marco Jurisprudencial

Los tribunales españoles, en especial el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, han conformado una postura parcialmente divergente a los criterios de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública a lo largo de sus pronunciamientos, que ha contribuido a crear este ambiente de tensión entre los órganos administrativos y la jurisprudencia.

La STS del Pleno de 835/2013, de 6 de febrero, que rechazó el reconocimiento de una filiación determinada por una autoridad extranjera en base a un contrato donde se practica la gestación subrogada. La principal causa es la manifiesta vulneración del art. 10.1 LTRHA y de derechos fundamentales reconocidos en la CE y en los convenios internacionales de los que España es parte. Ahora bien, para salvaguardar los intereses del menor, el Tribunal confecciona lo que doctrinalmente se conoce como la “Teoría de los Rodeos”: se reconoce la nulidad del contrato de gestación subrogada y deniega la inscripción de los hijos naturales de los comitentes, puesto que vulnera el artículo 10. No obstante, se permite que, en base al artículo citado anteriormente, pueda reclamar la paternidad al ser padre biológico del menor, y el otro comitente recurra a los mecanismos de adopción que reconoce nuestro ordenamiento (Corredor Agulló, 2023: 54).

Es decir, se establecen dos planos diferenciados, siendo uno la nulidad del contrato de gestación por sustitución, que impide que la filiación derive directamente de este, y la posibilidad de regularizar la situación familiar mediante instituciones legítimas.

Siguiendo las ideas asentadas en esta importante sentencia, el siguiente pronunciamiento relevante es la STS de Pleno 277/2022. Este caso se origina en la interposición por parte del padre de una demanda, donde se ejerció la acción de reconocimiento de filiación materna por posesión de estado respecto de un menor de edad, nacido en Tabasco, México, mediante gestación subrogada (Ballvé, 2025: 54).

Bajo la óptica del anterior pronunciamiento (STS 835/2013) y siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el contrato de gestación subrogada no puede justificar ninguna filiación legal, por fáctica que sea. No obstante, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (donde se reconoce una situación familiar de facto desde los vínculos afectivos, sin relación jurídica alguna; caso *Menesson c. Francia*) aunque que el artículo 131 CC excluye la declaración de filiación por posesión de estado cuando la filiación que se reclama contradice otra legalmente determinada, el interés superior del menor exige, de nuevo, admitir la posibilidad de adopción legal en favor de la madre comitente, ya que el menor y la mujer desarrollan una vida familiar

de facto y este menor vive en España. En este contexto, denegar la filiación adoptiva supondría “una incertidumbre inquietante” (en palabras del TEDH) en su vida privada y desarrollo social.

El último pronunciamiento relevante es la STS 1626/2024, de 4 de diciembre, que termina con esta consideración de control legal al establecer el orden público como límite a la acción de los jueces, siendo el legislador quien ha de realizar esa ponderación a la hora de prever las acciones y mecanismos por los que se puede acceder a la filiación. En este sentido “la concreción de lo que en cada caso constituye el interés del menor no debe hacerse conforme a los intereses de los comitentes de la gestación subrogada, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales sobre estado civil e infancia”. La Sentencia también reafirma que es la formalización del contrato de gestación por sustitución lo que vulnera la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, tanto de la madre como del hijo, en relación con la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, para añadir la gestación subrogada como una forma de violencia hacia la mujer.

Esta última sentencia matiza las ideas y criterios que se sostienen en la STS 1262/2025, por lo que se puede considerar en su misma línea jurisprudencial, que al mes siguiente sería el foco para la Instrucción DGSJFP 2025.

IV. Examen de los argumentos del Tribunal Supremo.

El profuso desarrollo de la normativa administrativa y la jurisprudencia permiten explicar en profundidad los argumentos que emplea el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de marzo de 2025, STS 1262/2025, donde se recuerda la doctrina consolidada por las STS 835/2013, 277/2022 y, sobre todo, 1626/2024, sobre la contrariedad al orden público de los contratos de gestación subrogada y la imposibilidad de reconocer filiaciones derivadas de actas o sentencias extranjeras. Sin ignorar las diferencias que este caso guarda con el resto.

1. Interpretación del artículo 10 LTRHA

El Tribunal Supremo declara que este precepto es aplicable y constitucionalmente válido, sin que quepa excepción por el hecho de que la gestante no haya aportado óvulos; y es que es necesario recordar que la redacción del artículo 10.3 LTRHA “no es la panacea porque deja sin cubrir los casos en que el material genético lo haya aportado la comitente (mujer) y los casos en los que ninguno de los comitentes haya aportado material genético” (Durán Ayago, 2025: 1162).

Ante todo, es patente que la regla escogida en la legislación vigente (apartado segundo del art. 10 de la LTRHA) impide que la gestación subrogada se convierta en motivo de tráfico jurídico, siendo la filiación determinada por el parto. Según Trabucchi, durante el embarazo surge un elemento de responsabilidad entre la gestante y el niño (...) desvirtuando los efectos creados por el acuerdo de gestación por sustitución del contrato (Trabucchi, 1986: 495). De modo que, la ley atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango por la estrecha relación psico-física con el futuro descendiente (Guilarte Martín-Calero, 2025: 46).

2. El interés superior del menor como límite a la intervención judicial

El argumento más sustancioso que vamos a tratar en esta sentencia es el razonamiento del Tribunal sobre la delimitación del principio del interés superior del menor. En diversos pronunciamientos, el Tribunal lo utiliza no como un argumento abierto para atribuir una filiación en cada caso concreto, sino como un límite a la propia intervención judicial.

El art. 10.1 CE se refiere a la dignidad de la persona como un elemento distintivo de la naturaleza humana, que no puede servir como fin más allá de sí misma y, por tanto, hacia el valor único e irrepetible de cada ser humano. Aunque ni la dignidad humana ni el libre desarrollo de la personalidad son genuinos derechos fundamentales, en el sentido de que no son predicables en ellas el régimen de garantías constitucionales establecidos en el artículo 53 CE, sigue cumpliendo una importante función en nuestro sistema constitucional (Agudo Zamora, 2025: 461-462). Para el Tribunal Constitucional, se trata de la “piedra angular” (STC 212/2005) que vertebra todo el sistema de derechos, y eleva este principio a la condición de un “valor jurídico fundamental, como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes” (SSTC 212/2005, 236/2007, 81/2020 Y 66/2022). Pese a esta relevancia, se trata de un concepto jurídico indeterminado. No existe unanimidad en determinar sus extremos, por lo que se debe recurrir a los valores que una sociedad entiende como propios, contenidos en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional, lo que permite extraer un conjunto de planos que conforman el mapa general del interés superior del menor. En este sentido, “los elementos fundamentales son los que aparecen conectados con la individualidad e identidad del menor” (ello se extrae de los diversos pronunciamientos de la DGRN, del propio art. 10 CE y del art. 3 CDN, en conexión con el art. 8 CDN). Por lo que “el aplicador del Derecho debe vigilar con sumo cuidado los resultados a los que conduce la aplicación de las normas jurídicas”, y como consecuencia de esto, “el operador jurídico debe preceder a aplicar o no aplicar dichas normas y/o modular su aplicación en un sentido o en otro, para dar satisfacción al interés superior del menor” (Caravaca y González, 2010: 312-313). Pero como no podría ser de otra forma, este ideario de la sociedad no es extrapolable; cada sociedad toma un conjunto de valores a la hora de edificar sus normas más básicas de convivencia, por lo que existe gran ambivalencia a nivel internacional; y la carga ética y moral que tiene cualquier debate sobre gestación subrogada acentúa esta disparidad. Por ello, de acuerdo con el TS, en casos como este, el interés superior del menor tiene la consideración de “concepto esencialmente controvertido”.

De esta forma, tanto las consideraciones en el ámbito de la Comunidad Europea (con los pronunciamientos del TEDH y su gran relevancia en esta materia) como la evolución de la posición de la Dirección General han preservado esta interpretación favorable a permitir la inscripción bajo ciertos requisitos de una filiación en base a un contrato de gestación subrogada. Sin embargo, esto ha generado una contradicción entre la Administración y los tribunales.

Es así como, 5 años después de la Instrucción DGRN de 18 de febrero de 2019, donde se mantuvieron las consideraciones sobre el control legal, el Tribunal Supremo se pronuncia de nuevo, dando lugar a la STS de Pleno 1626/2024, de 4 de diciembre. Esta sentencia entiende que el interés superior del menor (como concepto jurídico indeterminado) no puede concretarse conforme a los intereses y criterios de los comitentes de la gestación subrogada, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios; de esta forma, el interés superior del menor no habilita al juez a atribuir una

filiación por encima del orden público.

La Sentencia 1262/2025 acoge esta idea y plantea el interés superior del menor como una barrera a la acción judicial, puesto que este debe basarse en el orden público y no apartarse de la solución prevista por el legislador; aunque sea un “principio rector” de nuestro ordenamiento, este interés queda sometido a la decisión del legislador cuando no se aprecie una vulneración de los derechos a la identidad individual del menor, puesto que mantener la filiación materna de la gestante no es perjudicial para el interés del menor.

En este sentido, la sistemática escogida por la STS 1262/2025 es respetuosa con la jurisprudencia del TEDH. El margen de apreciación que tiene los Estados al decidir “qué es necesario en una sociedad democrática, hace que exista una serie de puntos donde no hay consenso respecto de la importancia relativa del interés en cuestión o sobre los mejores medios de protegerlo” puesto que son consideraciones que tratan temas morales o éticos (cosa que dificulta la existencia de una base común entre las leyes de los distintos Estados); Ahora bien, “donde la faceta especialmente importante de la existencia o identidad del individuo esté en cuestión el margen permitido al Estado normalmente se restringirá”(Jiménez Muñoz, 2018: 47-48). De esta forma, mientras los elementos de la identidad de la persona sean preservados, los Estados pueden disponer de ese margen de apreciación, como sucede en esta cuestión. En palabras del Ministerio Fiscal, “tampoco se acierta a ver en el presente caso que la desestimación de la impugnación de filiación coloque a las menores en una situación de desprotección, ni vulnere sus derechos al “desarrollo de su propia personalidad, a su vida familiar y a su vida privada”.

En general, la identidad de las menores se ve protegida en este caso, pero asumir que el orden público prevalece por encima de cualquier filiación que insten los padres comitentes puede acarrear problemas. De base, este planteamiento parece rechazar la teoría del “orden público atenuado”, que está patente en la jurisprudencia del TEDH y que también plantea el magistrado Seijas Quintana en su voto particular, STS 835/2013. Para el magistrado, la definición de orden público debe interpretarse de forma “atenuada”. La afectación del orden público debería ser entendida caso por caso; no puede aceptarse sin más que la gestación subrogada vulnere la dignidad de la mujer gestante y del niño. De esta forma, toda situación de desprotección generada por una ilegalidad tendría su especial solución. Las ideas de este magistrado generan tensiones con los nuevos planteamientos del TS.

Pero la cosa no queda ahí: como hemos mencionado, en este caso se ve preservada la identidad de las niñas a razón de que ni siquiera se trata de reconocer una nueva filiación, por lo que no es necesario acudir a esa ponderación de intereses en base a la protección del menor; pero de ser necesario, cabrían importantes dudas sobre si el interés del menor puede ser interpretado fuera del marco del orden público, pues, recuérdese, aquel forma parte de este (Celia Carrillo Lerma, 2025: 735). Parece que el Tribunal se refiere en su doctrina al interés superior del menor como algo que pueda caber fuera del orden público y, en última instancia, como algo externo a nuestro ordenamiento.

Con todo ello, la doctrina más reciente del TS parece acudir a un modelo unitario de interés superior del menor, donde sus límites vienen prefijados por la decisión del legislador. Esta idea es la que toma como propia la Instrucción DGSJFP 2025. En contraposición con

la posición previa de la DGNSFP, esta instrucción veta cualquier posibilidad de inscripción del nacimiento y filiación de los nacidos mediante gestación por subrogación.

Algunos autores valoran esta DGNSFP 2025 como el término de estos conflictos entre la administración y los tribunales. Como sostiene Sorrentí Costa, la Instrucción de 2025 supone un giro de 180 grados que alinea a la Dirección General con la doctrina del Tribunal Supremo, eliminando así la inseguridad jurídica que generaba la anterior posición permisiva (Sorrentí Costa, 2025, pp. 618-632). Por otro lado, Antonia Durán Ayago considera que “La Instrucción de 2025 es un acto de carácter gubernativo que vulnera derecho”, porque supone un freno a la identidad del niño, pues provoca un limbo jurídico que vulnera el interés superior del menor al bloquear el acceso al Registro Civil español de los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, impidiendo la continuidad de su filiación válidamente establecida en el país de nacimiento. Esto genera una “filiación en diferido”, muy problemática en aquellos casos donde el menor nace en un país donde la filiación no se otorga in soli (Durán Ayago, 2025: 1162-1163).

V. Conclusiones

La STS 1262/2025 cierra la cadena jurisprudencial iniciada en 2013 con tres ideas esenciales: la maternidad se determina por el parto con independencia del vínculo genético, el interés superior del menor no habilita al juez a atribuir una filiación al margen del orden público, y el interés del menor no puede confundirse con el del progenitor comitente. Sobre estas bases, la Instrucción de la DGSJFP de 28 de abril de 2025 alinea por fin la posición administrativa con la jurisprudencia, eliminando la discrepancia institucional que había perdurado durante más de una década y cerrando la vía de la inscripción directa de los nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero. La situación normativa y doctrinal parece haberse asentado tras ese largo período de tensión, pero el nuevo equilibrio deja abierta la pregunta de mayor calado: cómo afectará este modelo a los derechos en materia de filiación de los menores que, pese a la prohibición, siguen naciendo como consecuencia de estos arreglos. Mientras el legislador no aborde esta cuestión de forma sistemática, la adopción como único cauce alternativo continuará generando situaciones de inseguridad jurídica que perjudican, paradójicamente, a quienes el ordenamiento pretende proteger.

Referencias Bibliográficas

- Agudo Zamora, M.J. (2025) *Manual de derecho constitucional*. Decimoquinta. Madrid: Tecnos, pp. 461-462.
- Alsalem, R. (2025) *Violence against women and girls, its causes and consequences: note*. New York. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/4086473> (Accedido: 29 de abril de 2026).
- Arroyo Moreno, A.M. (2025) «Gestación subrogada y Registro civil: impacto de la Sentencia del Tribunal Supremo 1141/2024, de 17 de septiembre, sobre la modificación del lugar de nacimiento», pp. 6.
- Ballvé, M.P. (2025) «Estudio y análisis del marco jurídico y Jurisprudencial de la Gestación por sustitución», *RJCat Doctrina*, (1), pp. 47-62.
- Caravaca, A.-L.C. y González, J.C. (2010) «Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007

de 28 de diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones», *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 2(1), pp. 73-139.

- Carrillo Lerma, C. (2025) «Filiación de los menores en virtud de un contrato de gestación subrogada. Comentario a la STS de España Núm. 1626/2024, de 4 de diciembre (RJ 2024, 5879).», *Revista Boliviana de Derecho*, (39), pp. 720-741.
- Corredor Agulló, Á. (2023) «El desbordamiento del legislador español en torno a la maternidad subrogada», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, (33), pp. 313-388.
- Durán Ayago, A. (2025) «Nota a la Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución: entre lo anodino y lo lesivo», *Cuadernos de derecho transnacional*, 17(2), pp. 1155-1163.
- Guilarte Martín-Calero, C. (2025) «La protección de los derechos del niño nacido de una gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo», *Cuadernos de Derecho Privado*, 5(13), pp. 43-86.
- Hermida Bellot, B. (2018) «Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, y el Comité de los Derechos del Niño», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (767), p. 1193-1229.
- Jiménez Muñoz, F.J. (2018) «Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, (12), pp. 42-54.
- Sorrentí Costa, V.J. (2025) «Gestación Subrogada en España (Comentario a la Instrucción de la DGSJFP de 28 de abril de 2025)», *Revista Boliviana de Derecho*, (40), pp. 616-635.
- Trabucchi, A. (1986) *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*. 5.a ed. Cedam.
- Verdera Izquierdo, B. (2007) «Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida», *Actualidad civil*, 1(10), pp. 1109-1124.

Discriminación indirecta y acceso a la salud para las personas con VIH/SIDA en México: una pata coja de la Suprema Corte

Indirect discrimination and access to healthcare for people with HIV/AIDS in Mexico: a misstep by the Supreme Court

Nicolás Ortuño Hidalgo¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2026\)14](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2026)14)

Comentario a

Amparo en revisión 452/2024

Resolución del 30 de abril de 2025

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)

Acceso al Fallo

RESUMEN:

Este comentario analiza la resolución del Amparo en Revisión 452/2024 de la SCJN, sobre la transferencia interinstitucional de pacientes con VIH/SIDA. La Corte, si bien ordenó la creación de un protocolo claro con estos fines, rechazó la alegación del recurrente sobre discriminación indirecta, con el argumento de ser inoperante, relativo a una vivencia personal y basada en un caso hipotético. Se critica la posición de la Suprema Corte por ser formalista y no considerar la naturaleza de la discriminación indirecta, difícil de probar en tanto parte de una norma aparentemente neutral, pero que conlleva efectos desproporcionados sobre una persona o colectivo vulnerable, sin una razón objetiva que la sustente. Así, propone nuevos motivos por los que la Corte tenía la obligación de realizar un test de escrutinio estricto sobre la constitucionalidad de la norma, así como su posibilidad de inaplicación en el caso concreto.

ABSTRACT

This commentary offers a critical analysis of the Supreme Court of Justice of Mexico's ruling in Amparo en Revisión 452/2024, regarding the inter-institutional transfer of patients with HIV/

¹ Licenciado en Ciencia Política y Relaciones Internacionales (CIDE). Máster en Derecho Constitucional (CEPC y UIMP). Líneas de interés: derecho constitucional, constitucionalismo, filosofía jurídica, derechos humanos, teoría política. Mail: nicolas.ortunohidalgo@gmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-2438-1183>

AIDS. While the Court ordered a clear protocol for this purpose, it rejected the petitioner's claim of indirect discrimination, arguing that it was inoperative, related to a personal experience, and based on a hypothetical scenario. The Supreme Court's position is criticized for being formalistic and failing to consider the nature of indirect discrimination, which is difficult to prove as part of an apparently neutral rule, but which entails disproportionate effects on a vulnerable person or group without an objective reason behind it. Thus, the commentary proposes new grounds on which the Court was obligated to conduct a strict scrutiny test of the rule's constitutionality, as well as its potential inapplicability in the specific case.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la Salud; Discriminación Indirecta; VIH/SIDA; Justicia Constitucional.

KEYWORDS: Right to Health; Indirect Discrimination; HIV/AIDS; Constitutional Justice.

I. Introducción

La teoría política contractualista y el iusnaturalismo ilustrado son abstracciones ficticias adecuadas para explicar esquemáticamente el ideal del Estado liberal (y su evolución al Estado constitucional). Sus presupuestos implican, en primer lugar, la visión del Estado como resultado de la asociación contractual de individuos en principio libres, iguales y autónomos (Cook, 2015: 1). Teóricamente, estas condiciones le otorgan legitimidad de origen a la democracia (Blanco Valdés, 2021: 303). En segundo lugar, que los derechos, como libertades atribuidas a la ciudadanía frente a los poderes públicos, se fundamentan desde una perspectiva que atiende a la condición natural de la persona, en estado absoluto de igualdad (Liao y Etinson, 2012: 351). Sin embargo, restringir el marco analítico del Derecho y la Ciencia Política a dichos supuestos es un error. Esta ficción deja de lado que la lucha por la igualdad y la atribución de derechos responde a conquistas sociales reclamadas por quienes tradicionalmente no ostentan el poder. Hay personas menos libres, en condición de desigualdad y, por tanto, con una autonomía diferenciada o directamente debatible, sin acceso pleno a los mecanismos de garantía de sus supuestos derechos, pero que se mantiene sujeta al poder del Estado, ergo, a los arreglos políticos, económicos y sociales que les desfavorecen (Bunch, 2016: 487).

En ese sentido, la característica más problemática de la discriminación indirecta es su cotidianidad. Al estar anclada en violencia estructural, patrones y una cultura hegemónica, resulta difícil de reconocer y, más aún, de probar –a diferencia de la discriminación directa, que es intencionada y dirigida contra grupos y personas vulnerables. Cuando la realidad parte de un sistema altamente desigual, es muy fácil pasar por alto que normas y acciones aparentemente neutras pueden tener un efecto discriminatorio (y muchas veces desproporcionado) sobre personas y grupos humanos sin un motivo objetivo que lo sustente (Betrián, 2021: 62,65-66). Para combatirla jurídicamente, hay dos obligaciones igualmente importantes: la primera recae sobre el legislador, quien tiene la responsabilidad de investigar los potenciales sesgos y consecuencias discriminatorias de las normas propuestas para emisión o modificación. La segunda descansa en el juez constitucional, quien debe realizar el mismo ejercicio con las normas existentes, ateniéndose a la prevalencia superior de los principios fundamentales y los derechos humanos, y reconociendo que la presunta neutralidad de la ley puede ser ineficaz en una realidad material imperfecta y opresiva para algunos.

