



REVISTA
Derecho y Salud
JOURNAL OF LAW AND HEALTH

Revista de la Sala de Derecho a la Salud
Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ)
Universidad Blas Pascal

REVISTA

Derecho y Salud

SALA DE DERECHO A LA SALUD

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS (IDI-CJ)
UNIVERSIDAD BLAS PASCAL

Año 10 · Nro. 12 · Junio 2026 //

ISSN (Versión impresa): 2591-3468 · ISSN (Versión online): 2591-3476

REVISTA

Derecho y Salud

Consejo Editorial

- **Director: Gonzalo G. Carranza**

Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid (España). Profesor de posgrado e Investigador de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal (Argentina). Mail: gonzalocarranza@ubp.edu.ar.

- **Directora honoraria: Claudia E. Salazar**

Ex Magistrada del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba (Argentina). Presidenta de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal (Argentina). Mail: clazalazar@ubp.edu.ar.

- **Secretaria: Agustina Chaves**

Prosecretaria del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba (Argentina). Investigadora de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal (Argentina). Mail: agchaves@ubp.edu.ar.

- **Coordinador de Sección Comentarios Jurisprudenciales: Ismael Iglesias Herrera**

Escribiente de la Cámara Contencioso Administrativa de 2ª Nominación del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba (Argentina). Profesor de la carrera de Abogacía de la Universidad Blas Pascal (Argentina). Mail: iiglesiasherrera@ubp.edu.ar.

- **Coordinador de Contenidos Digitales: Kevin Young**

Asesor en el Área Legal de la Inspección General de Personas Jurídicas del Gobierno de la Provincia de Córdoba (Argentina). Profesor de la carrera de Abogacía de la Universidad Blas Pascal (Argentina). Mail: kyoung@ubp.edu.ar.

Consejo Científico

- **Fernando Aith**, Facultad de Salud Pública, Universidad de San Pablo (Brasil);
- **Federico José Arena**, Director del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ), Universidad Blas Pascal (Argentina);
- **Antonio Arroyo Gil**, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid (España);
- **Edith Maria Barbosa Ramos**, Departamento de Derecho, Universidade Federal do Maranhão (Brasil);
- **Marcelo Bernal**, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina);
- **Pamela del Valle Cáceres**, Vicerrectora de Investigación, Innovación y Posgrado, Universidad Blas Pascal (Argentina);
- **María Casado**, Centro de Investigación Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), Universitat de Barcelona (España);
- **Maria Cecilia de Almeida Monteiro Lemos**, Facultad de Derecho, UDF - Centro Universitário (Brasil);
- **José Roberto Freire Pimenta**, Facultad de Derecho, Centro Universitário UDF (Brasil);
- **Lais Gomes Bergstein**, Centro Universitário Curitiba, UniCuritiba (Brasil);
- **Carla Huerta Ochoa**, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (México);
- **Cláudia Lima Marques**, Facultad de Derecho, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil);
- **Silvia López Safi**, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Asunción (Paraguay);
- **Claudia Madies**, Centro de Estudio e Investigación en Derecho Sanitario y Bioderecho, Universidad Isalud (Argentina);
- **Sandra Regina Martini**, Instituto de Estudios Avanzados, Universidad de Sao Paulo (Brasil);
- **Tomás Guillermo Rueda**, Director de la Carrera de Abogacía, Universidad Blas Pascal (Argentina);
- **Néstor Pisciotta**, Secretario de Investigación y Desarrollo, Universidad Blas Pascal (Argentina);
- **Susana Sánchez Ferro**, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid (España);
- **Virginia Zambrano**, Departamento de Estudios Políticos y Sociales, Universidad de Salerno (Italia).

Diseño y Diagramación

- **Mauricio Tagliavini** Lic. en Diseño Gráfico

**UBP**

**EUBP**
Editorial

Copyright © 2026 by Editorial UBP
Todos los derechos reservados

Director
Néstor Pisciotta
Av. Donato Álvarez 380
CP X5147ERG Argüello, Córdoba
Argentina
Tel: 54 (0351) 414-4444
Para mayor información
contáctenos en www.ubp.edu.ar
O vía e-mail a: editorialUBP@ubp.edu.ar

Publicación editada e impresa en
Córdoba, Argentina

La reproducción de esta revista,
ya sea total o parcial, en forma idéntica
o con modificaciones, escrita a máquina
por el sistema Multigraph, mimeógrafo,
impreso, etc., que no fuera autorizada por
Editorial UBP, es violatoria de derechos
reservados. Su infracción está penada por
las leyes 11.723 y 25.446.
Toda utilización debe ser solicitada con
anterioridad.