En este breve comentario, se analizará la resolución del Amparo en Revisión 452/2024 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México², relacionada con la transferencia de pacientes con VIH entre instituciones públicas de salud. En ella, la SCJN falló que las instituciones deben priorizar la continuidad del tratamiento y el acceso a medicamentos, por lo que ordenaron la creación de protocolos para regular las transferencias interinstitucionales sin vulnerar el derecho a la salud. Sin embargo, rechazó la alegación del demandante sobre discriminación indirecta y vulneración al derecho a la igualdad con el argumento de ser inoperante, presuntamente por sostenerse en su situación particular y aducir escenarios hipotéticos. En cambio, se planteará que la Suprema Corte incurrió en una actitud interpretativa en exceso formalista, en una situación que sí constituye un caso de discriminación indirecta que compromete el goce efectivo del derecho a la salud.

El comentario se estructura en tres partes principales. En primer lugar, desarrolla el contenido de la discriminación indirecta y los estándares jurídicos aplicables en México. Después, resume brevemente los hechos y la resolución del Amparo en Revisión 452/2024, así como los votos concurrentes de los ministros Loretta Ortiz Ahlf y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Finalmente, expone una crítica sobre la decisión de la SCJN, que omite considerar las condiciones estructurales que vive la población con VIH/ SIDA. Para ello, se incorporan datos del contexto social, político y jurídico que debieron tomarse en cuenta. Asimismo, proyecta las posibles implicaciones negativas de la concesión de este amparo, pero que no reconoce un evidente efecto discriminatorio de la normativa de salud, sobre casos análogos.

II. Desigualdad y discriminación indirecta: la norma en México

En 2025, la presidenta Claudia Sheinbaum aseguró que México pasó de ser el país más desigual del mundo, al segundo menos desigual de América, solo después de Canadá (Gobierno de México). Esta afirmación resulta trágica. Es cierto que el coeficiente de GINI ha tendido a la baja, pasando de 45.7 en 2018 a 43.1 en 2022; sin embargo, para comenzar, es evidente que persisten diferencias notables a nivel regional –en tanto el centro y el sur son consistentemente más desiguales que el resto del país (Banco de México, 2024). Según la Clasificación Mundial de Competitividad de 2025, México figura como tercer lugar en desigualdad educativa y en atención médica, cuarto lugar en desigualdad social, noveno lugar en desigualdad de oportunidades, sobre 69 países evaluados (International Institute for Management Development). La Encuesta Nacional sobre Discriminación (ENADIS) de 2022 reveló el aumento del 3.5% de la percepción social sobre la discriminación: 23.7% de las personas encuestadas manifestó haberse sentido discriminada en los últimos 12 meses; 20.5% declaró que se le negó injustificadamente un derecho en los últimos 5 años; los grupos sociales más vulnerables a estas prácticas son la comunidad LGBT+, las personas afrodescendientes, trabajadoras del hogar, personas con discapacidad, migrantes, personas de la diversidad religiosa, personas de distintos grupos etarios (jóvenes y personas mayores), indígenas y mujeres (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2022). Según datos de México Evalúa (2026), la violencia letal en México aumentó en 68% entre 2015 y 2025.

Estos datos dan cuenta de un evidente problema sistémico que compromete seriamente la libertad y la dignidad de las personas, lo que en última instancia condiciona el ejercicio

2 De ahora en adelante, la SCJN, la Suprema Corte, la Corte o el Tribunal.

efectivo del resto de derechos humanos. Por ende, la pretendida neutralidad de las normas jurídicas es insuficiente para asegurar la igualdad material y sustantiva de una parte importante de la población, sobre todo aquella que pertenece a grupos especialmente vulnerables. Así, tanto el análisis constitucional como las alegaciones sobre discriminación no pueden razonarse únicamente desde la formulación abstracta de las normas, sino evaluar los efectos que producen en función del contexto. De lo contrario, es relativamente sencillo que refuercen esquemas que perpetúan estos ciclos de exclusión, desigualdad y violencia.

Como avances normativos relevantes para atender esta materia, están la aprobación de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la discriminación en 2003. Esta instituyó al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, como un órgano no jurisdiccional especializado en la promoción de medidas y políticas públicas interinsitucionales de inclusión social e igualdad (CONAPRED). Designó asignaciones presupuestarias para acciones de nivelación, de inclusión y acciones afirmativas destinadas a combatir inequidades indirectas y estructurales.³ También reconoció y delimitó 5 tipos específicos de discriminación: interseccional, directa, indirecta, estructural o sistémica, y por asociación.⁴ Para efectos de este análisis, describe como discriminación indirecta.

... Aquella que se produce en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro, es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo.⁵

Esta disposición desplaza la intencionalidad de los actos hacia las consecuencias derivadas del contexto en el que son aplicados para hacer justiciables los tratos excluyentes que produce.

Posteriormente, la gran reforma constitucional de 2011 estableció (i) el rango constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, (ii) el principio propersona y la interpretación conforme constitucional y convencional para toda la normatividad derivada sobre derechos humanos y (iii) la prohibición de la discriminación a nivel de derechos humanos⁶. A este respecto, los estándares internacionales que refuerzan el derecho antidiscriminatorio en México se basan en los instrumentos de la ONU⁷ y la OEA⁸.

Ahora bien, dentro de la esfera judicial, para atender estas necesidades y propiciar un mejor entendimiento contextual sobre personas especialmente vulnerables, la Suprema Corte elaboró una serie de *Protocolos de Actuación*. Estos buscan orientar a las personas

3 LFPED. Artículos 3 y 5. Capítulo IV.

4 LFPED. Artículo 1.III BIS a, b, c y d.

5 LFPED. Artículo 1.III BIS b.

6 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Artículo 1.

7 Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 7: "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación"; así como todos los tratados derivados para el combate a diversos tipos de discriminación.

8 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículos 24: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley"; tratados antidiscriminatorios derivados y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

juzgadoras sobre estándares, sesgos y otras consideraciones que deben tomar en cuenta al trabajar en casos en los que estén presentes categorías sospechosas de discriminación (Dirección General de Derechos Humanos y Justicia Pluricultural). Instituyeron como estándar, por ejemplo, el juicio con perspectiva de género, perspectiva intercultural, entre otros relacionados con población LGBTQ+, migrantes, personas con discapacidad, etc.

Adicionalmente, es importante mencionar que distintos sistemas de control de la constitucionalidad han diseñado mecanismos para examinar distinciones legislativas en las que entran en juego categorías sospechosas, últimamente en el principio de proporcionalidad formulado por Alexy (2011: 13-16). En el caso de México, esta idea se cristalizó en forma de la aplicación de un test de escrutinio estricto, que parte de la idea de que toda distinción legal apoyada en una categoría sospechosa mantiene una presunción de inconstitucionalidad que debe ser vencida por una justificación robusta.⁹ Ante la presencia de una categoría sospechosa, las personas juzgadoras tienen la obligación de aplicarlo.¹⁰ El modelo que sigue consiste en determinar si:

1. La distinción basada en la categoría sospechosa cumple con una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional, es decir, debe perseguir un objetivo constitucionalmente importante y no simplemente una finalidad constitucionalmente admisible.
2. La distinción legislativa está estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa, es decir, debe estar totalmente encaminada a la consecución de la finalidad, sin que pueda considerarse suficiente que esté potencialmente conectada con tales objetivos.
3. La distinción legislativa debe ser la medida menos restrictiva para conseguir la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional.¹¹

III. Amparo en Revisión 452/2024

1. Caso y decisión de la Suprema Corte

En 2016, se diagnosticó a la persona quejosa con VIH, motivo por el que comenzó un tratamiento con medicamento antirretroviral en el Centro de Investigación de Enfermedades Infecciosas (CIENI) del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias (INER), bajo una afiliación al entonces vigente Seguro Popular. Sin embargo, en 2021, la persona quejosa fue contratada en una institución federal, por lo que fue inscrita como derechohabiente en el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE). En tanto las instituciones de salud pública como el CIENI solo atienden a población sin acceso a la seguridad social, le comunicaron que debía trasladar su seguimiento médico al ISSSTE y que pronto dejarían de entregarle sus medicamentos. Ante la noticia, el quejoso promovió un amparo indirecto en el que reclamó la omisión de elaborar, poner en marcha y comunicar un protocolo claro de transferencia interinstitucional de pacientes con VIH/SIDA. También impugnó el comunicado de 2017 del Centro Nacional para la Prevención y Control del VIH/SIDA y Hepatitis (CENSIDA), así como un oficio de 2021, que ordenaban verificar la derechohabencia de los pacientes atendidos en unida-

9 SCJN. Tesis 1a. CI/2013 (10a.). Publicada en abril de 2013.

10 SCJN. Tesis 1a. XCIX/2013 (10a.). Publicada en abril de 2013.

11 SCJN. Tesis 1a. CI/2013 (10a.).

des de la Secretaría de Salud. Asimismo, se amparó contra la constitucionalidad de los artículos 7, fracción II; 77 bis 1; 77 bis 7, fracción II; y 77 bis 39 de la Ley General de Salud.¹² Lo interesante es que impugna las normas por producir efectos especialmente negativos para la población con VIH/SIDA. Aunque no se les menciona directamente, la falta de consideración de la gravedad de la enfermedad, su cronicidad y la necesidad de llevar un tratamiento ininterrumpido les ponen en mayor riesgo y desprotección frente a otras personas en caso de transferencia en la atención médica, para la que no existían protocolos. Además, la derechohabencia a instituciones como el ISSSTE o el Instituto Mexicano de Seguridad Social (IMSS) dependen de la situación laboral de la persona, por lo que cambios en el empleo y la contratación pueden alterar el tratamiento de este tipo de enfermedades y, por tanto, volverse barreras materiales para el goce del derecho a la salud. Explicó que la normativa existente inserta a la población con VIH/SIDA en un laberinto burocrático que no toma en cuenta su ciclo de vida o sus condiciones médicas y psicosociales. Así, tratar igual a personas en situaciones objetivamente distintas termina produciendo una desigualdad no justificada.

La Corte reconoció la afectación objetiva del derecho a la salud del quejoso, por lo que ordenó a las autoridades correspondientes a emitir un protocolo concreto para la transferencia interinstitucional de personas con VIH/SIDA¹³ y que, mientras tanto, el paciente siguiera recibiendo tratamiento oportuno en el CIENI.¹⁴ Después, sobreesayó el amparo con respecto a la omisión de autoridades consideradas como no competentes.¹⁵ Por último, negó el amparo con respecto a los artículos impugnados de la Ley General de Salud.¹⁶ Expresó textualmente que:

Esta Primera Sala considera que los argumentos expuestos por el quejoso en cuanto a la inconstitucionalidad de las normas reclamadas resultan inoperantes. Lo anterior, en virtud de que pretende cuestionar la constitucionalidad del sistema normativo impugnado a partir de su situación particular en tanto persona que vive con VIH/SIDA que tiene derecho a recibir y mantener un tratamiento médico adecuado tomando en cuenta su ciclo de vida [...] En ese sentido, conviene recordar que las situaciones particulares no son justiciables en el ámbito constitucional [...] la declaratoria de inaplicación o invalidez no puede partir de las hipótesis que rodean el caso concreto en el que la norma, supuestamente, afecta a la persona [...] los argumentos expuestos por el quejoso devienen inoperantes en virtud de que pretende cuestionar la constitucionalidad de las normas reclamadas a partir de una situación hipotética ya que, en su opinión, al aplicar las disposiciones de la Ley General de Salud en comento se pondrá en riesgo la posibilidad de que el quejoso reciba su tratamiento antirretroviral de manera ininterrumpida y, con ello, mantenga un adecuado nivel de adherencia a dicho tratamiento.¹⁷

No obstante, dos ministros en sus votos concurrentes expresaron que el Tribunal decidió descartar demasiado rápido las alegaciones sobre la inconstitucionalidad de las normas

12 Párrafo 6.c.(i).

13 En respuesta, este 27 de abril de 2026, la Secretaría de Salud publicó el *Acuerdo por el que se emite el Protocolo interinstitucional para la transferencia de personas que viven con VIH en las instituciones públicas del Sistema Nacional de Salud*.

14 Párrafos 215-218.

15 Párrafo 214.

16 Párrafo 212.

17 Párrafos 34-378.

sin realizar el análisis con la debida profundidad que el caso requería.

2. Votos concurrentes

a. Ministra Loretta Ortiz Ahlf¹⁸

La ministra Ortiz Ahlf, sobre este asunto particular, pone énfasis en que el quejoso sí formuló un planteamiento de fondo sobre su naturaleza supuestamente discriminatoria y no únicamente basado en su situación particular, pues alega que la norma condiciona la continuidad de su tratamiento a su régimen de derechohabencia. Además remarca que la población con VIH/SIDA es especialmente vulnerable. Por ello considera que el análisis de fondo debió ser más exhaustivo. Al final, sin embargo, concluye que la validez del marco normativo debería mantenerse, en tanto los efectos discriminatorios (que sí reconoce) no recaen en la formulación del mismo (es decir, no son atribuibles al legislador), sino en la implementación deficiente de la administración pública en la omisión de su obligación para establecer políticas adecuadas a estos efectos.

b. Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena¹⁹

De forma algo más incisiva, el Ministro Gutiérrez Ortiz Mena sí considera que las normas deberían haber sido declaradas como inconstitucionales e inaplicadas en el caso concreto por incurrir en prácticas de discriminación indirecta. En primer lugar, reconoce a la población con VIH/SIDA no solo como vulnerable, sino como históricamente estigmatizada, por lo que debido a su condición de salud, sus casos pueden entrar como categorías sospechosas en función del artículo 1 de la CPEUM²⁰. En segundo lugar, llama la atención sobre el hecho de que, específicamente para el VIH/SIDA, la continuidad del tratamiento es indispensable para preservar la salud y vida de las personas con dicha condición. Las interrupciones pueden generar resistencia hacia los medicamentos antirretrovirales, aumentan los riesgos de hospitalización y de tratamientos costosos en el futuro. Como estas características no son asimilables a otros padecimientos ordinarios, exigen una protección reforzada para el acceso al derecho a la salud. Opina que el caso recurrido en el Amparo en Revisión 452/2024 sí representa, por lo tanto, una ruptura de la igualdad.

Plantea la norma como “un caso paradigmático de discriminación indirecta conforme a la doctrina de esta Suprema Corte”, pues “(i) se trata de una norma aparentemente neutral; (ii) produce un impacto desproporcionado sobre un grupo históricamente estigmatizado en razón de su condición de salud; y (iii) ese impacto no se encuentra justificado por un test de escrutinio”. Menciona que debería haberse empleado un test de escrutinio estricto de constitucionalidad en el que resultaría evidente el carácter discriminatorio de la norma. Argumenta que, si bien obedece a una finalidad legítima –evitar duplicidad en la cobertura de salud y optimizar el uso de recursos públicos–, su aplicación directa produce efectos contraproducentes por los riesgos de salud agravados que supone una interrupción en el tratamiento. Además, nota que el precepto normativo está planteado de manera sobreincluyente, pues los lapsos de transición entre regímenes de seguridad social no generan un riesgo real de

18 Voto concurrente que formula la ministra Loretta Ortiz Ahlf en el Amparo en Revisión 452/2024 (2025).

19 Voto concurrente y aclaratorio que formula el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena con relación al Amparo en Revisión 452/2024, resuelto por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de treinta de abril de dos mil veinticinco (2025).

20 Se trata del artículo sobre el derecho a la no discriminación, que establece la interpretación conforme y el principio pro persona para toda norma relativa a derechos humanos.

duplicidad. Además, recuerda que, según el Amparo en Revisión 378/2014, el Estado tiene obligaciones reforzadas con respecto a la población con VIH/SIDA, especialmente para asegurar el suministro continuo y permanente de medicamentos.

IV. ¿Una experiencia personal y un caso hipotético?: la realidad del VIH en México

1. Las estadísticas del VIH/SIDA

Por un lado, la discriminación y el estigma que sufre la población con VIH/SIDA sigue siendo extremadamente alta. Según los resultados de la última ENADIS (INEGI, 2023), 28.7% de las personas, cree que convivir con una persona con VIH/SIDA es un riesgo. 47.7% de la población de 18 años y más no aceptaría que su hijo o hija contrajera matrimonio con una persona que vive con VIH/SIDA. 34.8% de la población se negaría a rentar un cuarto de su casa a una persona con VIH/SIDA. El 26.2% admitió que tendría poca o nula disposición a contratar laboralmente a una persona con esta condición. Los datos demuestran la afirmación de que VIH/SIDA cae dentro de la categoría sospechosa de discriminación por salud prohibida por el artículo 1 de la CPEUM, de la que se derivan obligaciones para desarrollar medidas de cuidados e inclusión.

Por otro lado, según datos del CENSIDA, en México alrededor de 400,000 personas viven con VIH/SIDA (IMER, 2025). Entre ellas, cerca del 80% tiene conocimiento de su diagnóstico. Ahora bien, 85% de esa población recibe tratamiento antirretroviral y 94% alcanzó un estado de supresión viral –en el que se considera indetectable y, por tanto, intransmisible (Secretaría de Salud, 2023). La mayor parte de la población con VIH/SIDA en México también pertenece a otros grupos históricamente vulnerables, pues son (i) hombres que mantienen relaciones sexuales con otros hombres, (ii) usuarios de sustancias, (iii) personas que se dedican al trabajo sexual y iv) personas de la población trans (IMER, 2025). El director de Atención Integral de CENSIDA reconoció de igual forma que todavía hacen falta documentos de atención diferenciada para casos de este tipo en otras poblaciones vulnerables, como personas indígenas, personas afroamericanas y personas privadas de la libertad (IMER, 2025).

El acceso a la salud es complejo. Los protocolos de las instituciones de salud priorizan la canalización inmediata a tratamiento a partir del diagnóstico y teóricamente la cobertura debe ser accesible y gratuita. No obstante, hay numerosos retos sistémicos y estructurales. Una investigación reciente publicada en *Frontiers in Reproductive Health* demostró, para una clínica en la Ciudad de México, numerosos retrasos y oportunidades perdidas para el diagnóstico oportuno del VIH, que afectan desproporcionadamente a las mujeres –grupo vulnerable al que casi nunca se reconoce como en riesgo para contraer VIH/SIDA (Sierra Barajas et al., 2026: 3-4). También se ha informado sobre un importante desabasto de medicamentos antirretrovirales, así como de profilaxis pre y post exposición y TARV (Pacheco, 2025).

Llama la atención un conteo estadístico realizado algunos años antes. En 2021, 4662 personas fallecieron por enfermedades relacionadas con el VIH. La gran mayoría (40.3%) no tenía afiliación a una institución de salud –que, cabe recordar, es distinto a tener afiliación a instituciones públicas ajenas al IMSS o ISSSTE (INEGI, 2022). Esto es increíblemente revelador, en tanto la falta de registro institucional y seguimiento de un plan de tratamiento estricto probablemente aumenta de manera exponencial las probabilidades de muerte. En conjunto, todos estos datos desvelan barreras y dificultades generales que condicionan fuertemente la vida digna de las personas con VIH/SIDA en México.

2. Vulneración de la igualdad y discriminación indirecta

Conocer la realidad social de las personas que viven con VIH/SIDA, en este caso, es útil para reconocer patrones de invisibilización y aportar otras razones no presentadas por los ministros Ortiz Ahlf y Gutiérrez Ortiz Mena, que refuerzan el argumento de que las normas impugnadas sí generan discriminación indirecta y vulneran el derecho a la igualdad. En primer lugar, con respecto a los argumentos de la corte para rechazar el amparo, el planteamiento del quejoso no es realmente inoperante. Las pruebas sobre la discriminación indirecta necesariamente dependen de los efectos concretos y contextuales de la norma, pues por definición esta siempre es aparentemente neutra. El estándar que aplicó la SCJN para el Amparo en Revisión 452/2024 impone una carga probatoria incompatible con la naturaleza estructural del concepto doctrinal de discriminación indirecta.

Empero, la situación presentada por el recurrente no debería tomarse como una experiencia personal, sino como la ejemplificación de las dificultades que enfrenta un grupo vulnerable, en función de los cambios en su situación laboral. Asimismo, los datos sobre desabasto de medicamentos, sesgos y problemas en los diagnósticos hacen que el escenario de la discontinuidad en el tratamiento no pueda considerarse como un caso hipotético, sino como un riesgo altamente probable. Además, la desproporción de las muertes de personas con VIH/SIDA sin una afiliación institucional sólida demuestran que ese riesgo, generado por problemas burocráticos, puede tener consecuencias fatales. Como muestra la sentencia, los precedentes del Amparo en Revisión 237/2014²¹ y del Amparo en Revisión 226/2020²² ya obligaban a las instituciones públicas a garantizar la provisión ininterrumpida de los tratamientos antirretrovirales y proteger especialmente a las personas con VIH/SIDA en materia de salud por ser especialmente vulnerables.

En segundo lugar, con respecto a los criterios para calificar el caso como discriminación indirecta, hace falta una perspectiva más amplia. La población con VIH/SIDA no solo es un grupo homogéneo históricamente discriminado; también tiene una sobrerrepresentación de personas pertenecientes a otros grupos vulnerables y discriminados, por otras categorías sospechosas especialmente protegidas. Particularmente, hay que poner atención sobre las personas de la población LGBTQ+, personas que se dedican al trabajo sexual y, más recientemente reconocidas, mujeres. La situación de vulnerabilidad múltiple de la mayor parte de la población con VIH/SIDA agrava y hace cualitativamente distintos los efectos desproporcionados de cualquier norma u omisión con efectos discriminatorios.