Revista Derecho y Salud

Publicación semestral de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ)
de la Universidad Blas Pascal.

E-Mail: idi-das@ubp.edu.ar

ISSN (Versión impresa): 2591-3468 - ISSN (Versión online): 2591-3476

La Revista Derecho y Salud no se responsabiliza por las opiniones vertidas en los artículos firmados, cuyas ideas
responden exclusivamente a sus autores.

ÍNDICE

1. ESTUDIOS GENERALES

- Autonomía profesional y responsabilidad médica en la atención prehospitalaria privada en Argentina.

Professional autonomy and medical liability in private prehospital care in Argentina

Michelle Nicole Maldonado Brito 15

- De “mães-geladeira” ao dever do cuidado: o papel materno e os impactos nos direitos à saúde e à educação de crianças com transtorno do espectro autista (TEA)

From “refrigerator mothers” to the duty of care: the maternal role and its impacts on the rights to health and education of children with autism spectrum disorder (ASD)

De “madres nevera” al deber de cuidado: el papel materno y los impactos en los derechos a la salud y a la educación de niños con trastorno del espectro autista (TEA)

Priscila de Freitas y Janaína Machado Sturza 25

- El derecho a la salud en las personas privadas de la libertad en México

The health right in persons deprived of liberty in Mexico

Tonatiuh Cabrera Franco 39

- O Trabalho Invisível do Cuidado: Maternagem Atípica e Exaustão da Mulher

The Invisible Work of Care: Atypical Mothering and Female Exhaustion

El trabajo invisible del cuidado: maternidad atípica y agotamiento femenino

Mérian Padilha Alves, Laura de Lima Paulata y Joice Graciele Nielsson 49

- Microaggressions experienced by transgender people in health services: a qualitative study

Microagresiones experimentadas por personas transgénero en los servicios de salud: un estudio cualitativo

Gabriel Ponce de Leão Lima Almeida, João Simão de Melo Neto, Daniela dos Santos Dantas y André Luiz Machado das Neves 65

- Gênero, migração e deficiência na união europeia: a (in)efetivação do direito humano à saúde das mulheres migrantes com deficiência sob a matriz biopolítica do direito fraterno <i>Gender, migration and disability in the european union: the (in)effectiveness of the human right to health for migrant women with disabilities under the biopolitical matrix of fraternal law</i> <i>Género, migración y discapacidad en la Unión Europea: la (in)eficacia del derecho humano a la salud para las mujeres migrantes con discapacidad bajo la matriz biopolítica del derecho fraterno</i> Gabrielle Scola Dutra, Janaína Machado Sturza y Ariély Domingos	85
- Identidad Civil e Identidad Canónica de las Disidencias Sexogenéricas. Análisis del Discurso en el fallo “Rueda, Alba c/ Arzobispado de Salta s/ hábeas data”. CSJ CIV 61637/2018/CS1 20/4/2023. <i>Civil Identity and Canonical Identity of Sex-Gender Dissidence. Analysis of the Discourse in the Ruling “Rueda, Alba c/ Arzobispado de Salta s/ habeas data”. CSJ CIV 61637/2018/CS1 20/4/2023.</i> Gabriela L. Eslava	103
- Inteligência artificial em perícias médicas: autonomia do paciente, dados sensíveis e responsabilidade do médico perito à luz da Resolução CFM n. 2.454/2026 <i>Artificial Intelligence in Medical Expert Examinations: Patient Autonomy, Sensitive Data and the Responsibility of the Medical Expert in Light of CFM Resolution No. 2.454/2026</i> <i>Inteligencia artificial en las pericias médicas: autonomía del paciente, datos sensibles y la responsabilidad del perito médico a la luz de la Resolución CFM n.º 2.454/2026</i> Luana Carolina Bonfada y Maurice Rodrigues Uebel	121
- Do Algoritmo à Exploração do Trabalho: A Nova Arquitetura da Precarização Laboral no Capitalismo de Plataformas e Seus Impactos na Saúde dos Trabalhadores <i>From the Algorithm to Labor Exploitation: The New Architecture of Labor Precarization in Platform Capitalism and Its Impacts on Workers' Health</i> <i>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</i> Marcelo José Ferlin D'Ambroso, Rosane Teresinha Carvalho Porto y Rodrigo Leventi Guimarães	137

2. COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- La necesidad del consentimiento informado a través del Tribunal Europeo

The requirement for informed consent as established by the European Court

Nicolás Pingarrón Barci **155**

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- 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 Valenti **165**

Tribunal Constitucional de España

- 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 Perez Mosqueda **179**

Tribunal Supremo de España

- Impugnación de la maternidad y gestación por sustitución: comentario a la STS 1262/2025

Challenging Maternity and Surrogacy: Commentary on STS 1262/2025

Juan Asanza Parra **193**

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)

- 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 Hidalgo **207**

-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 Miranda **221**

Corte de Apelaciones de Concepción (Chile)

- 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 Fernández 231

Poder Judicial de la Provincia de Córdoba

- 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 Etchegoin 241

- Medidas cautelares en las acciones de amparo
Interim Measures in Amparo Proceedings
Noelia Soledad Sánchez 255

4. DIRECTRICES PARA AUTORAS/ES 267

5. REDES SOCIALES 268

Evaluadoras/es

Las evaluaciones del duodécimo número de la Revista Derecho y Salud han sido realizadas por las/los siguientes docentes e investigadoras/es:

- Albuquerque, Aline
- Arena, Federico José
- Arévalo, Jorge
- Bioni, Bruno Ricardo
- Caravaca Morera, Jaime
- Carvalho Porto, Rosane Teresinha
- Cespedes, Laurie Nicolle Cely
- Costa Smolenaars, Claudine
- Eccard, Ana Flavia
- Favoni Biudes, Renata
- Gelerstein, Juliana
- González Rodríguez, Patricia Lucila
- Gonçalves, Thauanne de Souza
- Machado Sturza, Janaina
- Martin, Élida
- Nunes Barbosa, Fernanda
- Nunes Ferreira, Versahles Enos
- Palacio, José María
- Santos Divino, Sthefano Bruno
- Urquiza, María Isabel
- Uvalle, Ricardo
- Vázquez, Ignacio
- Zalazar, Claudia E.

1. Estudios Generales

Autonomía profesional y responsabilidad médica en la atención prehospitalaria privada en Argentina

Professional autonomy and medical liability in private prehospital care in Argentina

Michelle Nicole Maldonado Brito¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2026\)01](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2026)01)

Fecha de recepción: 28.01.2026

Fecha de aceptación: 15.03.2026

RESUMEN:

La atención médica prehospitalaria privada constituye un ámbito de ejercicio profesional escasamente abordado por la medicina legal argentina, pese a la complejidad de las decisiones clínicas y jurídicas que allí se adoptan. El presente trabajo analiza las tensiones existentes entre el marco normativo vigente, los protocolos institucionales de las empresas de emergencias médicas privadas y la responsabilidad profesional del médico que actúa dentro de la atención prehospitalaria. Se adopta un enfoque cualitativo basado en revisión normativa, análisis doctrinario y observación crítica de la práctica prehospitalaria. Se examinan aspectos vinculados a la autonomía médica, el consentimiento informado en contextos de urgencia, la organización de los equipos asistenciales y las implicancias legales de la toma de decisiones clínicas. El trabajo propone visibilizar este ámbito de ejercicio profesional y reflexionar sobre la necesidad de marcos regulatorios específicos que contemplen sus particularidades, con el objetivo de fortalecer la seguridad jurídica del profesional y la calidad de la atención brindada.

ABSTRACT

Private prehospital medical care is an area of professional practice that has received scant attention from Argentine legal medicine, despite the complexity of the clinical and legal decisions made there. This paper analyzes the tensions between the current regulatory framework, the institutional protocols of private emergency medical companies, and the professional responsibility of physicians working in ambulances. A qualitative approach is adopted, based on a review of regulations, doctrinal analysis, and critical observation of prehospital practice. Aspects related to medical autonomy, informed consent in emergency

¹ Médica legista. Posgrado en Medicina Legal (Universidad de Buenos Aires). Médica de Unidad de Terapia Intensiva Móvil (UTIM) en servicios de emergencias médicas privadas.
Correo electrónico: nicoleismaldonado@gmail.com ORCID: 0000-0003-3069-3541.

situations, the organization of healthcare teams, and the legal implications of clinical decision-making are examined. This work aims to bring this area of professional practice to the forefront and to reflect on the need for specific regulatory frameworks that address its particularities, with the goal of strengthening the legal security of professionals and the quality of care provided.