En tercer lugar, la falta de claridad sobre los procedimientos de transferencia interinstitucional y la incertidumbre sobre la continuidad de los tratamientos para el VIH/SIDA también tienen efectos perversos sobre otros derechos por fuera del alcance del derecho a la salud. Una persona que recibe tratamiento oportuno de manera estricta y continua tiene muy altas probabilidades de alcanzar un estado de supresión viral, en el que el virus se considera indetectable e intransmisible. La interrupción del tratamiento puede revertir ese estado, lo que reintroduce los riesgos de transmisión. En la práctica, una situación así impone una carga desproporcionada sobre la libertad y autonomía plena del paciente, al limitar el ejercicio pleno de su sexualidad. Esto no solo es contrario al

21 Páginas 38, 54, 57.

22 En que resuelve que la dilación en la entrega oportuna de los medicamentos para el VIH viola los artículos 1 (no discriminación), 4 (derecho a la salud) Y 22 (integridad personal y prohibición de tortura, penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes) de la CPEUM/ 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (derecho a la integridad personal).

derecho integral a la salud, sino que compromete el libre desarrollo de la personalidad²³ y la intimidad y vida privada.²⁴

3. Test de escrutinio estricto

En el reconocimiento de la categoría sospechosa de discriminación de las personas que viven con VIH/SIDA, reforzada por la vulnerabilidad múltiple de la mayoría de su población, se deriva que la Suprema Corte tenía la obligación de realizar un test de escrutinio estricto sobre las normas impugnadas, según la *Tesis 1a. XCIX/2013 (10a.)*. En este caso, los artículos 7, fracción II; 77 bis 1; 77 bis 7, fracción II; y 77 bis 39 de la Ley General de Salud, que regulan el acceso gratuito a la atención para personas sin seguridad social y exigen no tener derechohabencia al IMSS o ISSSTE, por lo que suspenden este beneficio si la persona pasa a un régimen de seguridad social.

Primeramente, la finalidad de la normativa impugnada sí persigue un objetivo constitucionalmente importante. Como lo remarca el ministro Gutiérrez Ortiz Mena (2025) en su voto concurrente, evita la duplicidad de cobertura sanitaria y optimiza la asignación de recursos públicos. Tomando en consideración el estado generalizado de desabasto de medicamentos en el país, con énfasis en los tratamientos para el VIH/SIDA, con mucha mayor razón es importante evitar los desperdicios y vacíos que podrían generar las duplicidades. Además, evita la corrupción y asegura la sostenibilidad de los regímenes de salud pública. Además, organiza la prestación de servicios diferenciada entre personas con y sin seguridad social. El derecho a la salud, ejemplo paradigmático de que los derechos son costosos, obliga al Estado a distribuir de la mejor manera recursos de naturaleza escasa.

No obstante, la aplicación indiscriminada de la norma no puede considerarse estrechamente vinculada con esa finalidad. La falta de precisión en su formulación no distingue entre (i) tipos de enfermedad, (ii) urgencia y características del tratamiento, ni (iii) posibilidades reales de duplicidad o mal uso de recursos públicos en función del caso. Así, tiene efectos de origen claramente desproporcionados en (a) personas con enfermedades crónicas, (b) personas con tratamientos estrictos ya sean continuos o vitalicios, que exigen continuidad, y (c) casos de transferencia interinstitucional por motivo de los cambios en la situación laboral de los pacientes, por los que cambia su estatus de derechohabencia en la seguridad social. Ejemplo de ello es la población con VIH/SIDA, que por su condición de discriminación, requiere de una protección reforzada. La norma, como señaló Gutiérrez Ortiz Mena (2025), puede generar mayores hospitalizaciones y costos médicos en caso de generar interrupciones en los tratamientos antirretrovirales, lo que en el largo plazo le quitará más recursos al Estado. La ministra Ortiz Ahlf (2025) en su voto concurrente argumenta que no es la norma la que viola derechos, sino la omisión derivada por la inexistencia de protocolos de transferencia interinstitucional de pacientes. No obstante, la norma, por sí misma, carece de un diseño que permita cumplir su finalidad sin lesionar derechos, en tanto no considera las distinciones anteriormente señaladas ni requiere explícitamente de la creación de protocolos adicionales con respecto a dichos fines.

Por último, definitivamente no es la medida menos restrictiva para conseguir la finalidad alegada. Bien pudo crearse un marco diferenciado en función de las enfermedades

23 Reconocido como autónomo y complementario de otras libertades en las Tesis 1a./J. 4/2019 (10a.) y la Tesis 1a./J. 5/2019 (10a.), publicadas en febrero de 2019, de la SCJN.

24 SCJN (2007). Tesis 1a. CXLIX/2007. Publicada en julio de 2007.

y los tipos de tratamiento. Pudo optarse por un modelo de suspensión condicionada a la cobertura efectiva comprobada en una sola institución de salud. Pudo plantearse un mecanismo de cooperación interinstitucional entre regímenes de salud pública para mantener la atención y los expedientes clínicos de un paciente con los menores cambios posibles, bajo acuerdos de transferencia de recursos con respecto a enfermedades o condiciones de especial vulnerabilidad (como el VIH/SIDA). De manera tal vez más sencilla, la norma pudo ordenar de un inicio la creación por parte de las autoridades competentes de protocolos generales y especiales de transferencia interinstitucional de pacientes en función de los casos y condiciones tratadas. Es por estos motivos que la norma sí debió ser declarada inconstitucional e inaplicada en el caso concreto.

V. Conclusión

El caso tratado no solo visibiliza un problema y una gran deuda que tiene México hacia las personas con VIH/SIDA. Revela una falla estructural del sistema de salud que afecta a todas las personas cuyo ejercicio de derechos depende de tratamientos continuos, especialmente a las que pertenecen a grupos vulnerables. Un ejemplo análogo puede ser la población trans en tratamiento hormonal de reafirmación de género. También hay clínicas de los servicios de salud pública en México que ofrecen estos servicios y que, por tanto, condicionan la permanencia en ese esquema a la no derechohabencia en el IMSS o ISSSTE. La interrupción de un tratamiento hormonal de esas características, si bien no tiene consecuencias fatales como con el VIH/SIDA, puede tener afectaciones serias a la salud de los pacientes. Este caso, al estar ligado con la identidad de género, tiene graves repercusiones en la dignidad, sentido de identidad y salud integral de los pacientes. Asimismo, puede tener grandes consecuencias sobre personas con discapacidad con casos en que la pérdida temporal en el acceso a sus tratamientos les implique regresiones en su progreso o pérdida progresiva de su funcionalidad en ciertas áreas.

Especialmente en casos que comprometen el derecho a la salud de personas pertenecientes a grupos vulnerables e históricamente discriminados, el Estado y la Suprema Corte tienen una obligación especialmente reforzada de proteger sus derechos y restringir las limitaciones a los mismos. La resolución del Amparo en Revisión 452/2024, aunque positiva en su resultado práctico al ordenar la creación de un protocolo efectivo para la transferencia interinstitucional de pacientes con VIH/SIDA, falló en reconocer una situación evidente de discriminación estructural, sustentada por datos, que le obligaba a realizar un test de escrutinio estricto. No obstante, decidió desechar rápidamente los argumentos del quejoso por motivos formalistas que parecen desconocer la naturaleza cotidiana y estructural de la discriminación indirecta, poco visible por la forma de la norma sino por sus efectos prácticos.

La igualdad social material no se agota en la abstracción de la ley, sino que debe reconocer que la ley se inserta en una realidad inequitativa y violenta. Como bien apuntaron los votos concurrentes de los ministros Loretta Ortiz Ahlf y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, el juicio de constitucionalidad no puede limitarse a la estructura literal de la norma cuando opera en un entorno de violencia estructural y precariedad institucional. La pretensión de que el caso del quejoso se basaba en una experiencia personal y alegaba una situación hipotética desconoce deliberadamente que, para la población con VIH/SIDA en México, la discontinuidad en el tratamiento no es un riesgo abstracto, sino una amenaza real sostenida por (i) la altísima discriminación social que enfrentan, (ii) los problemas actuales en los esquemas de salud pública para atenderles de manera continua y oportuna, y (iii)

la comparativa alta tasa de mortalidad que enfrentan las personas sin la seguridad de obtener tratamiento continuo y permanente derivado de la afiliación a una institución de salud.

La creación de un protocolo específico para la transferencia de personas con VIH/SIDA es un gran logro para el acceso al derecho a la salud, pero puede quedar como un paliativo de no acompañarse de una consecuente transformación institucional que incluya de manera amplia a otros grupos vulnerables que comparten la necesidad de un tratamiento continuo. La norma impugnada se mantiene lo suficientemente vaga para continuar desprotegiendo a estas personas. En ese sentido, el juez constitucional debería recordar que también es garante de la eficacia material de las normas por falencias en su diseño y que ninguna omisión administrativa es un hecho aislado, sino el reflejo de fallas corregibles en el Estado de derecho.

Referencias Bibliográficas

- Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, 11-29. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/35741robertalexxyredc91.pdf>.
- Banco de México. (2024). *Índice de GINI*. Disponible en: <https://www.banxico.org.mx/TablasWeb/reportes-economias-regionales/enero-marzo-2024/B586F8E3-3995-4307-9DF0-B47A82841869.html>.
- Betrián Cerdán, P. (2021). La discriminación indirecta. En A. M. Ibarra Olguín (coord.) *Discriminación. Piezas para armar* (pp. 53-79). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales. Disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2022-03/Capi%CC%81tulo%20.%20La%20discriminacio%CC%81n%20indirecta.pdf>.
- Blanco Valdés, R. L. (2021). *La construcción de la libertad. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*. Madrid: Alianza Editorial.
- Bunch, C. (2016). Women's rights as human rights. En, May, L, Delston, J. B. *Applied ethics. A multicultural approach* (pp. 57-66). Nueva York: Routledge.
- Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. (s-f.) *¿Qué es el CONAPRED?* Disponible en: <https://www.conapred.gob.mx/que-es-conapred>.
- Cook, P. (2015). Liberalism, contractarianism, and the problem of exclusion. En S. Wall (ed.) *The Cambridge companion to liberalism* (pp. 87-111). Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/books/abs/cambridge-companion-to-liberalism/liberalism-contractarianism-and-the-problem-of-exclusion/024BD82DC952C691A5629DC5D5252F4A>.
- Gobierno de México. (2025). *Versión estenográfica. La transformación avanza en Jalisco. Evento encabezado por la presidenta de México, Claudia Sheinbaum Pardo, desde Zapopan, Jalisco*. Publicado el 28-9-2025. Disponible en: <https://www.gob.mx/presidencia/es/articulos/version-estenografica-la-transformacion-avanza-en-jalisco>.
- IMER Noticias. (2025). «Al menos 80 mil personas en México viven con VIH sin saberlo»: especialista. Entrevista con el director de Atención Integral de CENSIDA. Publicado el 1-12-2025. Disponible en: <https://noticias.imer.mx/blog/al-menos-80-mil-personas-en-mexico-viven-con-vih-sin-saberlo-especialista/>.

- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2022). *Discriminación en México*. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/tablerosestadisticos/discriminacion/>.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2023). *Encuesta Nacional sobre Discriminación 2022. Presentación de resultados*. Publicado el 17-11-2023. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enadis/2022/doc/enadis2022_resultados.pdf.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2022). *Estadísticas a propósito del Día mundial de la lucha contra el VIH/SIDA (1 de diciembre)*. Comunicado de prensa núm. 710/22. Publicado el 29-11-2022. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2022/EAP_VIH_Nal22.pdf.
- International Institute for Management Development. (2025). *World Competitiveness Ranking 2025. Mexico*. Disponible en: <https://www.imd.org/entity-profile/mexico-wcr/>.
- Liao, S. M. y Etinson, A. (2012). Political and naturalistic conceptions of human rights: a false polemic?, *Journal of Moral Philosophy*, 9, 327–352. Disponible en: <https://www.adam-etinson.com/Political%20and%20Naturalistic%20Conceptions%20of%20Human%20Rights%20-%20Adam%20Etinson%20&%20Matthew%20Liao.pdf>.
- México Evalúa. (2026). *Pese a reducción en 2025, violencia letal aumentó 68% en la última década. Consolidar la paz es el reto*. Publicado el 9-2-2026. Disponible en: <https://mexicoevalua.org/pese-a-reduccion-en-2025-violencia-letal-aumento-68-en-la-ultima-decada-consolidar-la-paz-es-el-reto/>.
- Secretaría de Salud. (2023). 428. *En México, 94% de quienes viven con VIH y reciben tratamiento son indetectables e intransmisibles*. Publicado el 30 de noviembre de 2023. Disponible en: <https://www.gob.mx/salud/prensa/428-en-mexico-94-de-quienes-viven-con-vih-y-reciben-tratamiento-son-indetectables-e-intransmisibles>.
- Sierra Barajas N, Caro Vega Y, Ruiz Dominguez N, Ramos Menchelli AF, López Iniguez A, Silva Casarrubias A, Mejia Castrejon J, Juarez Campos K, Sierra Madero J y Crabtree Ramirez B. (2026). Missed opportunities for HIV diagnosis in Mexico City: unveiling the sex gap, *Frontiers in Reproductive Health*, 8, 1-9 Disponible en: <https://doi.org/10.3389/frph.2026.1755785>.
- Pacheco, W. (2025). *Día Mundial del Sida: México enfrenta estigma y falta de antirretrovirales*. La Cadera de Eva. Publicado el 1-12-2025. Disponible en: <https://lacaderadeeva.com/cuerpos-y-cuidados/que-es-el-dia-mundial-del-sida/13506>.

Normativa oficial e instrumentos jurídicos

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). Última reforma 23-4-2026. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Adoptada el 22 de Noviembre de 1969. Organización de los Estados Americanos. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.
- Diario Oficial de la Federación. (2026). *Acuerdo por el que se emite el Protocolo interinstitucional para la transferencia de personas que viven con VIH en las instituciones*.

Proporcionalidad no es nugatoriedad: derecho a la consulta de personas con discapacidad y control constitucional en México

Proportionality is not Nugatoriness: The Right to Consultation of Persons with Disabilities and Constitutional Review in Mexico

Santiago Ramos Miranda¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2026\)15](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2026)15)

Comentario a

Acción de Inconstitucionalidad 147/2024 (Ombudsman Nacional vs. Ley para las Personas con Discapacidad del estado de Guerrero), 22 de septiembre de 2025
Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)

Acceso al Fallo

RESUMEN:

Este comentario analiza la Acción de Inconstitucionalidad 147/2024, resolución de la Suprema Corte de México que invalidó la definición de persona con discapacidad de la Ley para las Personas con Discapacidad de la entidad federativa de Guerrero por ser incompatible con el modelo social de discapacidad. Aunque la decisión de fondo es consistente con estándares de derecho internacional de los derechos humanos, la sentencia abandonó el estudio oficioso del derecho a la consulta de las personas con discapacidad. El texto sostiene que esta modificación genera una tensión entre evitar la invalidez automática de normas aparentemente protectoras y preservar el carácter obligatorio del derecho a la consulta. Frente a ello, propone el empleo del test de proporcionalidad como herramienta remedial: ni invalidez automática ni conservación acrítica de normas no consultadas.

¹ Abogado por el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Estudiante de la maestría en derecho (LL.M.) en la Universidad de Georgetown. Trabajó en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) y en el Instituto O'Neill de la Universidad de Georgetown.
Correo electrónico: justicia.rawls@outlook.com
Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-8910-1250>

ABSTRACT

This comment analyzes *Acción de Inconstitucionalidad 147/2024*, a decision in which the Mexican Supreme Court invalidated the definition of persons with disabilities contained in the Law for Persons with Disabilities of the State of Guerrero for being incompatible with the social model of disability. Although the merits of the decision are consistent with human rights law standards, the judgment abandoned the *ex officio* review of consultation of persons with disabilities. The article argues that this shift creates a tension between avoiding the automatic invalidation of apparently protective norms and preserving the binding nature of the right to consultation. To address this issue, it proposes the use of proportionality as a remedial tool: neither automatic invalidation nor uncritical preservation of non-consulted norms.

PALABRAS CLAVE: Suprema Corte de Justicia de México; derechos de personas con discapacidad; derecho a la consulta; derecho a la salud; derechos humanos.

KEYWORDS: Supreme Court of Mexico; rights of persons with disabilities; right to consultation; right to health; human rights.

I. Introducción

El lema “nada sobre nosotros sin nosotros” es uno de los principales postulados del movimiento de derechos de las personas con discapacidad y, especialmente, de la elaboración y redacción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2018: párr. 4). Así, hasta 2025, la Suprema Corte de Justicia de México (SCJN) había interpretado el derecho a la consulta como un elemento necesario para que las normas sobre personas con discapacidad fueran formalmente válidas, considerando su estudio oficioso —independiente de ser planteado en juicio (Méndez y Marmolejo, 2024: pág. 92). Sin embargo, la nueva integración de la SCJN rechaza este criterio. Esto ha provocado reacciones críticas de personas con discapacidad, especialistas y organizaciones civiles, quienes exigen claridad sobre el derecho y los procesos de consulta, así como su armonía con los estándares constitucionales y convencionales aplicables (Maza, 2026 y Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, 2025).

El presente comentario se divide en dos secciones. La primera expone la doctrina jurisprudencial que estudió oficiosamente el derecho a la consulta y su modificación en la *Acción de Inconstitucionalidad 147/2024*. La segunda sección analiza los argumentos que sustentaron el cambio de criterio, retoma la revisión crítica de la doctrina jurisprudencial modificada y propone una metodología de revisión constitucional que concilie la transformación del criterio con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

II. Acción de Inconstitucionalidad 147/2024 (Ombudsman Nacional vs. Ley para las Personas con Discapacidad del estado de Guerrero)

Este apartado expone la doctrina jurisprudencial que consideró el análisis oficioso del derecho a la consulta. Posteriormente, sintetiza la *Acción de Inconstitucionalidad 147/2024* (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2025a).

1. Contexto del juicio y la doctrina jurisprudencial existente

La Suprema Corte mexicana resolvió un juicio de acción de inconstitucionalidad, litigio

que solo pueden interponer ciertas autoridades estatales legitimadas y cuyo estudio es abstracto: se analiza si una ley es armónica con la Constitución Federal y con los tratados internacionales. Con todo, la SCJN puede declarar la invalidez de una norma por vulneraciones procesales y sustantivas. Las primeras se actualizan si su procedimiento de elaboración contiene omisiones o vulneraciones formales; mientras que las segundas por la incompatibilidad de su contenido con la Constitución y tratados internacionales.

En materia de personas con discapacidad, la SCJN construyó una doctrina jurisprudencial que consideró el derecho a la consulta como una formalidad esencial. Así, independientemente de haber sido planteado por la autoridad legitimada que interpuso el juicio, el Tribunal examinaba su realización —estudio oficioso. Como resultado, la ausencia de consulta actualizaba la invalidez por vulneraciones procesales. Adicionalmente, de existir consulta, esta debía respetar los estándares del derecho internacional de los derechos humanos conforme a la Observación General No. 7 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Méndez y Marmolejo, 2024: pág. 82-92).

En resumen, esta jurisprudencia contuvo las premisas siguientes: (i) el derecho a la consulta se analiza oficiosamente; (ii) la ausencia de consulta provoca la inconstitucionalidad de la norma; (iii) de existir consulta, debe cumplir con los parámetros de la Observación General No. 7 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

2. Resumen de la sentencia recaída en la Acción de Inconstitucionalidad 147/2024

En el caso, la Acción de Inconstitucionalidad 147/2024 fue interpuesta por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (*Ombudsman Nacional*). Cuestionó la constitucionalidad del artículo 3 de la Ley para las Personas con Discapacidad de Guerrero porque su definición sobre discapacidad vulneraba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a saber:

Artículo 3 de la Ley para las Personas con Discapacidad de Guerrero

ARTÍCULO 3. Persona con discapacidad es aquella que padece alguna deficiencia física, mental, del habla o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico o social.

En suma, el *Ombudsman Nacional* argumentó su inconstitucionalidad por definir la discapacidad desde una visión médica y rehabilitadora. Lo que contravino la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al definirla como el resultado de la interacción entre las condiciones individuales y las barreras del entorno.

La sentencia dividió su estudio en dos apartados: (i) marco teórico de la discapacidad, (ii) análisis de la norma. Sobre el primero, la Suprema Corte mexicana recuperó precedentes nacionales e internacionales que rechazan concebir a la discapacidad como una enfermedad y, en cambio, la tutelan bajo un modelo social. Así, con base en el artículo 1.º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la sentencia definió que las personas con discapacidad presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, impiden su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones respecto de las demás perso-

nas. Verbigracia: la imposibilidad física de caminar es una condición individual, mientras que la ausencia de rampas y/o entradas diseñadas para su situación es una discapacidad.

No obstante, en el apartado de análisis de la norma, la SCJN advirtió que la definición impugnada se construyó sobre premisas contrarias al modelo social de la discapacidad, pues relegó al ámbito social y conceptualizó estigmas sobre deficiencias individuales. La sentencia enfatizó que tres elementos configuran un esquema que vulnera derechos humanos.

Por un lado, el Tribunal estimó que la inclusión del término “padecer” para referirse a deficiencias físicas, mentales, del habla o sensoriales connota impotencia, dolor y vincula la discapacidad con una deficiente calidad de vida. Por otro lado, evaluó que la definición subsume la discapacidad a limitaciones funcionales básicas, ignorando ámbitos fundamentales de participación como la educación, el trabajo y otras actividades, pues dispone que “limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria”. Finalmente, la frase “que puede ser causada o agravada por el entorno económico o social” simplifica la influencia del entorno como una mera posibilidad de repercusión en materia de discapacidad. En síntesis, la sentencia consideró que estos elementos, integralmente, conciben la discapacidad bajo un parámetro médico-rehabilitador al definirla como una deficiencia funcional por sí misma, relegando a las barreras sociales. Por tanto, el artículo fue declarado inconstitucional por contravenir los parámetros constitucionales y convencionales en materia de discapacidad.