PALABRAS CLAVE: atención prehospitalaria; ambulancias privadas; responsabilidad médica; autonomía profesional; medicina legal.

KEY WORDS: prehospital care; private ambulance services; medical liability; professional autonomy; forensic medicine.

I. Introducción

La atención médica prehospitalaria constituye uno de los primeros puntos de contacto entre el paciente y el sistema de salud, especialmente en situaciones de urgencia y emergencia. En este contexto, los servicios de emergencias médicas representan un componente esencial del sistema sanitario, ya que permiten brindar atención inmediata y definir conductas críticas en los primeros momentos del evento clínico (Khani et al., 2026). En Argentina, este nivel asistencial se encuentra conformado por una red heterogénea de servicios públicos y privados. Dentro de este entramado, las empresas de emergencias médicas privadas cumplen un rol central en la atención extrahospitalaria, particularmente en áreas urbanas.

Sin embargo, pese a su relevancia, la práctica médica desarrollada en ambulancias privadas ha sido escasamente abordada desde una perspectiva médico-legal sistemática. La medicina legal argentina ha centrado históricamente su análisis en el ámbito hospitalario, relegando la atención prehospitalaria a un lugar marginal dentro del debate académico.

El acto médico realizado en este contexto posee plena entidad jurídica, en tanto implica evaluación clínica, toma de decisiones diagnósticas y terapéuticas y determinación de conductas en condiciones de incertidumbre (Thompson, 2003).

A ello se suman condiciones específicas del entorno prehospitalario: limitación de recursos diagnósticos, presión temporal, ausencia de respaldo institucional inmediato y organización empresarial de la atención. Estas variables configuran un escenario de alta complejidad decisional.

En este contexto, el presente trabajo analiza las tensiones entre normativa, protocolos institucionales y responsabilidad profesional, incorporando un elemento estructural frecuentemente invisibilizado: la composición del equipo de atención prehospitalaria. En este sentido, se plantea como hipótesis que la responsabilidad médica en el ámbito prehospitalario privado se encuentra estructuralmente condicionada por factores organizacionales y regulatorios que exceden el control individual del profesional.

II. Metodología

El presente trabajo se enmarca en un enfoque cualitativo, de tipo descriptivo-analítico, orientado a examinar la relación entre el marco normativo vigente, los protocolos insti-

tucionales y la práctica médica en el ámbito prehospitalario privado.

Se realizó una revisión normativa de la legislación argentina aplicable al ejercicio de la medicina, incluyendo normas vinculadas a la responsabilidad profesional, los derechos del paciente y el consentimiento informado, con especial atención a su aplicabilidad en contextos extrahospitalarios.

Asimismo, se llevó a cabo un análisis doctrinario de la literatura disponible en materia de medicina legal y derecho sanitario, con el objetivo de identificar los principales enfoques teóricos sobre la responsabilidad médica en contextos de urgencia.

El abordaje se complementa con un análisis crítico de la práctica prehospitalaria privada, particularmente en el ámbito de las unidades de terapia intensiva móvil, a partir de la observación de situaciones recurrentes en la dinámica asistencial. Este enfoque permite identificar tensiones entre las exigencias operativas de las empresas prestadoras, los protocolos institucionales y las obligaciones legales del profesional médico.

III. Estado del arte

La atención médica prehospitalaria ha sido ampliamente desarrollada en la literatura internacional desde una perspectiva clínica y organizacional, particularmente en lo relativo a la eficiencia de los sistemas de emergencias, los tiempos de respuesta y la calidad asistencial (Khani et al., 2026). Sin embargo, su abordaje desde la medicina legal y el derecho sanitario ha sido considerablemente más limitado, especialmente en el contexto de los servicios privados.

En este sentido, diversos autores han señalado que la toma de decisiones en escenarios prehospitalarios presenta desafíos éticos y jurídicos específicos, vinculados principalmente a la urgencia, la incertidumbre diagnóstica y la limitada disponibilidad de recursos. Estas condiciones inciden directamente en la posibilidad de obtener un consentimiento informado válido, así como en la evaluación posterior de la conducta profesional en caso de resultados adversos (Thompson, 2003).