En principio, el criterio es armónico con precedentes y normatividad, nacional e internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció en el *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina* que la discapacidad se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para el ejercicio adecuado de los derechos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012: párr. 133). Además, en el *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica*, la Corte Interamericana destacó que el modelo social de discapacidad encuentra sustento en la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2022: párr. 52).

Empero, la sentencia abandonó el análisis oficioso de la consulta previa en materia de personas con discapacidad. Esto incide directa e indirectamente en el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Directamente, expone la progresividad del derecho a la consulta, ya que el Estado mexicano lo tutelaba, prácticamente, de forma absoluta. Indirectamente, compromete su judicialización, pues dependerá de que las autoridades legitimadas para interponer juicios constitucionales explícitamente cuestionen la validez de una norma por la ausencia de consulta.

III. Cambio de criterio sobre el estudio oficioso del derecho a la consulta de las personas con discapacidad

Esta sección examina los argumentos que sostuvieron el cambio de criterio, retoma la revisión crítica de la doctrina jurisprudencial modificada y propone una metodología de revisión constitucional.

1. Análisis de las posturas y argumentos de las ministras y ministros

Las y los ministros expusieron tres posturas sobre el análisis oficioso del derecho a la consulta. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2025b). La primera defendió el criterio

vigente: su examen es independiente de ser planteado en el escrito de demanda. La segunda es intermedia: acepta su estudio oficioso para ciertos casos. La tercera lo rechaza de forma absoluta: solo procede su revisión si fue planteado por la parte accionante en la demanda. El criterio aprobado no reflejó una teoría unívoca, sino una convergencia entre la segunda y tercera postura. Inclusive, sin mencionar los argumentos plasmados en la discusión, de los nueve integrantes del Tribunal, hubo un voto en contra (Batres, 2025) y cuatro votos concurrentes (Espinoza, 2025; Herrerías, 2025; Figueroa, 2025; Aguilar, 2025).

Esta modificación jurisprudencial se basó en dos argumentos. Por un lado, que el juicio cuente con los elementos probatorios suficientes en favor de la autoridad emisora de la norma impugnada, y que la litis del juicio no sea desbordada. Por otro lado, evitar la inconstitucionalidad de normas que, pese a carecer de consulta, resultan benéficas para las personas con discapacidad.

El primer argumento postuló que el análisis oficioso del derecho a la consulta impide que las autoridades emisoras de la norma defiendan tanto las razones por las que no celebraron consulta como las pruebas de que fue realizada. Asimismo, si la ausencia de consulta no fue planteada, limita el juicio a lo argumentado por las partes. Bajo esta lógica, el estudio oficioso de la consulta coloca a las autoridades en una posición procesal desventajosa, pues permite analizar un argumento no planteado en los escritos de demanda y que, además, puede beneficiar a la contraparte.

Sin embargo, este razonamiento reproduce una lógica de simetría procesal propia de la igualdad formal y relega la dimensión sustantiva, particularmente, en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Además, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad impone la obligación de consultar, por lo que debe presumirse que las autoridades estatales cumplen este compromiso convencional (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2018: párr. 53-56).

La igualdad tiene dos materializaciones: una formal y una sustantiva. La primera consiste en el tratamiento idéntico ante la ley, cuyo objeto es la aplicación uniforme de las normas. Mientras que la igualdad sustantiva busca la paridad de oportunidades al combatir los obstáculos estructurales que les impiden a las personas pertenecientes a grupos históricamente discriminados ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones respecto al resto de la población (Ramos, 2024: pág. 22).

En materia de discapacidad, la igualdad sustantiva adquiere especial relevancia porque las reglas procesales no pueden interpretarse como una neutralidad aparente, sino desde la obligación de remover las barreras que impiden el acceso a la justicia. De hecho, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad contempla los ajustes de procedimiento: modificaciones y adaptaciones procesales fundamentales para que las personas con discapacidad accedan a la justicia (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022). Inclusive, los Estados deben adoptar medidas positivas para reducir desventajas estructurales (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1994: párr. 9). Por tanto, en materia de discapacidad, los requisitos procesales deben contemplar la igualdad sustantiva.

Desde esta perspectiva, el razonamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación re-

sulta problemático porque equiparó la posición de las autoridades emisoras de la norma con los derechos de las personas con discapacidad. Además, mientras los órganos estatales cuentan con representación institucional para promover acciones de inconstitucionalidad, las personas con discapacidad y sus organizaciones la carecen. Condicionar el estudio de la consulta a que la parte accionante lo plantee expresamente puede producir un efecto regresivo: el derecho a la consulta queda subordinado a la estrategia procesal de un tercero legitimado. En resumen, al equiparar la posición procesal de las autoridades emisoras con los derechos de las personas con discapacidad, el Tribunal privilegió una lectura formal del procedimiento constitucional que ignoró la concurrencia de los derechos de las personas con discapacidad en el juicio constitucional.

Finalmente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad configura la consulta como una obligación estatal reforzada en los procesos de adopción de decisiones relacionadas con este grupo. Por ello, cuando una norma regula cuestiones de discapacidad, la consulta no debe limitarse a un argumento de la parte accionante, ya que es una obligación convencional presumiblemente exigible. De lo contrario, el derecho a la consulta perdería su sentido: quedaría supeditado a que un tercero legitimado decida invocarlo en juicio, y no como un deber previo y constante de todas las autoridades. La SCJN ignoró que el derecho a la consulta corrige la histórica exclusión de las personas con discapacidad de configurar sus propios derechos (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2018: párr. 4-5).

El segundo argumento sostiene que el estudio oficioso de la consulta y la invalidez por su ausencia provocan la inconstitucionalidad de normas que son benéficas para las personas con discapacidad. Esta premisa se basa, particularmente, en la Observación General Número 7 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya que al analizar el alcance del artículo 4, párrafo 3, sobre la obligación de celebrar consultas a las personas con discapacidad para aprobar leyes, reglamentos y políticas, su párrafo diecinueve dispone lo siguiente:

Párrafo 19 de la Observación General No. 7 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

19. Las consultas previstas en el artículo 4, párrafo 3, excluyen todo contacto o práctica de los Estados partes que no sea compatible con la Convención y los derechos de las personas con discapacidad. En caso de controversia sobre los efectos directos o indirectos de las medidas de que se trate, corresponde a las autoridades públicas de los Estados partes demostrar que la cuestión examinada no tendría un efecto desproporcionado sobre las personas con discapacidad y, en consecuencia, que no se requiere la celebración de consultas.

La discusión mostró dos formas de entender dicho párrafo. Una lectura lo emplea para justificar que la consulta no sea examinada de oficio, y otra visión lo concibe como un parámetro para evitar la invalidez automática y la conservación acrítica de normas no consultadas. Pese a ello, la Acción de Inconstitucionalidad 147/2024 abandonó el estudio oficioso. En atención a que este debate se basa en un instrumento convencional, la siguiente sección vincula una revisión crítica de la doctrina modificada y propone una

metodología de revisión constitucional.

2. Revisión crítica del criterio modificado y la nueva propuesta

Como indican Méndez Azuela y Marmolejo Rodríguez, el criterio basado en el estudio oficioso de la consulta tenía un balance positivo por rechazar el paternalismo estatal y el capacitismo para que las personas con discapacidad deliberen sobre sus derechos. Con todo, señalan que generó un extremo formalismo por establecer la consulta como un requisito del procedimiento legislativo y, en general, inconsistencias que exceptuaban la celebración de consulta porque la o el ministro ponente estimaba que la legislación en estudio era benéfica o relevante para ser analizada (Méndez y Marmolejo, 2024: pág. 93-95).

Al respecto, la Acción de Inconstitucionalidad 147/2024 abandonó el estudio oficioso de la consulta a personas con discapacidad. Con todo, seis de los nueve integrantes manifestaron la posibilidad de mantener su estudio oficioso para ciertos casos, así como preocupación por relegar el carácter obligatorio de la consulta. Se estima que el argumento que rechaza el estudio oficioso de la consulta por permitir la inconstitucionalidad de normas que son benéficas para las personas con discapacidad puede conciliarse con la postura que procura mantener el estudio oficioso para ciertos casos. De este modo, esta sección sugiere que la Suprema Corte de Justicia de la Nación aplique la metodología de proporcionalidad para justificar que la ausencia de consulta no invalida, por sí misma, una norma.

El criterio anterior entendía el derecho a la consulta como un elemento procesal esencial; mientras que la nueva postura rechaza esta premisa. Un escenario plausible es analizar, como primer argumento, la proporcionalidad entre el derecho a la consulta y el derecho que, prima facie, reconozca la ley en estudio. El derecho a la consulta sigue siendo oficiosamente analizado, mas no como un elemento que, de estar ausente, automáticamente conlleve su invalidez porque depende del reconocimiento de un derecho que lo justifique. En suma, toda ley en materia de discapacidad carente de consulta tendría que superar las gradas del test de proporcionalidad.

El empleo del test de proporcionalidad se basa en el párrafo 19 de la Observación General No. 7, ya que ordena que las autoridades estatales demuestren que la ausencia de consulta no genere un efecto desproporcionado sobre las personas con discapacidad. En contraste, el mismo Tribunal mexicano sustentó su criterio con el mismo párrafo, sosteniendo que la proporcionalidad justificaba la ausencia de consulta. Por tanto, optó por una interpretación que equiparó la proporcionalidad con la nugatoriedad.

Aunado a ello, la decisión omitió que el derecho internacional considera la participación de las personas con discapacidad en la vida pública como un principio transversal de buena gobernanza. De modo que los Estados deben favorecer la participación directa e indirecta de las personas con discapacidad en elaborar leyes y políticas al modificar o derogar instrumentos legislativos, reglamentos, costumbres y prácticas que lo impidan (Consejo de Derechos Humanos, 2016: párr. 62).

En este orden, el problema constitucional dejaría de elegir entre derechos sustantivos y derechos procedimentales para determinar si la decisión judicial de conservar una norma no consultada supera un test de proporcionalidad frente al derecho a la consulta. Bajo este enfoque, la consulta conserva su carácter obligatorio, pero su omisión no

produce, necesariamente, la invalidez automática; exige analizar si la norma reconoció, *prima facie*, un derecho que concilie la ausencia de consulta. Ante la intención de abandonar el criterio que consideraba el derecho a la consulta como un elemento procesal necesario para la validez de una norma en materia de discapacidad y la ausencia de una metodología que mantenga su vigencia casuísticamente, la solución propuesta intenta respetar el deber convencional con los cambios jurisprudenciales de la nueva integración de la Suprema Corte de México.

En consecuencia, la proporcionalidad prevista en el párrafo 19 de la Observación General No. 7, no debe operar como una vía que haga nugatorio el derecho a la consulta, sino como una metodología para impedir dos extremos. Por un lado, la invalidez automática de toda norma no consultada, incluso si amplía derechos. Por otro lado, la conservación acrítica de normas no consultadas sin exponer ni argumentar sus beneficios. En una oración, el test de proporcionalidad puede fungir como herramienta para que los derechos fundamentales sean realizados en la mayor medida de lo fáctica y jurídicamente posible (Martín Reyes, 2023: 4-5).

No obstante, esta propuesta presenta limitaciones. Las autoridades estatales podrían hacer nugatorio todo derecho a la consulta si consideran que la norma elaborada resulta benéfica. Sin embargo, la Acción de Inconstitucionalidad 147/2024 creó este escenario al abandonar el análisis oficioso de la consulta y, más aún, con la ausencia de estándares que explícitamente establezcan si, en ciertos casos, se debió celebrar. En pocas palabras, los incentivos para relegar el derecho a la consulta se intensificaron cuando la SCJN abandonó su revisión oficiosa sin fijar un estándar que determinara cuándo la ausencia de consulta es constitucionalmente tolerable y en qué casos produce consecuencias invalidantes. Por ello, ante la inercia institucional, se debe optar por la interpretación y decisión que armonice las obligaciones convencionales del Estado mexicano en propiciar la plena integración de las personas con discapacidad (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1994: párr. 5).

IV. Conclusión

La Acción de Inconstitucionalidad 147/2024 resolvió correctamente el fondo del asunto al invalidar una definición de persona con discapacidad incompatible con el modelo social reconocido nacional e internacionalmente. Sin embargo, al abandonar el estudio oficioso de la omisión de consulta, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debilitó una garantía participativa cuyo objetivo es corregir la exclusión histórica de las personas con discapacidad en la configuración de sus propios derechos. La preocupación por evitar la invalidez automática de normas aparentemente protectoras es atendible, pero no justifica hacer nugatorio el derecho a la consulta ni subordinarlo a la estrategia procesal de terceros legitimados cuando concurren los derechos de las personas con discapacidad.

Por ello, el control constitucional debe adoptar una metodología remedial basada en la proporcionalidad: ni la invalidez automática ni la conservación acrítica de normas no consultadas. La consulta debe conservar su carácter obligatorio y susceptible de análisis oficioso, pero su omisión puede dar lugar a soluciones intermedias. En suma, la proporcionalidad puede servir de herramienta para que la SCJN exponga las razones por las que la omisión de consultar podría justificarse, mas no eliminarse al relegar su estudio oficioso para justificar su nugatoriedad.

Referencias bibliográficas

- Aguilar Ortiz, H. (2025). *Voto particular que formula el Ministro Presidente Hugo Aguilar Ortiz relativo a la Acción de Inconstitucionalidad 147/2024*. En Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Sentencia dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 147/2024 de 22 de septiembre de 2025*. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultasTematica/Detalle/340309>
- Batres Guadarrama, L. (2025). *Voto particular que formula la Ministra Lenia Batres Guadarrama relativo a la Acción de Inconstitucionalidad 147/2024*. En Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Sentencia dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 147/2024 de 22 de septiembre de 2025*. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultasTematica/Detalle/340309>
- Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México. (2025). En *audiencia pública ante SCJN, CDHCM expone argumentos para garantizar a personas con discapacidad derechos a la participación y opinión a través de consultas*. Boletín 105/2025, 22 de octubre de 2025. Disponible en: <https://cdhcm.org.mx/2025/10/en-audiencia-publica-ante-scn-cdhcm-expone-argumentos-para-garantizar-a-personas-con-discapacidad-derechos-a-la-participacion-y-opinion-a-traves-de-consultas/>
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2018). *Observación general núm. 7 sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención*. CRPD/C/GC/7. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no7-article-43-and-333-participation>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 5: Las personas con discapacidad, E/1992/22, de 9 de diciembre de 1994. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2FCESCR%2FGEC%2F4760&Lang=es
- Consejo de Derechos Humanos. (2016). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad: El derecho de las personas con discapacidad a participar en la adopción de decisiones, A/HRC/31/62, de 12 de enero de 2016. <https://docs.un.org/es/A/HRC/31/62>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2022). *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 453.
- Espinosa Betanzo, I. (2025). *Voto particular que formula el Ministro Irving Espinosa Betanzo relativo a la Acción de Inconstitucionalidad 147/2024*. En Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Sentencia dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 147/2024 de 22 de septiembre de 2025*. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultasTematica/Detalle/340309>.
- Figueroa Mejía, G. (2025). *Voto particular que formula el Ministro Giovanni Azael Figueroa Mejía relativo a la Acción de Inconstitucionalidad 147/2024*. En Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Sentencia dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 147/2024 de 22 de septiembre de 2025*. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultasTematica/Detalle/340309>.
- Herrerías Guerra, S. (2025). *Voto particular que formula la Ministra Sara Irene Herrerías Guerra relativo a la Acción de Inconstitucionalidad 147/2024*. En Suprema Corte de Justicia

de la Nación, *Sentencia dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 147/2024 de 22 de septiembre de 2025*. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultasTematica/Detalle/340309>

- Martín Reyes, J. (2023). *Más allá del test de proporcionalidad: análisis, crítica y metodologías de adjudicación alternativas al modelo de Robert Alexy*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/15/7194/9.pdf>
- Maza, A. (2026). Personas con discapacidad urgen a la Corte a emitir resolución sobre su derecho a la consulta. *Grupo Animal*, 15 de abril de 2026. Disponible en: <https://grupoanimal.mx/sociedad/personas-discapacidad-suprema-corte-derecho-consulta-resolucion>
- Méndez Azuela, P. X. y Marmolejo Rodríguez, G. D. (2024). Las fallas de la aproximación judicial al derecho a la consulta de las personas con discapacidad en México. *Anales de derecho y discapacidad*, 9, 71-100. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9748126>
- Naciones Unidas. (2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>
- Ramos, S. (2024). ¿Racionalidad o fatalidad?: análisis de las metodologías de argumentación constitucional para acciones afirmativas. <https://repositorio-digital.cide.edu/handle/11651/6145>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2025a). *Acción de Inconstitucionalidad 147/2024*. Sentencia del Tribunal Pleno de 22 de septiembre de 2025.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2025b). *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 22 de septiembre de 2025*.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2022). Derechos de las personas con discapacidad. Diferencia entre ajustes razonables y ajustes de procedimiento. Tesis 1a./J. 163/2022 (11a.).

El Derecho Humano al Agua Potable en Chile: avances normativos y desarrollo jurisprudencial

The Human Right to Safe Drinking Water in Chile: regulatory progress and case law developments

Pamela Ignacia Urrejola Fernández¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2026\)16](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2026)16)

Comentario a

Sentencia Rol Protección N°2261-2025, del 9 de julio de 2025

Corte de Apelaciones de Concepción

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El presente comentario de jurisprudencia analiza la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción y confirmada por la Corte Suprema de Chile, relativa a la suspensión del suministro de agua potable a un particular cuya única fuente alternativa no era apta para el consumo humano. El fallo resulta relevante al reconocer que el acceso al agua no se satisface con su mera disponibilidad material, sino que exige condiciones de calidad sanitaria. A partir de ello, se examina el agua potable como presupuesto básico de los derechos a la vida y a la salud, considerando los riesgos asociados a la contaminación hídrica, especialmente en contextos rurales. Asimismo, se revisa el reconocimiento normativo y desarrollo jurisprudencial del derecho humano al agua en Chile. Se concluye que la decisión judicial se ajusta a derecho al garantizar un acceso real, seguro y continuo al agua potable.

ABSTRACT

This case law commentary analyzes the ruling issued by the Court of Appeals of Concepción and upheld by the Supreme Court of Chile, concerning the suspension of drinking water service to an individual whose only alternative source was unfit for human consumption. The ruling is significant in that it recognizes that access to water is not satisfied by its mere

¹ Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Diplomado en Gestión y Regulación de Aguas UC. Ayudante actual de la Cátedra de Derecho Administrativo y de la Cátedra de Derecho de los Recursos Naturales. Abogada asociada del área de Derecho Ambiental y de Aguas en Aylwin Estudio. Mail: pameurrefer@gmail.com - Nro. de ORCID: 0009-0009-0879-1656

physical availability, but rather requires conditions of sanitary quality. Based on this, drinking water is examined as a basic prerequisite for the rights to life and health, considering the risks associated with water contamination, especially in rural contexts. Likewise, the normative recognition and jurisprudential development of the human right to water in Chile are reviewed. It is concluded that the judicial decision complies with the law by guaranteeing real, safe, and continuous access to drinking water.

PALABRAS CLAVE: Derecho humano al agua potable; derechos fundamentales; contaminación hídrica; servicios sanitarios rurales; riesgos sanitarios.

KEYWORDS: Human right to safe drinking water; fundamental rights; water pollution; rural sanitation services; health risks

I. Introducción

El acceso al agua potable es una condición básica para la subsistencia humana y para el ejercicio de derechos fundamentales como la vida y la salud. En las últimas décadas, su comprensión ha evolucionado desde una lógica meramente material o de servicio hacia el reconocimiento de un verdadero derecho humano. Este derecho exige no solo disponibilidad, sino también calidad, seguridad y continuidad en el suministro.

En este contexto se enmarca el presente comentario de jurisprudencia. Se analiza la sentencia recaída en el recurso de protección Rol N° 2261-2025, resuelto por la Corte de Apelaciones de Concepción el 9 de julio de 2025. Dicha decisión fue confirmada, con precisiones, por la Corte Suprema el 29 de julio del mismo año (Rol N° 28.422-2025).

La acción fue interpuesta por un particular contra la Municipalidad de Los Ángeles y el Delegado Presidencial Provincial del Biobío. El actor sufrió la suspensión del suministro de agua potable en su domicilio. Alegó que la única fuente alternativa disponible era un pozo domiciliario cuya agua no era apta para el consumo humano. Según sostuvo, esa situación comprometía directamente sus condiciones mínimas de subsistencia y bienestar.

La Corte de Apelaciones acogió el recurso. En su fundamentación, razonó, entre otras cosas, que la sola existencia material de agua no resulta suficiente cuando esta no reúne condiciones de potabilidad, por otro lado, resulta de especial relevancia el considerando cuarto el cual señala “4°) Que, respecto del fondo del asunto, resulta incuestionable que la suspensión del suministro de agua potable afecta gravemente el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del recurrente y su familia, así como el derecho a la protección de la salud, consagrados en el artículo 19 N°1 y N°9 de la Constitución Política de la República (...) quien depende de agua potable para garantizar condiciones mínimas de vida digna”.

Por su parte, la Corte Suprema confirmó la decisión, pero introdujo una precisión relevante. Señaló que la vulneración no radicaba únicamente en la falta de acceso, sino en la contaminación de la fuente. Por ello, en su considerando primero indica que: “el recurrente enfrenta una contaminación de la fuente de agua que le provee del recurso hídrico para su hogar y no una inaccesibilidad del mismo, razón por la cual no se encontraría habilitado para permanecer en el programa de emergencia hídrica que regula la Circular N°7”, orientando la solución hacia la adopción de medidas destinadas a asegurar un abasteci-

miento seguro y permanente. Por esto, en su considerando segundo, se desprende que, con el fin de alcanzar una solución definitiva y evitar nuevas interrupciones en el suministro, las autoridades competentes deben realizar las gestiones necesarias para incorporar al actor a un programa de asistencia que permita superar la contingencia derivada de que su fuente de agua domiciliaria no sea apta para el consumo humano. Este criterio resulta relevante porque enfatiza que la respuesta estatal debe orientarse a soluciones estructurales y permanentes frente a este tipo de vulneraciones, lo que exige, a su vez, una actuación coordinada de los organismos con competencias en materia de recursos hídricos.

A partir de este caso, el comentario examina el agua potable como presupuesto básico para el ejercicio de derechos fundamentales, abordando los riesgos asociados a la contaminación hídrica y su impacto en la salud, así como las particularidades del acceso al recurso en sectores rurales. Asimismo, se analiza el reconocimiento del derecho humano al agua en el ordenamiento jurídico chileno y su desarrollo jurisprudencial, con especial atención en la reforma al Código de Aguas de 2022. Con ello, se sostiene que las decisiones adoptadas por los tribunales no solo se ajustan a derecho, sino que responden a la necesidad de garantizar un acceso real, seguro y continuo al agua potable.

II. El agua potable como presupuesto básico del derecho a la vida y a la salud

La Corte de Apelaciones de Concepción razonó que la suspensión del suministro de agua potable afecta gravemente el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, y a la protección de la salud. Estas garantías están consagradas en el artículo 19 N°1 y N°9 de la CPR. El N°1 asegura “el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”; por su parte, el N°9 consagra “el derecho a la protección de la salud” y agrega que el Estado debe resguardar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud.

Estas disposiciones no solo reconocen derechos subjetivos frente al Estado, sino que también imponen obligaciones concretas de resguardo respecto de las condiciones materiales indispensables para una vida digna. El acceso al agua potable desempeña un lugar central, pues constituye un presupuesto básico para la subsistencia humana, la prevención de enfermedades y el mantenimiento de condiciones mínimas de higiene. Por ello, cuando se suspende o restringe el suministro de agua apta para el consumo humano, no solo se afecta una necesidad doméstica elemental, sino que se compromete directamente el ejercicio efectivo de las garantías constitucionales.

En el caso concreto, la fuente alternativa existente es un pozo domiciliario cuya agua no es apta para el consumo humano. No bastaba afirmar que el actor disponía materialmente de agua en su propiedad, porque esa disponibilidad era solo aparente. Si el recurso hídrico está contaminado o presenta condiciones sanitarias deficientes, no existe un acceso real al agua potable en términos constitucionalmente satisfactorios.

La doctrina define la contaminación como la “presencia en el aire, agua o suelo de sustancias o formas de energía no deseadas, en concentraciones tales que pueden afectar el confort, la salud y el bienestar de las personas” (Encinas, 2011:3). En el caso del agua, esta deja de cumplir su función esencial cuando contiene agentes que pueden dañar a quienes la consumen. La contaminación puede provenir de causas naturales o de la actividad humana; esta última suele concentrarse en sectores determinados y generar mayores riesgos sanitarios.

Los riesgos para la salud por ingesta de agua contaminada son significativos. Aunque la tasa de enfermedades por esta causa ha disminuido globalmente un 60% entre 1990 y 2019, sigue siendo un factor de riesgo prevenible que afecta principalmente a menores de edad (Matus, 2023:13). La presencia de microorganismos patógenos en fuentes de agua para consumo humano constituye un riesgo importante para la salud pública (Baeza et al., 2023). Esta situación refuerza la necesidad de mantener estándares estrictos de control, prevención y fiscalización sanitaria. Por otro lado, entre los agentes más frecuentes se encuentran virus, bacterias, protozoos y helmintos, que se transmiten por vía fecal-oral y pueden causar enfermedades gastrointestinales, disentería, cólera, intoxicaciones, trastornos neurológicos y ciertos tipos de cáncer. El DTO N°735/69 del MINSAL considera 46 parámetros a vigilar en el agua potable.

La preocupación de las Cortes está plenamente justificada. El uso de una fuente hídrica no apta para el consumo humano no es una simple deficiencia material, sino una amenaza concreta para la vida, la integridad física y psíquica, y el derecho a la protección de la salud. La tutela judicial otorgada en autos se ajusta al deber estatal de resguardar oportunamente estos derechos.

III. Particularidades del sistema de agua potable en Chile y especial vulnerabilidad del mundo rural

Para comprender la controversia, es necesario considerar brevemente la estructura del sistema de agua potable en Chile. No todas las personas acceden al recurso en condiciones equivalentes, especialmente en sectores rurales como el del caso.

El sistema chileno se caracteriza por una gestión mayoritariamente concesionada a empresas privadas, encargadas de la captación, tratamiento y distribución del agua. Estas entidades operan bajo la supervisión de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS). La legislación sanitaria (DFL MOP N°382/88) establece que las concesiones de agua potable y alcantarillado solo pueden otorgarse en zonas urbanas o urbanizables. Existen excepciones para ciertas áreas rurales que ya eran operadas por concesionarias al momento de dictarse la ley (Instituto Nacional de Estadísticas, 2026:60). La cobertura de agua potable en Chile es prácticamente del 100% en zonas urbanas, pero en el mundo rural no alcanza el 80% (Matus, 2023:21).

Para las zonas rurales no cubiertas por concesionarias, existen los Servicios Sanitarios Rurales (SSR). Creados para mejorar las condiciones de vida mediante el acceso a agua segura, estos sistemas operan bajo la Ley N° 20.998/2017. Son gestionados por comités o cooperativas sin fines de lucro, con licencia del Ministerio de Obras Públicas. Sin embargo, enfrentan múltiples limitaciones: restricciones financieras y técnicas, infraestructura insuficiente, falta de monitoreos regulares, lo que puede comprometer la calidad del agua y la salud pública (Instituto de Salud Pública, 2024:4). Además, la información sobre la calidad del agua subterránea es limitada; los registros públicos se concentran en aguas superficiales y suelen ser cualitativos, sin incorporar en detalle los resultados de las mediciones efectuadas (Matus, 2023).

El caso comentado evidencia estas dificultades. A diferencia de las zonas urbanas, las comunidades rurales dependen de sistemas comunitarios, apoyo estatal o fuentes propias, cuya calidad y continuidad no siempre están aseguradas. Por lo mismo, la decisión de la Corte de Apelaciones, confirmada por la Corte Suprema, es acertada. Los tribunales

entendieron que la situación del recurrente debía revisarse atendiendo a la realidad concreta y a la falta de alternativas seguras.

IV. Episodios de contaminación hídrica en Chile

Un antecedente ilustrativo sobre los riesgos asociados a la contaminación del agua se presentó en la ciudad de Antofagasta, según Díaz et al. (2012) entre marzo y abril de 2010 se desarrolló un brote epidemiológico de gran magnitud que afectó a más de treinta mil personas, observándose una mayor incidencia en adultos entre 25 y 44 años. El síntoma predominante fue la diarrea y los análisis practicados permitieron detectar norovirus genogrupo II tanto en pacientes como en muestras ambientales. Conforme a los antecedentes reunidos, el episodio se habría iniciado por el consumo de hortalizas ingeridas en estado crudo provenientes del sector La Chimba, las cuales eran regadas con aguas residuales tratadas que no mantenían niveles suficientes de cloración; posteriormente, el contagio continuó propagándose entre personas, favorecido por un contexto sanitario deficiente.

Otro episodio significativo ocurrió en Ovalle durante el año 2013, cuando se registró un brote epidémico de gastroenteritis vinculado al mismo norovirus, “5.470 personas debieron atenderse en centros hospitalarios de la capital limarina tras presentar problemas intestinales. El Ministerio de Salud declaró que existía un brote epidémico causado por norovirus el que, posiblemente se habría dispersado tras el vertimiento de coliformes contaminados al río Limarí tras la realización de la Fiesta de Sotaquí” (El Día, 2023).

Si bien la SISS (2023) señaló que en “las muestras tomadas al agua potable no se detectó la presencia del virus y tampoco se obtuvo por los fiscalizadores ninguna evidencia de dicho virus en las redes de distribución de la empresa concesionaria” sin perjuicio de ello, el norovirus estaba presente en el agua cruda del río de todo el sector. Ambos casos permiten advertir que la contaminación del agua, ya sea de forma directa en redes de abastecimiento o indirectamente mediante fuentes utilizadas para riego, consumo o captación, puede transformarse rápidamente en una amenaza real para la salud pública.

Tanto en Antofagasta como en Ovalle, miles de personas resultaron afectadas por cuadros gastrointestinales asociados al norovirus, lo que demuestra que las deficiencias en los sistemas de tratamiento, fiscalización o resguardo sanitario del recurso hídrico generan consecuencias masivas y difíciles de contener. En esa línea, estas experiencias confirman que el agua segura no constituye solo un servicio básico, sino un presupuesto indispensable para el ejercicio efectivo de los derechos a la vida y a la protección de la salud. Del mismo modo, evidencian la necesidad de que las autoridades adopten medidas preventivas oportunas, pues una reacción tardía frente a riesgos de contaminación puede traducirse en graves afectaciones sanitarias para la población.

V. Reconocimiento del Derecho Humano al Agua Potable

Si bien durante largo tiempo el derecho humano al agua fue reconocido de manera implícita, en cuanto se entendía comprendido dentro de otros derechos protegidos por diversos instrumentos internacionales, como el derecho a la vida y a la salud consagrados, entre otros, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, su reconocimiento expreso se consolidó el 28 de julio de 2010 mediante la Resolución 64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En dicha oportunidad, y frente a la grave realidad mundial existente, se advirtió, como se puede ver en el acta, que cerca de 884 millones

de personas no contaban con acceso a agua potable, mientras más de 2.600 millones carecían de servicios básicos de saneamiento. A ello se sumaba que, cada año, alrededor de 1,5 millones de niños menores de cinco años fallecían y se perdían 443 millones de jornadas escolares como consecuencia de enfermedades asociadas al agua insalubre y a la falta de saneamiento.

En ese contexto, la Asamblea General declaró que “el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”, y además “exhorta a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacionales (...) a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento”. Este reconocimiento constituyó un hito de especial relevancia en el ámbito internacional, pues fue el resultado de años de discusión y permitió comprender al agua no solo como un recurso natural o económico, sino como una necesidad indispensable para la dignidad humana y el ejercicio de derechos fundamentales. Cabe destacar que Chile aprobó expresamente dicha declaración.

Posteriormente, en el ámbito interno, si bien la Constitución aún no contempla una consagración explícita y autónoma del derecho al agua, el ordenamiento jurídico chileno avanzó decididamente en esa dirección mediante la reforma introducida por la Ley N° 21.435 al Código de Aguas, publicada en 2022. En esta misma línea, el reconocimiento del derecho humano al agua no solo se mantiene en un plano declarativo, sino que encuentra hoy una consagración expresa en normas concretas del ordenamiento jurídico chileno. Así, el artículo 5 del Código de Aguas dispone que “El acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado”, estableciendo un deber jurídico de protección que recae directamente en los órganos estatales.

A su vez, el artículo 5 bis del mismo cuerpo normativo refuerza esta idea al señalar que “Siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento”, lo que implica una priorización explícita de estos usos por sobre cualquier otro. Esta regla no es meramente programática, sino que orienta tanto la asignación de derechos de aprovechamiento como las eventuales restricciones a su ejercicio, asegurando que las necesidades básicas de las personas sean satisfechas en primer lugar.

Esta priorización se traduce, además, en distintas herramientas jurídicas concretas. Por ejemplo, el artículo 5 ter establece que “Para asegurar el ejercicio de las funciones de subsistencia y de preservación ecosistémica, el Estado podrá constituir reservas de aguas disponibles”, lo que permite resguardar el recurso precisamente para estos fines esenciales. Del mismo modo, el artículo 27 contempla que “El Ministerio de Obras Públicas podrá expropiar derechos de aprovechamiento tanto para satisfacer menesteres domésticos de una población (...) cuando no existan otros medios para obtener el agua”, lo que evidencia que, en situaciones extremas, el ordenamiento jurídico incluso habilita la limitación del derecho de propiedad en favor del consumo humano.

Finalmente, esta lógica se refuerza en contextos de escasez hídrica, donde el artículo

313 inciso tercero dispone que, declarada dicha situación, deben adoptarse medidas “especialmente para garantizar el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia”. De este modo, el marco normativo vigente no solo reconoce el derecho humano al agua, sino que también lo dota de mecanismos efectivos de protección, dejando en evidencia que el consumo humano, el saneamiento y la subsistencia constituyen un eje prioritario dentro de la gestión del recurso hídrico en Chile. En este contexto, la sentencia en comento se relaciona directamente con esta regulación, ya que lo que se ve afectado es precisamente ese uso prioritario que la ley busca proteger. No basta con afirmar que existía una fuente de agua disponible si esta no era apta para el consumo humano, pues ello desconoce la obligación de garantizar un acceso real y seguro. De ahí que, la decisión de los tribunales resulta coherente, al dar prevalencia al consumo humano y reconocer que su afectación incide directamente en derechos fundamentales como la vida y la salud.

VI. Desarrollo jurisprudencial del Derecho Humano al Agua Potable

La jurisprudencia nacional ha ido consolidando esta visión, no solo a partir de la sentencia comentada, sino también a través de diversos fallos que han fijado criterios claros en la materia. Un primer antecedente relevante es la sentencia de la Corte Suprema de 18 de enero de 2021, en causa rol N° 72.198-2020, cuyo considerando séptimo sostiene, en lo esencial, que el Estado de Chile, al ratificar tratados internacionales de derechos humanos, ha asumido obligaciones jurídicamente vinculantes que deben ser respetadas conforme a la Constitución. En ese contexto, se destaca que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no solo protege el derecho a la vida, sino que, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, este debe entenderse en un sentido amplio, incorporando condiciones para una vida digna, entre ellas el acceso al agua, prescribe “Así el artículo 4 de la convención americana sobre derechos humanos garantiza el derecho a la vida, desarrollando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el concepto de vida digna, que incluye el derecho de acceso al agua”, asimismo, se releva que dicha Convención garantiza el derecho a la integridad física, psíquica y moral, reforzando la idea de que el acceso a condiciones básicas de subsistencia es una exigencia derivada de estos derechos fundamentales.

En la misma línea, resulta ilustrativo el fallo de la Corte Suprema de 21 de enero de 2022, en causa rol N° 78.670-2021, en el que se acogió un recurso de protección interpuesto a favor de una persona mayor afectada por la falta de suministro de agua potable. En dicha oportunidad, el tribunal no solo ordenó restablecer el servicio y revisar la situación de morosidad, sino que además fue categórico al contemplar en su considerando sexto que: “toda persona, por su dignidad de tal, tiene el derecho humano de acceso al agua potable, en condiciones de igualdad y no discriminación (...)”, concluyendo que la actuación de los recurridos resultaba arbitraria e ilegal.

Finalmente, un tercer pronunciamiento que refuerza esta línea jurisprudencial es el de la Corte Suprema del 26 de septiembre de 2022, en causa rol N° 5.295-2022. En su considerando noveno se afirma que “toda persona, por su dignidad de tal, tiene el derecho humano de acceso al agua potable, en condiciones de igualdad y no discriminación; derecho que posee, como correlato, el deber del Estado de garantizar el acceso en las mencionadas condiciones (...)”, lo que se complementa con lo señalado en el considerando octavo, en cuanto se enfatiza el “deber de adoptar medidas dirigidas a concretizar de manera efectiva el control de la prestación de un servicio esencial en condiciones que el

suministro de agua potable se adecúe a los mínimos exigibles para la integridad física de la población humana afectada y recurrente en el caso”.

En conjunto, estos fallos evidencian que los tribunales han ido construyendo una línea jurisprudencial consolidada: el acceso al agua potable no es solo una cuestión de gestión de servicios, sino una exigencia directamente vinculada a la dignidad humana y a la protección de derechos fundamentales, lo que explica el estándar estricto con que se revisan situaciones como la del caso en estudio.²

VII. Conclusiones

Del análisis precedente, es posible concluir que el acceso al agua potable no constituye únicamente un servicio básico, sino un presupuesto indispensable para el ejercicio efectivo de derechos fundamentales como la vida y la salud. En este sentido, no basta con la mera existencia material de una fuente de agua si esta no es apta para el consumo humano, pues en tal caso el acceso resulta solo aparente y no satisface los estándares constitucionales ni legales vigentes. Así lo refleja tanto la normativa actual, que prioriza expresamente el consumo humano, como la evolución jurisprudencial, que ha ido consolidando un criterio claro en torno a la necesidad de garantizar un acceso real, seguro y continuo. De esta manera, la sentencia comentada se ajusta adecuadamente a estos parámetros, al reconocer que la afectación del suministro de agua potable compromete directamente derechos esenciales de las personas.

Asimismo, el caso permite evidenciar las brechas que aún persisten en el acceso al agua, especialmente en sectores rurales, donde las condiciones de disponibilidad, calidad y continuidad del recurso no siempre están aseguradas. Esta realidad refuerza la necesidad de avanzar hacia respuestas más eficaces y permanentes, que no solo actúen frente a la vulneración concreta de derechos, sino que también prevengan este tipo de situaciones. En definitiva, además de resolver un conflicto particular, el fallo se inserta en una tendencia más amplia orientada a fortalecer la protección del derecho humano al agua en Chile, reafirmando el rol del Estado en la garantía de condiciones mínimas para una vida digna.

Referencias bibliográficas

- Baeza, C., González, P., Iriarte, N., & de Orúe, P. (2023). Los desafíos de los servicios sanitarios rurales desde la mirada de la salud pública. En *Agua, ecosistemas y salud pública*. (pp.57-82)
- Chacón Zenteno, M. J. (2022). *Programa de agua potable rural: análisis de la gestión ante problemas de abastecimiento y saneamiento en Bahía Mansa, zona sur de Chile* [Tesis de magíster]. Universidad de Chile. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/191478>
- Diario El Día (2013). Informe final de la SISS descarta presencia de norovirus en agua potable de Ovalle. 19-12-2013. Disponible en: <https://www.diarioeldia.cl/>

2 Más casos similares: Corte Suprema, causa Rol N° 5413-2021, (Civil) Apelación Protección, 16 de abril de 2021; Corte Suprema, causa Rol N°131140-2020, (Civil) Apelación Protección, 23 de marzo de 2021; Corte Suprema, causa Rol N°9220-2022, (Civil) Apelación Protección, 27 de marzo de 2023.

noticias/2013/12/09/13185-informe-final-de-la-siss-descarta-presencia-de-norovirus-en-agua-potable-de-ovalle

- Díaz, J., Solari, V., Cáceres, O., Mena, J., Baeza, S., Muñoz, X., O’Ryan, M., Galeno, H., Maldonado, A., & Mamani, N. (2012). Brote de gastroenteritis aguda en la Región de Antofagasta, Chile, 2010. *Revista Chilena de Infectología*, 29(1), 19–25.
- Encinas Malagón, M. D. (2011). *Medio ambiente y contaminación: principios básicos*. Disponible en: <https://sinia.minam.gob.pe/documentos/medio-ambiente-contaminacion-principios-basicos>
- Instituto de Salud Pública de Chile. (2024). *Estudio análisis de la calidad del agua cruda en servicios sanitarios rurales de la Región Metropolitana*. (Informe, Ministerio de Salud).
- Instituto Nacional de Estadísticas. (2026). Estadísticas del medio ambiente: informe anual 2025.
- Matus, P. (2023). Ambiente Saludable, el agua, situación actual y desafíos futuros en Chile. En *Agua, ecosistemas y salud pública* (pp. 9-31).
- Naciones Unidas. (2010). *Resolución 64/292: El derecho humano al agua y el saneamiento*. Asamblea General de las Naciones Unidas, 28 de julio de 2010.
- Peredo Núñez, E. (2010). Contaminación del agua en la región del Maule y Biobío. *Revista Interamericana de Ambiente y Turismo*, 6(1), 61–68.

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Chile. (2021). *Sentencia de 18 de enero de 2021, Rol N° 72.198-2020*.
- Corte Suprema de Chile. (2022). *Sentencia de 21 de enero de 2022, Rol N° 78.670-2021*.
- Corte Suprema de Chile. (2022). *Sentencia de 26 de septiembre de 2022, Rol N° 5.295-2022*.

La obligación de los Estados provinciales de proteger el derecho a la salud, y su relación con la situación económica del tutelado.