Por otra parte, la literatura ha comenzado a prestar atención al impacto de las condiciones organizacionales sobre la práctica médica en servicios de emergencias. En particular, se ha señalado que la presión operativa, la estandarización de conductas mediante protocolos y la necesidad de optimizar recursos pueden influir en la toma de decisiones clínicas, generando tensiones entre la autonomía profesional y las exigencias institucionales (Universidad ISALUD, 2022).

Asimismo, desde el campo del derecho sanitario, la responsabilidad médica ha sido tradicionalmente analizada en el ámbito hospitalario, donde existen mayores recursos diagnósticos, respaldo institucional y posibilidad de abordaje interdisciplinario. Sin embargo, en el ámbito prehospitalario, estas condiciones no siempre están presentes, lo que introduce particularidades en la valoración del estándar de diligencia exigible al profesional. En paralelo, investigaciones recientes han demostrado que la composición del equipo asistencial tiene impacto directo en los resultados clínicos. Por ejemplo, un mayor porcentaje de personal entrenado en soporte vital avanzado se asocia con mejores resultados en paro cardíaco extrahospitalario (Fang et al., 2020).

Asimismo, la evidencia muestra que la configuración del equipo (paramédicos, técnicos o médicos) influye tanto en la carga de trabajo como en la calidad de la atención (Darvishi et al., 2025).

En el contexto latinoamericano, si bien se han desarrollado sistemas de atención prehospitalaria con distintos grados de organización, persiste una escasa regulación específica sobre la práctica médica en ambulancias privadas. Esta situación genera un vacío normativo en la delimitación de responsabilidades, especialmente en lo relativo a la toma de decisiones clínicas en condiciones de urgencia y a la interacción entre protocolos institucionales y obligaciones legales.

En este escenario, el presente trabajo se inserta en un campo de estudio aún en desarrollo, proponiendo un análisis médico-legal de la atención prehospitalaria privada en Argentina. Su aporte radica en articular la experiencia clínica con el análisis jurídico, con el objetivo de visibilizar las tensiones estructurales que atraviesan este ámbito y contribuir a su incorporación dentro del debate académico en medicina legal.

IV. Marco normativo aplicable a la atención médica prehospitalaria privada

El ejercicio de la medicina en el ámbito prehospitalario se encuentra comprendido dentro del marco normativo general que regula la actividad médica en la República Argentina. Sin embargo, a la fecha, no existe una legislación nacional específica que aborde de manera integral la atención médica brindada en ambulancias privadas, lo que obliga a interpretar normas generales en un contexto asistencial con características particulares. En primer lugar, la Ley 17.132 regula el ejercicio de la medicina y establece que constituye acto médico toda actividad orientada a la promoción, prevención, diagnóstico y tratamiento de la salud humana, con independencia del ámbito físico en el que se desarrolle (Congreso de la Nación Argentina, 1967). En consecuencia, la atención realizada en una unidad de terapia intensiva móvil posee la misma entidad jurídica que la atención hospitalaria, lo que implica que el profesional conserva su autonomía para indicar tratamientos, prescribir medicación, decidir derivaciones y emitir documentación médica.

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación establece el régimen general de responsabilidad profesional, imponiendo al médico el deber de actuar con diligencia, prudencia y pericia (Congreso de la Nación Argentina, 2015). Desde la perspectiva del derecho civil, la responsabilidad médica se estructura a partir de la existencia de un daño, un factor de atribución, un nexo causal y la antijuridicidad de la conducta. En el ámbito prehospitalario, la configuración de estos elementos presenta particularidades, especialmente en lo relativo a la valoración del estándar de diligencia en contextos de urgencia, incertidumbre diagnóstica y limitación de recursos.

Asimismo, la Ley 26.529 reconoce el derecho del paciente a recibir información adecuada y a otorgar o rechazar el consentimiento informado (Congreso de la Nación Argentina, 2009). En situaciones de urgencia o emergencia, la normativa admite la presunción de consentimiento cuando la demora implique un riesgo para la salud o la vida del paciente. No obstante, en el ámbito prehospitalario privado, la exigencia de actas de rechazo de derivación plantea interrogantes sobre la validez del consentimiento obtenido en contextos de estrés, dolor o alteración del estado de conciencia.