The obligation of provincial governments to protect the right to health, and its relationship to the economic situation of the individual under their care

Maximiliano Etchegoin¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2026\)17](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2026)17)

Comentario a

Sentencia n.º 79 del 13/05/2025 dictada en autos "Lavisse, María Ines C/Administración Provincial Del Seguro De Salud – Amparo Ley 4915 (Expte. N.º 12757940)
Cámara en lo Contencioso Administrativo de 2ª Nominación de Córdoba

RESUMEN:

Para el análisis del fallo en cuestión, en un primer momento, y a los fines de tener una acabada idea del mismo, se sintetizan los argumentos vertidos por las partes en favor de su pretensión, y lo resuelto por el tribunal. A partir de ello, se identifican y resumen los principales fundamentos brindados por la Cámara, los que son analizados en la misma oportunidad. Así, se abordan los diversos derechos, principios e institutos jurídicos aplicados por el tribunal. Con respecto a los primeros, se encuentran el derecho a la salud, la vida, la integridad personal y un nivel de vida adecuado, respecto de los cuales se indica su reconocimiento e identifica su contenido en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos. El derecho a la salud se aborda con más amplitud, puesto que se tratan sus implicancias en la esfera económica de sus beneficiarios. Asimismo, se analiza la obligación de los estados, principalmente los provinciales, de garantizarlos. Finalmente, es tratado el interés público invocado por la demandada,

¹ Abogado (UNC). Magister en Derecho Procesal (Universidad Siglo XXI). Docente adscripto en la Cátedra "A" de Derecho Privado III, Derecho de los Contratos (UNC). Se desempeña como Auxiliar en el Juzgado de 7ª Nominación en lo Civil y Comercial, Concursos y Sociedades 4, de Córdoba. Mail: maximilianoetchegoin@hotmail.com.ar. N.º de Orcid <https://orcid.org/0009-0003-7054-6682>.

y la ponderación planteada por el tribunal ante el conflicto con el derecho a la salud en el caso concreto.

ABSTRACT

To analyze the ruling in question, we first summarize the arguments presented by the parties in support of their claims, as well as the court's decision, in order to provide a comprehensive overview. Based on this, we identify and summarize the main grounds cited by the Court, which are analyzed at the same time. Thus, the various rights, principles, and legal institutions applied by the court are addressed. Regarding the former, these include the right to health, life, personal integrity, and an adequate standard of living, for which their recognition is noted and their content identified in the National Constitution and in international human rights treaties. The right to health is addressed more extensively, as its implications in the economic sphere for its beneficiaries are discussed. Likewise, the obligation of states—primarily provincial governments—to guarantee these rights is analyzed. Finally, the public interest invoked by the defendant is addressed, along with the balancing of interests undertaken by the court in light of the conflict with the right to health in this specific case.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud; Tutela convencional; Estados provinciales; Responsabilidad internacional; Ingresos; Interés público; Ponderación.

KEYWORDS: Right to health; Treaty protection; Provincial governments; International responsibility; Income; Public interest; Balancing of interests

I. Introducción

El derecho a la salud goza de un amplio reconocimiento en el ordenamiento jurídico nacional. Así, se encuentra tutelado en la Constitución Nacional, dentro de los derechos no enumerados establecidos en su Art. 33, y en múltiples Tratados de Derechos Humanos que gozan de la misma jerarquía conforme el Art. 75 Inc. 22 de aquella. Estos no sólo consagran el derecho, sino que también le dan contenido, estableciendo acciones específicas a los estados suscribientes para su protección. Incluso más, garantizan otros vinculados como son el acceso a un nivel adecuado de vida y la integridad personal.

Ahora bien, estos tratados son firmados por los estados nacionales, siendo los responsables en el ámbito internacional ante su incumplimiento. No obstante, nuestro país es federal, y las provincias, como Córdoba, conservan las facultades no delegadas a la nación. Entre ellas se encuentra precisamente la salud, encargándose en consecuencia de su organización, fiscalización, y del dictado de la respectiva regulación. Ante este panorama, la obligatoriedad del cumplimiento de los tratados internacionales por las administraciones locales se vuelve un asunto de suma relevancia, más aún cuando contemplan niveles de tutela superior al incorporar una mayor cantidad de aristas en su regulación, como es la situación económica de los beneficiarios.

Asimismo, se vuelven frecuentes casos en los que la protección de la salud del ciudadano colisiona con los intereses públicos del estado, principalmente los vinculados a la sostenibilidad económica del sistema. Todos estos temas que se presentan al momento de ejercer este derecho, tanto por parte del ciudadano, que procura su resguardo, como por parte del estado, principalmente provincial, al momento de realizar acciones para garantizarlos, son los desarrollados por el fallo, por lo que se analizarán a lo largo de este comentario.

II. El caso

La actora interpone demanda de amparo en contra la Administración Provincial del Seguro de la Salud (en adelante APROSS), a fin de que se ordene la cobertura integral, es decir el 100%, y la provisión continua de la medicación que le fuera prescrita, consistente en: a) Budesonide + Formoterol (60 cápsulas con aplicador); b) Tiotropio bromuro 18 mcg. (30 cápsulas con aplicador); c) Salbutamol + Ipratropio (aerosol por 250 dosis); d) Bisoprolol 5 Mg.; e) Dapagliflozina 10 Mg.; f) Rosuvastatina 10 Mg. y g) Ivabradina 15 Mg. Todo ello se le prescribió para tratar la Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica (E.P.O.C) en grado 4 y la Insuficiencia Cardíaca Clase Funcional IV (según la clasificación N.Y.H.A.) que padece y le fueran diagnosticadas desde hace varios años, las que requieren atención urgente e ininterrumpida.

Reseña que tiene 57 años, es beneficiaria de una jubilación por invalidez otorgada por la Caja provincial, y en consecuencia cuenta con la cobertura médica de APROSS. Indica que su haber mensual apenas supera la canasta básica que establece el Indec, y con ello debe afrontar la totalidad de sus gastos, o sea, alimentación, vestimenta, personal de asistencia y vivienda (alquila). Sostiene que, además de los síntomas característicos de su padecimiento (tos, a veces con esputo, dificultades respiratorias, sibilancias y fatiga), su grave cuadro le provoca disnea y una importante limitación al esfuerzo que la llevó a modificar hábitos de su vida y restringir la actividad física a breves caminatas en llano. Esta situación, además de limitar su actividad cotidiana, le afecta para mantener vínculos sociales, lo que derivó en un cuadro depresivo. Ante este panorama, sus médicos concluyeron que, para atender ambas patologías y mejorar su calidad de vida, debe recibir en forma diaria los medicamentos prescritos. Además, este tratamiento es de por vida, ya que interrumpirlo pondría en grave peligro su salud.

Manifiesta que, solicitada la cobertura integral, APROSS le notificó que no le correspondía brindarla, sino que cubría el 30% de los remedios requeridos. Ante dicha respuesta, interpuso recurso de reconsideración solicitando el pago íntegro de la medicación, reiterando la gravedad de su estado de salud y la necesidad de garantizar la continuidad de su tratamiento. Nuevamente APROSS resolvió la cobertura parcial, pero otorgando el 100 % para Espironolactona y Enalapril, mientras que mantenía para el resto el 30%. Frente a esta respuesta, otra vez requirió a APROSS que afronte en su totalidad el pago de los fármacos, interponiendo varios pedidos, pero sin obtener respuesta. Aclara finalmente que los gastos del mes de noviembre de 2023 en medicamentos equivalían al 30 % de sus ingresos, de manera que con la cobertura del 30% tornaba inviable la continuidad del tratamiento. Así, se vio obligada a interrumpirlo en su integridad por falta de recursos, optando por priorizar algunos fármacos y reducir su dosis.

Luego de admitida la acción de amparo, dado el respectivo trámite, y celebrada la audiencia del Art. 58 del CPCC., la demandada presenta el informe circunstanciado acerca los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada. Reseña que no se encuentran reunidos los requisitos legales para la procedencia del amparo por no acreditarse la afectación actual e inminente de derechos constitucionales. Explica la estructura del sistema de salud argentino, destacando que las provincias ejercen de manera exclusiva el poder de policía en dicha materia, lo que incluye su regulación y financiamiento en el ámbito local. Además, no existen mecanismos redistributivos nacionales en dicho campo, por lo que cada provincia sostiene su sistema con recursos propios. En efecto, aclara que el esquema del Sistema Nacional del Seguro de Salud (leyes N.º 23.660 y 23.661) no es

extensible a las obras sociales provinciales salvo adhesión expresa, lo que no ocurre con Córdoba. Por lo tanto, la provincia se rige por su propia normativa, es decir, la ley 9.277, que crea APROSS y la somete exclusivamente a la normativa local. Tampoco rige la ley 24.901 - Sistema único de prestaciones básicas para personas con discapacidad -, ya que se aplica a las entidades incluidas en el Art. 1 de la Ley 23.660, por lo que los nomencladores y aranceles nacionales no son aplicables. Destaca, no obstante, que la legislación vigente (Art. 4 y 12 de la ley 9.277) garantiza el derecho a la salud de los afiliados, contemplando la cobertura integral de las prestaciones médico asistenciales, en consonancia con normas de jerarquía superior. Así, se creó mediante la resolución 105/2005 el Sistema de Atención Integral de Discapacitados (SAID), que adopta criterios similares a la ley 24.901, y cuyo objeto es la atención integral y universal de los beneficiarios con discapacidad. También invoca la resolución n.º 515/2022 sobre la ampliación de cobertura, de la que infiere que no corresponde imponer la provisión de prestaciones no incluidas en el menú prestacional vigente, ya que se vulnerarían los principios de igualdad y solidaridad que rigen el sistema. Por lo tanto, considera jurídicamente inadmisibles pretender una prestación no contemplada en el nomenclador actual, sin justificación médica suficiente, y por un valor que excede lo previsto. Adiciona que no es arbitraria la existencia de un sistema de salud organizado en torno a un nomenclador prestacional, ya que garantiza los principios de igualdad y solidaridad, permite el control médico/prestacional, y posibilita la administración eficiente del presupuesto. Finalmente, reseña del caso particular, que las actuaciones administrativas iniciadas por la afiliada fueron tramitadas conforme lo previsto por la reglamentación vigente. Además, procedió a empadronar el 100 % de los medicamentos de mayor costo, lo que, conjuntamente con el 30% del resto de los remedios, implicaba el 80% del costo mensual total del tratamiento, cobertura que se amplió por el término de 12 meses. Concluye que no puede ser calificada de arbitraria ni ilegal estas prestaciones. Por el contrario, la exigencia del pago del 100% de toda la medicación es injustificada.

Al resolver, la Cámara considera que se encuentra comprometido el derecho a la salud de la solicitante, por lo que reconoce su derecho a la cobertura integral de los medicamentos prescritos para el tratamiento de las patologías crónicas que padece, declarándose de manera excepcional la obligación de la demandada de ampliar la asistencia brindada. A continuación, se tratarán los argumentos brindados por el tribunal en la resolución.

III. Tutela del derecho a la salud

Lo primero que valora la Cámara es el reconocimiento del derecho a la salud a través del derecho a la vida. Al respecto, citando a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señala que la vida es el primer derecho de la persona humana, reconocido y protegido por la Constitución Nacional, y que al ser el eje del sistema jurídico, es inviolable y un valor universal. Asimismo, la preservación de la salud integra el derecho a la vida, estando íntimamente relacionados.

A partir de esto es que el propio derecho a la salud se encuentra tutelado en la Constitución. En un primer momento, si bien no contaba con consagración expresa, formaba parte de los derechos implícitamente reconocidos en el Art. 33 de la Carta Magna. Sin embargo, esta situación cambió con la reforma del año 1994, en la que se protegió, de manera expresa, el derecho a un ambiente sano, apto para el desarrollo humano (Art. 41), y el derecho a la protección de la salud de los consumidores en la relación de consumo (Art. 42). Asimismo, se encuentra reconocido en múltiples Tratados Internacionales

de Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional por el Art. 75 Inc. 22 de la "Carta Magna". Menciona entre ellos el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 12 Inc. 1), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 4.1 y 5.1.), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 10, 16 y 18), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 6.1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Arts. I y XII), y la Declaración Universal de los Derechos del Humanos (Art. 3).

Al igual que lo destaca el tribunal, de la lectura de dichos instrumentos se pueden destacar importantes aspectos vinculados a la protección de los derechos mencionados. En primer lugar, y vinculado con la vida, está reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 4.1.), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. 1), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 3), y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Este último agrega que es inherente a la persona humana, por lo que está protegido por ley (Art. 6.1). En cuanto a la salud propiamente dicha, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el disfrute de toda persona al más alto nivel posible de salud física y mental, debiendo adoptar, para ello, la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. (Art. 12.1 y 12.2 Inc. d). Por su parte, el referido "Protocolo Adicional a la Convención Americana" también entiende el derecho a la salud como el más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Para hacerlo efectivo, compromete a los estados a reconocer la salud como un bien público, y adoptar las siguientes medidas: la atención primaria de la salud entendida como la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; y la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del estado (art. 10). En tanto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre prescribe en similar línea que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, debiendo ser correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad (Art. XI).

Vinculados a los anteriores, se encuentra el derecho a la integridad personal, protegido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se plantea como el respeto a la integridad física, psíquica y moral (Art. 5.1). Finalmente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado, que implica resguardar la salud, brindando la posibilidad de contar con seguros en caso de enfermedad (Art. 25).

Del desarrollo previo resulta claro no sólo el reconocimiento expreso del derecho en cuestión en los instrumentos internacionales invocados, sino también el de otros íntimamente relacionados, como son el derecho a la vida, a un nivel adecuado de vida, y también a la integridad personal. Sin embargo, a pesar de que de la lectura de los tratados parece que la tutela es absoluta, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce como límite los recursos públicos con los que cuenta el estado, tema que será tratado en próximos apartados.

En la enumeración realizada por el tribunal faltó mencionar otro instrumento con jerarquía constitucional que resguarda los derechos de la actora. Al respecto, como se

desarrolló en el resumen del caso, la actora gozaba de una jubilación por incapacidad. Sobre esto, el preámbulo de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sostiene que:

... la discapacidad es un concepto que evoluciona, que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás...”

En el caso bajo análisis, la peticionante padece de (E.P.O.C) en grado 4, y de Insuficiencia Cardíaca Clase Funcional IV, estado que no solo conlleva riesgos en su salud, sino que además la llevó a modificar hábitos de su vida y restringir la actividad física, lo que la limitó en su actividad cotidiana y afectó sus relaciones sociales. Por lo tanto, indefectiblemente, sus padecimientos la colocan en un estado de discapacidad, lo que le otorga una protección aún mayor por tratarse de una persona vulnerable, resultando protegida por la mencionada Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este instrumento garantiza en su Art. 25 el derecho de las personas con discapacidad a gozar del más alto nivel de salud posible. A tales fines, los países deberán adoptar las medidas pertinentes para asegurar su acceso a los servicios respectivos. Además, proporcionarán programas de atención gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que las demás personas, prohibirán la discriminación contra discapacitados en la prestación de seguros de salud, y velarán porque se presten de manera justa y razonable.

De esta manera, la tutela al derecho de la salud, y más aún en casos de personas con discapacidad, tiene la jerarquía legal más alta en nuestro país, siendo consagrado por la constitución Nacional, y también por los instrumentos de derechos humanos antes mencionados. Por lo tanto, se convierte en deber del estado su resguardo, no sólo a partir de su protección, sino también a través de la realización de acciones positivas. De lo contrario se vulneraría al ordenamiento jurídico interno y a los mencionados instrumentos internacionales, los que al estar suscriptos por nuestro país, son de cumplimiento obligatorio. Sobre ello, la Convención sobre el Derecho de los Tratados de Viena de 1969 establece en su artículo 26 que “...Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”. De esta manera, la Argentina reconoce un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, que es el acatar las disposiciones de los tratados internacionales de buena fe, constituyendo una verdadera obligación jurídica para el país (Pagliari, 2011, Pág. 4). En consecuencia, la transgresión de estos ocasiona la responsabilidad internacional de la nación argentina.

IV. El estado provincial y la protección al derecho a la salud

Retomando la última línea del apartado anterior, se debe remarcar que siempre es el estado nacional el que responde en sede internacional, por más que las vulneraciones a los derechos humanos se produzcan por actos de los poderes públicos de las provincias. En sí el derecho internacional no obliga a un país a adoptar una determinada organización política ni de gobierno, pero sí le impone al gobierno nacional la obligación de actuar en la órbita internacional y responder por las violaciones producidas en el ámbito interno, cualquiera sea la entidad estatal que la provoque, incluso aunque fuera una autoridad provincial sobre la que no ejerce competencia directa. En consonancia, la cláusula territorial, incorporada en los dos grandes pactos de derechos, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone que el tratado es de aplicación en todo el territorio,

sin ninguna limitación con motivo de la organización federal. Aclara la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar el Art. 28 de la Convención, que el estado federal debe respetar los compromisos de los tratados y adoptar las medidas positivas para hacerlos cumplir, incluso cuando no sea el responsable directo de una obligación o de una afectación, sino que lo sea una provincia. Así, adopta una función de garantía (Abramovich, V. S/F, Pág. 5). Por lo tanto, se plantea la necesidad de compatibilizar los elementos de la estructura federal, y de cumplir los compromisos internacionales asumidos en materia de derecho humanos, ya que la responsabilidad recae en el gobierno de la federación (Chiacchiera Castro, 2021, Pág. 5).

Sucintamente, ingresando a nuestro país, luego de la guerra civil, se adoptó una constitución federal, con descentralización espacial. Más precisamente, Etchichurry califica al federalismo adoptado como integrativo, es decir,

...la Nación es... el resultado de la unión y la voluntad de las provincias, que le confieren un conjunto de atribuciones y se reservan todas las demás (art. 121). Entre ellas, la facultad de dictar su propia constitución y elegir sus autoridades... (Etchichurry, 2019, Pág. 3)

Ahora bien, la constitución local debe ajustarse a ciertas pautas, y en caso de incumplimiento, la federación tiene la posibilidad de intervenir la provincia. Además, otro elemento a considerar es el principio de supremacía federal, conforme el cual la Constitución Nacional tiene máxima jerarquía, prevaleciendo por sobre las normas provinciales que se le opongan. Por lo tanto, cada Constitución provincial se subordina a la nacional y a los tratados de igual jerarquía previstos en el Art. 75 Inc. 22 e Inc. 24 (Etchichurry, 2019, Pág. 4).

En consecuencia, al igual que el estado nacional, la provincia de Córdoba debe tutelar el derecho a la salud en los términos resultantes de los instrumentos internacionales, así como también el resto de las prerrogativas desarrolladas (acceso a un nivel de vida adecuado y la integridad personal). Y no sólo eso, sino que también, y relacionado con este caso particular, tiene que dispensar una protección especial a las personas con discapacidad, quienes cuentan con una tutela aún mayor en virtud de su vulnerabilidad.

En su mérito, y en coincidencia con lo resuelto por el tribunal, no corresponde hacer lugar a los argumentos planteados por APROSS en relación al régimen legal que le es aplicable. Al respecto (aunque no haya sido tratado por el tribunal al resolver), por más que la provincia no hubiera adherido a las leyes nacionales 23.660 y 23.661 (que regulan las obras sociales nacionales, sindicales y prepagas, y crean el Sistema Nacional de Seguro de Salud), ni a la ley 24.901 (aunque se aclara que suscribió su aplicación fue objeto de un convenio aprobado mediante ley 8.811), y en cambio se rija por su propia legislación, es decir, la ley Provincial 9.277, esta situación no es óbice para cumplir con las obligaciones internacionales adoptadas por el país en relación a los de derechos humanos. La razón de esto se encuentra, además, en el Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (suscripta por el estado argentino, por lo que tiene jerarquía superior a las leyes), que prescribe que una parte no podrá invocar las disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado. En consecuencia, a pesar de las normas provinciales (dentro de las que se encuentra la propia Constitución, que en su artículo 59 reconoce el derecho a la salud, y establece lineamientos estatales para su tute-

la), Córdoba, al igual que las demás circunscripciones, debe resguardar las prerrogativas de sus habitantes, y, cuanto mínimo, en las mismas condiciones que las establecidas en los instrumentos internacionales.

V. Contenido del Derecho a la Salud

A partir de lo desarrollado anteriormente, nuestra provincia (al igual que las otras), además de reconocer el derecho a la salud, entendiéndolo como el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, debe tutelarla como un bien público. Para ello, tiene que llevar adelante todas las acciones destinadas para su protección, entre las que se encuentran la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad (entre las que se encuentra la atención primaria de la salud), y su extensión a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del estado. Incluso más, en materia de discapacidad (aplicable en el caso por la situación de la solicitante), debe adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso a servicios de salud, para lo cual, entre otras cosas, proporcionarán programas de atención gratuitos o precios asequibles de la misma variedad y calidad a las demás personas.

Conforme estos lineamientos, y haciendo hincapié en la asequibilidad al derecho, la Cámara precisa que en materia de salud, "... el acceso a los servicios médicos y farmacológicos debe estar garantizado sin que ello implique una carga económica que comprometa el bienestar del individuo o su grupo familiar...". Ante ello, el tribunal incorpora el concepto de cobertura sanitaria universal (CUS en adelante), que busca que todas las personas accedan a servicios de salud de calidad en el momento y lugar adecuados, y sin sufrir dificultades económicas, incluyendo los servicios esenciales, desde la prevención, el tratamiento, la rehabilitación, hasta los cuidados paliativos.

Lo cierto es que, conforme los lineamientos del Ministerio de Salud del gobierno nacional, la CUS implica "...que todas las personas tengan una atención equitativa que garantice el derecho a la salud con calidad, independientemente de donde vivan o su condición socioeconómica." (Ministerio de Salud de la Nación, s/f).

De esta manera, significa la cobertura efectiva, diferenciándose del acceso esporádico. Por su intermedio, se busca asegurar a todos, entre ellos los más pobres y vulnerables, el acceso a servicios de salud de calidad a lo largo de su vida, integrados y basados en la atención primaria, así como también a medicamentos de calidad, seguros, eficaces y asequibles (Lemus, 2016, Pág. 2). Así, comprende no sólo obtener los servicios médicos, sino también la continuidad en la atención, su integralidad y coordinación de cuidados (ministerio de salud de la Nación, s/f).

De la explicación de estos conceptos surge rápidamente el componente económico inserto en el acceso a la salud, y en el resguardo de este derecho para la población. Así, se postula la mancomunación de fondos solidaria, que implica, a niveles individuales, el aporte de cada uno según su capacidad, y la recepción de servicios conforme su necesidad, siendo cubierto por el presupuesto público las contribuciones de aquellos ciudadanos que carecen de medios económicos (Lemus, 2016, Pág. 2). Esto implica también la eliminación del pago directo, que constituye una barrera para el acceso a estos servicios. De esta manera, la CUS, junto con el acceso universal, evitan que los individuos se empobrezcan por incurrir en gastos elevados, convirtiéndose en claves para promover el bienestar general y asegurar la vida saludable (Lemus, 2016, Pág. 3).

Conforme lo desarrollado, deviene oportuna la adopción de esta concepción por parte de la Cámara, puesto que cumple con los estándares internacionales tratados. Así, se reconoce a la salud como un bien público, en que interviene el estado en su financiamiento y organización, y asegura su acceso a todas las personas de la comunidad a un valor asequible para ellas, independientemente de su situación económica. Además, coincide en parte con la constitución provincial, ya que al reconocer el derecho a la salud en el Art. 59, sostiene que el sistema se basa en la universalidad de la cobertura, aunque no menciona la asequibilidad o gratuidad para su acceso en caso de ser necesario.

A partir de ella se resuelve el caso planteado. El tribunal analiza si, a partir de la cobertura brindada por APROSS, el valor restante que debía abonar la amparista por los remedios convertía al tratamiento en asequible conforme sus posibilidades económicas, o devenía en excesivamente oneroso. En esta tesitura considera sus ingresos, los que ascendían al momento de la presentación a \$690.000, y el gasto mensual de los medicamentos, que alcanzaba los \$76.061,08, concluyendo en que destinaba aproximadamente el 10,89% de los ingresos para abonar el costo de los fármacos no cubiertos, porcentaje que se ubica dentro del umbral definido por los organismos internacionales como gasto catastrófico en salud.

Este indicador adquirió gran importancia a nivel mundial a partir de la preocupación expresada por distintos países y la comunidad internacional por el empobrecimiento de hogares ocasionados por el alto gasto para tratar padecimientos, siendo empleado también por la ONU y la OMS (Delbianco, Elorza y Viridis, 2023, Pág. 4). Su estimación se realiza a partir del gasto e ingreso total de los hogares y el gasto de bolsillo de salud, que son los pagos requeridos en el momento y lugar de utilización de estos servicios. El mismo no incluye el pago de primas o aportes a obras sociales, empresas de medicina prepaga ni seguros de salud, y deben deducirse los reembolsos realizados por ellos (Varco, 2022, Pág. 2). De esta manera, se considera como población que incurrió en gastos catastróficos de salud a aquella que vive en hogares en que estos superan cierta proporción de la capacidad de pago del mismo (Delbianco, Elorza y Viridis, 2023, Pág. 4).

No existe consenso sobre la cuantía de dicho porcentaje. Varco (2022, Pág. 3), por ejemplo, considera que el umbral va del 5% al 25 %, mientras que la Cámara sintetiza que los organismos internacionales lo establecen entre el 10% y el 25%. En ambos casos, el monto que desembolsaba la amparista en el tratamiento superaba los mínimos antes mencionados, por lo que efectivamente incurría en gastos de este tipo.

Estar en esta situación provoca en quien la enfrenta dificultades financieras, "... que se convierten en barreras para el acceso a la atención de los problemas de salud..." (Varco, 2022, Pág. 2). En el presente caso se configura esta situación, ya que, como se sintetizó anteriormente, la solicitante tuvo que dejar de tomar algunos de los medicamentos prescriptos, y reducir la dosis de los demás. Por lo tanto, ante la afectación al derecho a la salud, la integridad personal, e indirectamente, el riesgo en que se encontraba también su derecho a la vida, se coincide con el tribunal en la necesidad de dar "...una respuesta adecuada para la protección de su derecho...", ya que la carga que resulta de la cobertura parcial excedía el umbral razonable. Amplía la resolución en que siempre que haya contraposición de intereses, debe prevalecer la protección de derechos fundamentales, en especial cuando está comprometida la salud y hay una situación de vulnerabilidad que afecta los estándares mínimos de dignidad humana.

VI. Carácter relativo de los derechos y ponderación

Finalmente, el tribunal considera que el esfuerzo económico que representa para la demandada (APROSS) la cobertura integral de los medicamentos requeridos está justificado frente al perjuicio que implicaría a la solicitante mantenerse en el esquema de cobertura parcial. Además, señala que no habría una afectación sustancial a los intereses públicos ni a la sustentabilidad del sistema previsional, por lo que resulta primordial el resguardo del derecho a la salud. Esto porque si bien los fármacos pueden aparecer individualmente como de bajo costo, sumados en su conjunto, el resultado es susceptible de generar una afectación significativa en el contexto social y financiero de la afiliada, por lo que su situación económica y de salud justifica el pedido de ampliación de la cobertura. En cambio, la demandada en ningún momento alegó impacto alguno en su situación financiera al asumir la cobertura total de los medicamentos.

En este último desarrollo, el tribunal se encargó de ponderar los derechos enfrentados en el caso, por más que la defensa de la APROSS no haya estado centrada en este aspecto. Así, por un lado, consideró el derecho a la salud e integridad personal de la amparista, y por el otro el interés público que tutela la demandada, dentro del cual se encuentran los principios de igualdad y solidaridad en sus prestaciones.

Este interés público comprende, precisamente, los del grupo de individuos que conforman la sociedad, los que son adoptados o colocados por el estado como propios, asumiéndolos bajo un régimen de derecho público, exorbitante y derogatorio del derecho común (Correa Fontecilla, 2006, Pág. 4). La tarea más relevante del estado para con ellos es la de "...defender y promover el bien común de la sociedad civil, de los ciudadanos, y de las instituciones y los grupos intermedios, como también contribuir a la realización de la dignidad humana..." (Kronzonas, 2022, Pág. 3).

En esta línea hay que destacar los Arts. 1 y 13 de la ley provincial n.º 9.277. El primero, aclara que la función de APROSS es la de organizar y administrar el seguro de salud para los habitantes de la provincia. El segundo establece que las prestaciones serán brindadas en la medida de las posibilidades técnico financieras de la entidad. De esta manera, la regulación resulta también acorde a la de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en cuanto reconoce la protección del derecho a la salud, pero con el límite de que las acciones adoptadas deben corresponder al nivel que permitan los recursos públicos y de la comunidad. Así, APROSS procura cubrir el servicio de salud a sus beneficiarios, pero de forma tal de garantizar la cobertura equitativa a todos a partir de la administración de los medios con los que cuenta. Esta conclusión coincide con la regulación del Art. 59 de la Constitución de Córdoba, que reconoce a la salud como un bien natural y social que genera a los habitantes de la provincia el derecho al más completo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social, que será garantizado por el gobierno de la provincia, el cual establece, regula y fiscaliza el sistema de salud.

De esta manera, entre la protección a la salud de la amparista, y el interés público tutelado por el régimen de la ley n.º 9277, nos encontramos frente a derechos y principios del sistema que no son absolutos, sino que tienen sus límites cuya justificación se encuentra en la tutela de otros bienes constitucionalmente protegidos (Vázquez, 2022, pág. 8). Así, conflictos entre ellos no pueden ser resueltos por medio de criterios estándares para resolverlos, sino que, tal como lo hizo el tribunal, la técnica que normalmente utilizan los jueces es la "ponderación" (Guastini, 2007, Pág. 6).

Por ponderación se entiende al proceso en que tras la constatación de la existencia de una colisión de derechos, del examen de la intensidad y la trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, se elabora una regla que permite, dando preferencia a uno o a otro, resolver el caso mediante la subsunción a ella (Muñoz Aranguren, 2018, Pág. 2). En pocas palabras, implica la resolución de un conflicto entre derechos y principios mediante la creación de una regla a través de un método específico, y que se aplica a casos concretos. Este método específico, conforme el esquema propuesto por Robert Alexy, se basa en un test de proporcionalidad, que tiene tres subniveles: idoneidad, que implica evaluar si la restricción que sufre el derecho afectado resulta adecuada para satisfacer el fin perseguido por la norma limitadora; análisis de necesidad, que supone comprobar que la medida adoptada, de todas las idóneas que pueden tomarse, es la menos lesiva para el derecho conculcado; y la ponderación, que si bien se conforma por tres elementos, el más relevante es la ley de ponderación en sentido estricto, que se resume en que cuanto mayor es la afectación de un derecho, mayor debe ser la satisfacción que por su intermedio se procura - los otros dos elementos son la fórmula de peso y la carga de argumentación- (Vázquez, 2022, Pág. 9).

Al resolver, el tribunal solo ingresa en el análisis de la ponderación en sentido estricto, ya que no evalúa si la cobertura parcial del tratamiento de la amparista era adecuado para la protección del interés público (idoneidad), y si existían otras alternativas menos lesivas al derecho a la salud (necesidad). Así, sólo señala que la conculcación al interés público es mínima con el pago de la totalidad de la medicación, mientras que para ella devenía en necesario ante la vulneración que le ocasionaría seguir con el mismo esquema. En consecuencia, luego de analizar si en el caso la aplicación del porcentaje por el que sufragaba los remedios es compatible con los principios de equidad, proporcionalidad y acceso efectivo al derecho a la salud, resuelve brindar la ampliación solicitada.

Las mismas alegaciones de la accionada avalan los argumentos del tribunal. En efecto, menciona que luego del primer aumento de la cobertura ya se solventaba el 80% del tratamiento al abonar los medicamentos más caros. En consecuencia, el pago total de ellos implicaba un esfuerzo mínimo para APROSS, ya que solo equivalía a una quinta parte de lo costado, por lo que el interés público no se vería afectado. Por su parte, la actora había incurrido en un gasto catastrófico de salud, con todas las consecuencias perniciosas que ello implica para sus derechos. Por lo tanto, mantener la cobertura parcial devenía en ilegítimo al no superar el análisis de la ley de ponderación en sentido estricto, ya que un mínimo beneficio al “interés colectivo”, ocasionaba un enorme perjuicio a derechos de gran importancia y elevada tutela constitucional como son el derecho a la salud, integridad personal, y la vida de la amparista. Por lo tanto, corresponde brindarle la cobertura integral a la compareciente, solución que es acorde con la obligación adoptada por los estados en la Convención sobre los Derechos de Personas con discapacidad, en cuanto tienen que proporcionar programas de atención gratuitos o precios asequibles.

VII. Conclusión

Como bien se trató a lo largo del desarrollo, el derecho a la salud es reconocido no sólo por las constitución Provincial y Nacional, sino también por múltiples Tratados de Derechos Humanos, que gozan también de jerarquía constitucional. Estos, además de consagrarlo, le dan contenido al mismo, y prescriben acciones positivas a los estados a los fines de garantizarlo. Así, y a modo de síntesis, se lo reconoce como el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y los países deben tutelarlos como un bien pú-

blico, de manera que tienen que llevar adelante todas las actuaciones destinadas para su protección, entre las que se encuentran la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad.

La suscripción de los tratados de derechos humanos obliga a nuestro país a su cumplimiento, de manera que debe garantizar los derechos tutelados en la extensión reconocida por ellos, ya que de lo contrario incurriría en responsabilidad internacional. Sin embargo, por más que en los estados federales quien responde es la nación aunque la afectación se produzca en el ámbito de las jurisdicciones locales, y se trate de áreas que son competencia directa de estas, no se exime a las provincias de respetar y cumplir también los instrumentos internacionales. Esto se explica en que los convenios de derechos humanos son aplicables en todo el territorio del país, sin importar su organización política. Además, e ingresando en el caso particular de Argentina, rige el principio de supremacía federal, por lo que la Constitución Nacional tiene máxima jerarquía, prevaleciendo por sobre las normas provinciales que se le opongan, las que se subordinan a los tratados previstos en el Art. 75 Inc. 22. Por lo tanto, la protección que las provincias deben dispensar al derecho de la salud lo es, cuanto mínimo, en los términos resultantes de los instrumentos internacionales, no pudiendo invocar normas internas para justificar el incumplimiento de un tratado.

A estos fines, la Cobertura universal de salud (CUS) constituye el enfoque que se adapta a la normativa internacional, puesto que procura asegurar a todos el acceso a servicios de salud de calidad a lo largo de su vida, así como también a medicamentos de nivel, seguros, eficaces y asequibles, y de forma continua, no esporádica. En lo económico, implica la mancomunación solidaria de fondos, lo que se traduce a nivel individual en el aporte de cada uno según su capacidad, y la recepción de servicios conforme su necesidad, evitando a las personas el empobrecimiento por los elevados gastos de salud.

Ahora bien, este derecho a la salud, que conlleva la accesibilidad al sistema en términos económicos, no es absoluto, sino que en contrapartida se encuentra en interés público, traducido en la sostenibilidad de aquel para asegurar la cobertura de todos los ciudadanos, cuestión también planteada en los instrumentos internacionales. De esta manera, en cada caso específico, deberán ponderarse los derechos y principios, de manera de obtener una regla que le de supremacía a uno sobre el otro, y se pueda subsumir el caso a los fines de resolverlos.

Este es el recorrido que realizó la Cámara al resolver el caso que se comenta. Así, determinó que, conforme la concepción mencionada de la salud, se estaba vulnerando el derecho de la amparista, por lo que correspondía otorgarle la totalidad de la cobertura reclamada, lo que implicaba una mínima afectación al interés público de la provincia, pero que era indispensable para resguardar la salud y la vida de aquella.

Referencias bibliográficas

- Abramovich, V. (s/f). Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino. <https://cels.org.ar/common/documentos/prolo->

go_abramovich.pdf

- Chiacchiera Castro, P.R. (2021). Federalismo y tratados internacionales sobre derechos humanos en la república argentina. *Revista de la facultad*. Vol. 12, n.º 1, nueva serie II.
- Correa Fontecilla, J. (2006). Algunas consideraciones sobre el interés público en la política y el derecho. *Revista española de control externo*. Vol. 8, N.º 24.
- Delbianco, F., Elorza, M.E., Viridis, J.M. (2023). Protección Financiera de los Adultos Mayores: una Evaluación de los Determinantes del Gasto Catastrófico en Salud en Argentina. *Red nacional de investigadores de economía*. N.º 218.
- Etchichurry, H.J. (2019). El federalismo no es excusa: las provincias argentinas y los derechos sociales. *Núcleo Básico de Revistas Científicas Argentinas*. Vol. XX, N° 33.
- Guastini, R. (2007). Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia*. Año 2, N.º 08.
- Kronzonas, D.E. (2022). Algunas consideraciones en torno al interés público en la Argentina. *Derecho, Universidad y Justicia*. Vol. 1, N.º 2.
- Lemus, J.D. (2016). Cobertura universal de salud. *Revista Argentina de Salud Pública*. Vol 7, N.º 27
- Ministerio de Salud de la Nación (s/f). Cobertura universal de salud. Plan Implementación 2017 – 2019. <https://www.studocu.id/id/document/universitas-lakidende-unahaa/derecho-penal-honduras/implementacion-de-la-cobertura-universal-de-salud-2017-2019-en-argentina/129584392>
- Muñoz Aranguren, A. (2018). Abuso del derecho y ponderación de derechos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°41
- Pagliari, A.S. (2013). Derecho Internacional y Derecho Interno. El Sistema constitucional argentino. Universidad Bernardo O'Higgins, *Ars Boni et Aequi*, volumen 7, N.º 2.
- Varco, J.M (2022). Gasto catastrófico y empobrecedor en salud: un estudio para Argentina. *Revista Argentina de Salud Pública*. 14:e71.
- Vázquez, I. (2022). Los límites para limitar derechos: el rol de la proporcionalidad. Universidad Blas Pascal, *Revista derecho y salud*, volumen 6, N.º 7-

Medidas cautelares en las acciones de amparo

Interim measures in Amparo Proceedings

Noelia Soledad Sánchez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2026\)18](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2026)18)

Comentario a

"Doffo, Constanza C/ Administración Provincial del Seguro de Salud - Amparo Ley 4915"
(Expte. N° 13639947) Auto Nro. 76, del 11/04/2025

Cámara Contencioso Administrativa de 2ª Nominación de Córdoba

RESUMEN:

El presente artículo analiza la decisión adoptada por la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba, que resolvió, en el marco de una acción de amparo, hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la Sra. Constanza Doffo y en consecuencia, ordenó a la Administración Provincial de Seguros de Salud (APROSS) el otorgamiento de forma inmediata de la cobertura del cien por ciento (100 %) de la totalidad de los gastos originados en la adquisición, colocación y manutención periódica de un sistema integrado y automatizado de bomba infusora de insulina, parche, modelo Nano Touchcare, marca Medtrum y de los insumos para funcionar correctamente. El pronunciamiento judicial brinda una oportunidad para analizar la tutela del derecho a la vida y el derecho a la salud de las personas con padecimientos de diabetes, con especial atención a su perspectiva de vulnerabilidad. Asimismo, permite reflexionar acerca de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares innovativas en las acciones de amparo.

ABSTRACT

This article analyzes the decision issued by the Second Administrative Court of the City of Córdoba, which, in the context of an action for protection of constitutional rights, granted the preliminary injunction requested by Ms. Constanza Doffo and, consequently, ordered the Provincial Health Insurance Administration (APROSS) to immediately provide 100% coverage for all expenses arising from the purchase, installation, and periodic maintenance of an integrated and automated insulin infusion pump system, patch, model Nano Touchcare, brand Medtrum, and the supplies necessary for its proper functioning. The judicial ruling provides an opportunity

1 Abogada (UNC), egresada sobresaliente con Mención de Honor (UNC), integrante del Cuerpo de Abanderados de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales año 2017 (UNC), Diplomada en Concursos y Quiebras (Club de Derecho), Diplomada en Metodología de la Investigación Jurídica (Poder Judicial Córdoba), Magister en Derecho Civil Patrimonial (UNC), Relatora del Juzgado de Primera Instancia y Tercera Nominación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba. Mail: noesanchez1107@gmail.com ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0006-3387-5251>.

to analyze the protection of the right to life and the right to health of people with diabetes, with special attention to their vulnerability. It also allows for reflection on the requirements for the admissibility of innovative precautionary measures in amparo proceedings.

PALABRAS CLAVE: Salud; Amparo; Medidas cautelares; Diabetes; Bomba de Insulina.

KEYWORDS: Health; Legal Protection; Precautionary Measures; Diabetes; Insulin Pump.

I. Introducción

La actora, mujer de 43 años, padece de diabetes mellitus tipo 1 desde la infancia, y pese a los estrictos cuidados que ha observado a lo largo de su vida en cuanto a su alimentación, medicación y actividad física, el avance de la enfermedad le ha provocado gravísimos y definitivos efectos colaterales que han deteriorado severamente su salud y calidad de vida. Más precisamente, en el año 2003 sufrió el desprendimiento de retina y la ceguera absoluta y definitiva de su ojo derecho. Asimismo, en el año 2023, fue diagnosticada de pie diabético, y al poco tiempo sufrió una gangrena en su pierna izquierda (debajo de la rodilla) lo que desencadenó en su amputación para evitar la propagación al resto del cuerpo. Esas complicaciones severas de la enfermedad, se producen por graves episodios de hipoglucemia, a causa de una marcada variabilidad glucémica que padece y que, cuanto mayor es el tiempo en los que los niveles de glucosa se encuentran elevados, mayores son los daños en su salud. En virtud de ello, y sumado a que padece de hipertensión arterial, lo que aumenta el riesgo en su salud, los profesionales médicos le prescribieron con carácter de urgencia la provisión de un sistema integrado y automatizado de bomba infusora de insulina, parque, modelo Nano Touchcare marca Medtrum e insumos bimestrales. Ante la falta de respuesta de su obra social (APROSS), interpuso acción de amparo, con el objeto de obtener la cobertura integral de dicho infusor de insulina y sus insumos conforme la prescripción de su médico tratante para su caso particular, solicitando su provisión en carácter de urgente, bajo la modalidad de medida cautelar innovativa.

La prestadora de salud, se opuso al progreso de la acción en el entendimiento que, según los registros del monitoreo flash, la afiliada presenta un coeficiente de variabilidad del 32, 1% (dentro de lo normal) y que, según un artículo científico del Comité de Innovaciones de la Sociedad Argentina de Diabetes, el infusor de insulina con monitoreo continuo es recomendado en aquellos pacientes con coeficiente de variabilidad mayor a 36%, hipoglucemias nocturnas o inadvertidas, condiciones no presentadas por la afiliada. Es decir, la demandada no controvierte ni la patología que padece la actora, ni tampoco las complicaciones sufridas a causa de la enfermedad, ni tampoco que la cobertura ha sido requerida por profesional prestador de APROSS y que se encuentra nombrada en el menú prestacional. Su negativa se circunscribe al incumplimiento por parte de la actora, según los informes de APROSS, de los parámetros médicos recomendados para su utilización.

La causa fue resuelta por la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba, la cual, tras valorar los antecedentes médicos y jurídicos del caso, hizo lugar a la medida cautelar solicitada, en el entendimiento que la provisión de una bomba infusora de insulina y sus insumos, mejoraría de manera significativa su calidad de vida y evitaría futuras complicaciones de la enfermedad. Para así resolver, tuvo en

cuenta que se encontraban acreditados los requisitos de la verosimilitud en el derecho y peligro en la demora indispensables para hacer lugar a la tutela cautelar y fijó como contracautela la fianza personal de tres letrados.

En el presente comentario a fallo nos proponemos analizar la labor desarrollada por la Excm. Cámara en la ponderación de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares innovativas en el marco de las acciones de amparo, en particular la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Asimismo, se analizará el régimen jurídico de la tutela del derecho a la vida y a la salud, con especial énfasis en el régimen de protección de personas con diabetes.

II. El derecho a la vida y a la salud en el ordenamiento jurídico argentino. Régimen especial para personas con padecimientos de diabetes

1. Derecho a la vida y derecho a la salud. Recepción normativa

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) en innumerables fallos reitera la fórmula que considera al derecho a la vida como el “primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes”². Asimismo, ha dicho que: “El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”³.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha reiterado que el derecho a la vida es un “derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo”⁴.

Si bien la Constitución Nacional no reconoce directamente el derecho a la vida, existen numerosos artículos que resguardan y protegen a tal derecho (ej. arts. 14, 19, etc.). Sin embargo, a partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la vida se encuentra explícitamente garantizado en la Constitución Nacional, a través de su reconocimiento y protección en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 3); Convención Americana de Derechos Humanos (art. 4.1); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6.1); Convención sobre los Derechos del Niño (art. 6.1) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 10). Como podrá apreciarse, la vida debe ser tutelada porque es el estandarte que se eleva para la protección de todos los derechos que derivan de ella.

En cuanto a su contenido, la CIDH ha expresado que: “El derecho a la vida comprende no sólo el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también a que no se im-

2 CSJN, “Saguir y Dib, Claudia Graciela”, 06/11/1980, Fallos 302:1284, LA LEY 1981-A, 401.

3 CSJN, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásica”, 24/10/2000, Fallos 323:3229, LA LEY 2001-C, 32.

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) c Guatemala., Serie C 63, 19/11/1999, LA LEY 2001-F, 354.

pida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de crear las condiciones para que no se viole ese derecho básico e impedir que sus agentes atenten contra el mismo.”⁵

Es decir, la dignidad está vinculada con el derecho a gozar de una buena calidad de vida, y, por consiguiente, una adecuada atención médica. (Morello A y Morello G, 2002: 74/75). De ahí la necesaria vinculación entre el derecho a la vida y el derecho a la salud.

La salud es un derecho colectivo, público y social de raigambre constitucional que se encuentra consagrado en el art. 42 CN, y en los tratados internacionales de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) e involucra la garantía de acceso a las prestaciones básicas de salud, su mantenimiento y regularidad a través del tiempo (art. 75 inc. 23 CN) –entre otros–.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), define a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.”⁶

Por su parte, el derecho a la salud ha sido definido por la CIDH como “Un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos, y que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también como un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral”⁷.

En cuanto a su recepción normativa en los tratados internacionales de derecho humanos, encontramos a modo de ejemplo, el art. 10 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que define al derecho a la salud como “el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

Por su parte, el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar y en especial ... la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”.

Asimismo, el art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la asistencia médica”.

En el mismo sentido, el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que entre las medidas que los Estados Partes deberán adoptar a fin de garantizar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, se encuentra la prevención y el tratamiento de las enfermedades de toda índole y la lucha contra ellas y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

5 Corte IDH, “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala,” ob. cit.

6 Constitución de la Organización Mundial de la Salud <https://www.who.int/es/about/governance/constitution>.

7 Corte IDH. “Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349,

Al respecto, la CSJN sostiene: "El derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional, artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, extensivo no solo a la salud individual, sino también a la salud colectiva", y además agrega "...El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado, en los términos del Artículo 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él. A su vez, el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de la autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida — principio de la autonomía"⁸.

A nivel provincial, la Constitución de Córdoba en su artículo 59 establece que la salud es un bien natural y social que genera en los habitantes de la Provincia el derecho al más completo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y la obligación por parte del Estado de garantizar este derecho mediante acciones y prestaciones adecuadas. Asimismo, reconoce que, el sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, e incluye el control de los riesgos biológicos sociales y ambientales de todas las personas, desde su concepción.

En definitiva y tal como lo expresa el fallo objeto de comentario, el derecho a la salud posee una naturaleza dual pues, en primer lugar, es un derecho social de carácter constitucional y sujeto a un desarrollo progresivo. En segundo lugar, se trata de un servicio público esencial a cargo del Estado, el cual se ha obligado por imperativos constitucionales expresos a proteger el nivel más alto posible del disfrute al derecho a la salud, y a otorgar la atención sanitaria hasta el nivel máximo de recursos disponibles. Al igual que otros derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a la salud es un derecho de naturaleza prestacional (considerando nro. 11). En virtud de ello, la obligación de garantizar los derechos consagrados convencional y constitucionalmente, implica no sólo que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva) (considerando nro. 12).

2. Régimen especial para personas con padecimiento de Diabetes.

La diabetes es una enfermedad crónica (de larga duración), que todavía no tiene cura, pero se puede reducir el efecto que tiene sobre la vida de las personas afectadas, si se practican hábitos de estilo de vida saludables, se medica según el caso, se brinda información sobre el automanejo de la diabetes y se realizan los controles médicos con la frecuencia indicada (Pinto y Fauda, 2022:133).

En cuanto a su recepción normativa, la Ley Nacional de Diabetes N° 23.753 (sancionada el 29/09/1989 y promulgada el 6/10/1989), modificada por la Ley N° 26.914 (sancionada el 27/11/2013 y promulgada el 17/12/2013), establece que el Ministerio de Salud de la Nación dispondrá las medidas necesarias para la divulgación de la problemática derivada de la enfermedad diabética y sus complicaciones, tendiente al reconocimiento, tratamiento y adecuado control de la misma. Asimismo, instituye que dicho Ministerio, deberá abocarse específicamente a los problemas de producción, provisión y dispensación, para asegurar a todos los pacientes los medios terapéuticos y de control evolutivo (art. 1). En el ámbito provincial, la Ley

8 CSJN, "Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986", 01/06/00, Fallos 323:1339, LA LEY, 2001-B, 126.

8785 dictada en el año 1999 dispone la adhesión de la Provincia de Córdoba a la Ley 23753.

En el año 1999, el Ministerio de Salud dictó la Resolución Nro. 301 que aprobó el Programa Nacional de Diabetes (Pro NaDia) y lo incorporó al Programa Médico Obligatorio (PMO). El PMO es considerado un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales y prepagas deben garantizar (Resolución 201/02 y 1991/05 del Ministerio de Salud); sin que constituya una limitación para los agentes de seguro de salud. Consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales y/o empresas de medicina prepaga, y el mismo contiene un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional.

Para ello, resulta indispensable destacar que en relación al amplio plexo normativo que privilegia el derecho a la salud, sumado a la Ley N° 23.753 – modificada por la Ley N° 26.914– y la reglamentación del Programa Nacional de Prevención y Control de Diabetes, se establece que la cobertura de los medicamentos y reactivos de diagnóstico para auto-control de los pacientes con diabetes, será del 100% y en las cantidades necesarias según prescripción médica. Asimismo, se prevé que la autoridad de aplicación debe revisar y actualizar la reglamentación, como mínimo cada 2 (dos) años, a fin de poder incluir en la cobertura los avances farmacológicos y tecnológicos, que resulten de aplicación en la terapia de la diabetes y promuevan una mejora en la calidad de vida de los pacientes diabéticos. (art. 4 Ley 23753). Asimismo, establece que sólo será necesaria la acreditación, mediante certificación médica de una institución sanitaria pública, de la condición de paciente diabético. Esta certificación se hará al momento del diagnóstico y seguirá vigente mientras el paciente revista el carácter de enfermo crónico.

Por último, en el año 2022 el Ministerio de Salud dictó la Resolución nro. 2820 mediante la cual se aprobó la actualización de las “Normas de Provisión de Medicamentos e insumos para personas con diabetes” y estableció que la prestación obligatoria- en el sistema médico obligatorio (PMO), incluye, en lo que aquí interesa, la cobertura del infusor subcutáneo continuo de insulina (también denominado bomba de infusión continua de insulina) y sus insumos descartables (Anexo I).

III. Medidas cautelares. Concepto de tutela anticipada/ medida cautela innovativa. Requisitos de procedencia

1. Concepto de tutela anticipada.

Antes de ingresar a su conceptualización, es necesario recordar la clasificación de las medidas cautelares de carácter asegurativas y medidas cautelares de carácter satisfactivas o anticipatoria. Las primeras tienen por finalidad garantizar la eficacia práctica de la resolución definitiva, por ejemplo, el embargo preventivo, el secuestro, la inhibición general de bienes, la intervención judicial. Mientras que, las satisfactivas o anticipatorias, suponen un adelantamiento total o parcial del resultado del proceso, para evitar un daño mayor. Entre ellas se encuentran las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipada.

Aquí nos ocuparemos de las llamadas medidas cautelares innovativas o tutela anticipada, las cuales son conceptualizadas como un “sistema cautelar en virtud del cual la jurisdicción, a través de una actuación asegurativa o protectoria, resguarda- manteniendo o alterando- una determinada situación de hecho o de derecho, propendiendo a la eficacia del proceso y la utilidad de la sentencia definitiva, a través de una inmediata actuación de la ley y que evite un

daño, o los riesgos de un menoscabo que resulten evidentes o inminentes” (Rojas, 2009: 150).

En otras palabras, la tutela anticipada, aparece como una consecuencia de la necesidad de que el transcurso del tiempo no impida la existencia de la justicia del caso, es decir, se adelanta la decisión – en parte, generalmente- para evitar la consumación de un daño actual o inminente. Ahora bien, a diferencia de las medidas autosatisfactivas, en las cuales el proceso se agota con el dictado de la medida cautelar, en los supuestos de tutela anticipada, el proceso prosigue hasta el dictado de la sentencia, cuyo resultado puede coincidir o no con la medida cautelar otorgada.

2. Fundamento

La tutela anticipada busca garantizar la tutela judicial efectiva. Esta se encuentra regulada en el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el que dispone en su apart. 1, como garantía judicial, el derecho que tiene toda persona a ser oída con las debidas garantías dentro de un plazo razonable y en su art. 25, establece el derecho de todos de tener un recurso sencillo y rápido, o cualquier otro recurso efectivo que los ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.

En definitiva, la tutela anticipada constituye una vía para mejorar el sistema de administración de justicia para los casos en los cuales la urgencia por satisfacer total o parcialmente la pretensión, hace imposible transitar íntegramente todos los plazos procesales (Arce, 2016:11).

3. Requisitos de procedencia

De conformidad a lo que venimos señalando, la tutela anticipada tiene naturaleza cautelar, por lo que son provisorias y mutables, pues se mantiene su vigencia en tanto subsistan las circunstancias que las engendraron, pudiendo ser sustituidas por otras, ampliadas o modificadas y tienen como requisitos indispensables para su procedencia, la verosimilitud del derecho, aunque calificado y el peligro en la demora, también agravado, pues hablamos de urgencia. Finalmente, para su ejecutoriedad se exige contracautela, a excepción de quien actúe con beneficio de litigar sin gastos.

En cuanto a la verosimilitud del derecho debe existir una cuasi convicción del derecho invocado, pues tienen carácter excepcional. No basta la mera enunciación del derecho por quien lo pretende, sino que además deberá acompañar elementos de prueba de donde surja la fuerte probabilidad de la existencia del derecho.

En orden al peligro en la demora, se trata de una urgencia impostergradable, ya que el transcurso del tiempo acarrearía daños de muy difícil y/o imposible reparación ulterior. En ese sentido, nuestro la CSJN ha dicho que: “el examen de ese tipo de medidas cautelares, lleva ínsita una evaluación de la amenaza inminente de los daños definitivos y del peligro de permanencia en la situación actual —aspectos ambos que resultan patentes en la causa— a fin de habilitar una resolución que, al conciliar los intereses de aquéllos, según el grado de verosimilitud, y el derecho constitucional de defensa del demandado, logre la medida necesaria y oportuna de la jurisdicción que el caso requiere, aseveración que no importa, cabe aclarar, una decisión final sobre el reclamo de los demandantes formulado en el proceso principal”⁹.

9 CSJN, “Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otros/ art. 250 del C.P.C”; 06/12/2011, Fallos: 334:1691).

Finalmente, la contracautela, dependerá de cada caso en concreto, pues dada la particular excepcionalidad de la medida, no puede estandarizarse y deberá ser analizada en cada caso concreto.

IV. Análisis de los principales argumentos del tribunal

Para resolver a favor del otorgamiento de la medida cautelar solicitada, la Excma. Cámara tuvo en cuenta los siguientes argumentos:

1. Tutela judicial efectiva en los casos en donde se encuentre comprometido el derecho a la vida y salud

Como primer punto, la Cámara expresa que en aquellos casos en donde se encuentre comprometido el derecho a la vida y salud, los jueces deben buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deberán encauzar los trámites por las vías expeditas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de los derechos que cuentan con tutela de orden constitucional. (considerando 9).

Asimismo, afirma que una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor “eficacia” de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales. (considerando 13).

Además, menciona la doctrina legal del Tribunal Superior de Justicia, en pleno, según la cual, el examen de un caso donde esté de por medio la salud, y con ella, el derecho a la vida de las personas, debe necesariamente partir de un pormenorizado análisis de las circunstancias vitales particulares y singulares que subyacen al planteo, en aras de dotar de equidad a la solución que se procure¹⁰ (considerando 15).

En tal sentido expresa que, no puede pasar desapercibido la relevancia que en este tipo de medidas requiere la gravedad del cuadro de salud que presenta la actora, ni los daños irreparables que podría llegar a producirse de mantenerse la situación de hecho existente hasta el dictado de la sentencia, y en especial, cuando el anticipo de jurisdicción solicitado tiende a remediar un agravio a la salud, integridad y vida de la persona tutelada por las normas constitucionales y convencionales (considerando 13).

2. Enfoque protectorio de los derechos humanos. Función de las medidas cautelares

Sobre este punto, la Cámara afirma la importancia creciente que, bajo una concepción evolutiva del Derecho y situada en el enfoque protectorio de los derechos humanos, ha alcanzado el reconocimiento del derecho a la tutela cautelar, como un derecho fundamental, de igual jerarquía y sustantividad al derecho de acceso a la jurisdicción.

Para ello, explica que las medidas cautelares tienen por finalidad evitar un daño irreparable a la persona, por lo que la no adopción de las mismas puede dejar vacío de contenido el derecho de recurso y a un proceso equitativo, transformando el reconocimiento del derecho a favor de los accionantes en la sentencia definitiva, en una mera formalidad.

10 TSJ, Sala Electoral y Competencia Originaria, Auto N° 318/2014 “RUBIOLO, ALFREDO ANDRÉS C/ ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD (APROSS EX IPAM) - AMPARO - RECURSO DE CASACIÓN”)

En definitiva, afirma que las medidas provisionales tienen ahora un carácter no sólo “cautelar”, sino también “tutelar”. Con respecto al carácter “cautelar” las medidas cautelares tienen como propósito preservar una situación jurídica mientras está siendo considerada por el Tribunal. La función cautelar tiene por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo hasta tanto se resuelva la causa, es decir, asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo y, de esta manera, evitar que se lesionen los derechos alegados, situación que podrá hacer inocua o desvirtuar el efecto útil de la decisión final. Respecto del carácter tutelar, las medidas buscan evitar un daño irreparable y preservar el ejercicio de los derechos humanos (considerando 16).

3. Presupuestos de las medidas cautelares: verosimilitud del derecho (considerando 19)

A fin de analizar la verosimilitud del derecho invocado por la parte actora, la Cámara entiende que la parte demandada, solo tuvo en cuenta el reporte de monitoreo de glucemia con sensor aportado por la parte actora – comprendido entre el 08/12/2024 y 07/03/2025- pero sin tener en consideración las restantes condiciones médicas y antecedentes de la afiliada, entre las cuales se encuentra la complejidad que supone realizar mediciones de glucemia de manera constante (hasta 15 por día), la incidencia negativa en su desarrollo laboral y descanso a los fines de efectuar el monitoreo y sobre todo la complicación de la amputación de una pierna de la actora, en tanto la coloca en situación diferencial actual- por el severo impacto en su calidad de vida, personal, social y laboral y en situación diferencial a futuro, en virtud del incremento en el riesgo de complicaciones agudas y crónicas en su salud, lo que implica, asociadamente eventuales requerimientos adicionales de prestaciones de cobertura.

Otro argumento esgrimido por la Cámara es que, en el caso, no está en juego una mera cuestión etiológica, por pura avidez teórica, sino la posibilidad del mejoramiento concreto de la salud de una paciente con el soporte de los “beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”. En esa inteligencia, destaca que es a los profesionales médicos especializados a quienes les compete la misión de evaluar, diagnosticar y prescribir el mejor tratamiento a seguir por cada paciente, máxime teniendo en cuenta que, en el caso, quien prescribe el sistema integrado de monitoreo continuo de glucosa, es profesional experto en la enfermedad de diabetes. Así las cosas, la Cámara advierte que la tutela cautelar tiene por objeto preservar adecuadamente la garantía constitucional del derecho a la salud de la amparista, a efectos de evitar situaciones perjudiciales, máxime teniendo en cuenta que según surge del escrito introductorio, y de su constancia de inscripción ante ARCA no cuenta con ingresos económicos para costear el dispositivo requerido y sus insumos.

En definitiva, concluye que según los elementos aportados en el juicio y a partir, de una valoración integral, resulta razonable y con suficiente sustento científico la prescripción formulada por el médico tratante de la Sra. Doffo, respecto de la decisión terapéutica a adoptar -bomba infusora de insulina e insumos-, para su situación particular, a los fines de mejorar significativamente su calidad de vida y evitar futuras complicaciones de la enfermedad.

4. Presupuestos de las medidas cautelares: Peligro en la demora (considerando 19)

En relación a ello, la Cámara expone que el mantenimiento de la situación de hecho existente priva a la amparista del goce de un tratamiento adecuado según su estado de su salud, lo que provoca un daño de muy difícil cuantificación y reparación ulterior.

Asimismo, añade que, siguiendo el temperamento seguido por el Tribunal en su anterior composición, no se advierte que exista otra medida precautoria que sea más idónea para proteger el interés que se pretende tutelar, lo cual se refuerza por las particularidades médicas que presenta la actora. (*Auto N° 563/18 en "Moyano..."*, *Auto N° 179/2019 en "Stutz..."*, *Auto N° 571/2019 en "Zapata..."*, entre otros).

5. Principio Pro Homine (considerando 20)

Por último, la Cámara explica que la dignidad de la persona humana debe ser observada en todos los niveles de gobierno, en especial en las decisiones judiciales en situaciones de conflicto, sobre todo en los pleitos suscitados en torno a aspectos íntimamente ligados a la dignidad humana, a la salud y la vida, en donde los jueces deben dejarse iluminar por la directiva axiológica y hermenéutica pro homine, norte que informa en toda su extensión al campo de los derechos humanos. Añade que, si bien no se puede prescindir de un análisis económico del caso y sus proyecciones jurídicas, sociales y económicas, la tutela judicial del derecho a la salud no puede medirse por razones exclusivamente presupuestarias.

V. Conclusiones

Compartimos la decisión adoptada por la Excma. Cámara, por cuanto el otorgamiento de la medida cautelar hace efectiva la tutela procesal diferenciada para personas en situaciones de vulnerabilidad y la garantía de la tutela judicial efectiva.

En estos casos, en donde se encuentra comprometido el derecho a la vida y a la salud de las personas, los jueces, como parte de uno de los poderes del Estado, se encuentran compelidos a adoptar las medidas necesarias a los fines de hacer efectivos los derechos consagrados en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales, a los fines que estos no se tornen ilusorios y a cumplir con el mandato preventivo de daños consagrado en el art. 1710 CCyC.

Por otro lado, en aquellos casos donde se encuentran involucradas personas con padecimientos de diabetes y se discute la provisión de medicamentos o equipamientos para mejorar su calidad de vida, los magistrados deberán realizar una valoración integral de la especial situación del paciente, en particular, la incidencia de la enfermedad en su salud, en su vida laboral, social y económica y familiar.

A modo de reflexión final, consideramos que ni las obras sociales, ni las empresas de medicina prepaga, ni ningún otro agente de salud pueden rechazar o limitar la cobertura de las prestaciones indicadas por los médicos a sus afiliados basándose en interpretaciones restrictivas o arbitrarias, ya que ello atenta contra el objetivo principal de la Ley N.º 23.753, el que consiste precisamente en mejorar la calidad y la expectativa de vida de las personas con diabetes, reduciendo las complicaciones derivadas de esta enfermedad y disminuyendo sus costos, tanto directos como indirectos, mediante un enfoque prioritariamente preventivo, de control y de intervención sobre los factores de riesgo.

Referencias bibliográficas

- Ángeles, M. (2019). La tutela anticipada: un proceso urgente al servicio de los más vulnerables, *Revista Derecho y Salud*, año 3, número 3, pp. 240.
- Arce, F. (2016). Regulación autónoma de la tutela anticipada, *Revista La Ley*, p. 11.
- Díaz Villasuso, M. (2021). *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Córdoba*, Tomo III. Advocatus.
- Morello, A. - Morello, G. (2002) *Los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud*. Librería Editora Platense.
- Pinto, M.- Fauda, M. (Coord). (2022). *Reflexiones sobre el derecho a la salud*, Editores Fondo Editorial.
- Rodríguez Juárez, M. (2021). La medida cautelar autónoma y el art. 484 del CPCC. *Semanario Jurídico*; no. 2298, p. 550-553.
- Rojas, J. (2009). *Sistemas cautelares atípicos*, Rubinzal Culzoni.