En este sentido, la Ley 26.742, conocida como “Ley de Muerte Digna”, amplía los derechos

del paciente en relación con la toma de decisiones sobre su propio cuerpo, reforzando el principio de autonomía incluso en situaciones críticas (Congreso de la Nación Argentina, 2012). Esta normativa introduce desafíos adicionales en el ámbito prehospitalario, donde las decisiones deben adoptarse en tiempos acotados y con información limitada.

A nivel operativo, la atención prehospitalaria privada se encuentra regulada por normativas provinciales y municipales que establecen requisitos de habilitación y funcionamiento de los servicios. Sin embargo, dichas disposiciones se concentran principalmente en aspectos técnicos y administrativos, sin abordar de manera específica la toma de decisiones clínicas ni la distribución de responsabilidades entre el profesional y la empresa prestadora.

En este escenario, los protocolos internos de las empresas de emergencias médicas privadas adquieren un rol central en la organización de la práctica cotidiana. Si bien estos instrumentos carecen de jerarquía normativa frente a las leyes nacionales, en la práctica condicionan el accionar médico y generan zonas de tensión cuando entran en conflicto con el marco legal vigente.

Un ejemplo relevante de esta problemática es la indicación institucional de utilizar señales sonoras y luminosas en traslados clasificados como no emergentes. Esta práctica, justificada como una estrategia para optimizar tiempos de respuesta, puede incrementar el riesgo vial y comprometer la seguridad pública. En caso de producirse un siniestro, la responsabilidad profesional del médico podría verse comprometida, aun cuando la conducta haya sido impuesta por un protocolo interno, ya que ningún reglamento institucional puede obligar al profesional a adoptar conductas carentes de sustento clínico suficiente.

V. Protocolos institucionales y autonomía médica

Las empresas privadas de emergencias médicas desarrollan protocolos internos con el objetivo de estandarizar la atención, optimizar recursos y reducir riesgos institucionales. Estos instrumentos regulan aspectos centrales del acto médico, tales como los criterios de derivación hospitalaria, la clasificación de códigos, los tiempos máximos de atención y las modalidades de registro clínico.

Si bien la protocolización constituye una herramienta necesaria para organizar la práctica asistencial, su aplicación rígida puede entrar en conflicto con el juicio clínico individual y con las obligaciones legales del profesional. La literatura ha señalado que los procesos de estandarización excesiva pueden limitar la autonomía médica y favorecer conductas orientadas más al cumplimiento de indicadores que a la adecuación clínica del caso particular.

Un ejemplo frecuente en la práctica prehospitalaria privada es la exigencia de derivación obligatoria ante una segunda consulta en un período determinado, independientemente de la evolución clínica del paciente. Esta práctica responde a una lógica de medicina defensiva institucional, orientada a reducir riesgos legales para la empresa prestadora, pero puede implicar la indicación de intervenciones no clínicamente justificadas.

Asimismo, la imposición de tiempos máximos de atención condiciona la calidad de la evaluación clínica, especialmente en pacientes complejos o con múltiples comorbilidades.

La presión por cumplir indicadores operativos favorece decisiones apresuradas y conductas estandarizadas que no siempre se ajustan a las necesidades reales del paciente. Desde una perspectiva jurídico-legal, resulta fundamental destacar que la existencia de protocolos internos no exime al médico de su responsabilidad profesional. En caso de conflicto, la obediencia a un reglamento institucional que contradiga el marco legal vigente o el criterio clínico adecuado no constituye una eximente de responsabilidad. En este sentido, la responsabilidad recae sobre el profesional que ejecuta el acto médico, independientemente del contexto organizacional en el que se desempeñe.

Estas situaciones han sido descritas en la literatura como escenarios de tensión entre la práctica clínica y las estructuras organizacionales, en los cuales la necesidad de estandarización y eficiencia puede entrar en conflicto con los principios de autonomía profesional y adecuación terapéutica.

En consecuencia, el médico prehospitalario se enfrenta a la necesidad de tomar decisiones clínicas en un contexto atravesado por múltiples condicionantes, donde debe equilibrar su criterio profesional, las exigencias institucionales y el marco normativo vigente.

VI. Implicancias médico-legales

La práctica médica en el ámbito prehospitalario privado se desarrolla en un escenario particularmente complejo desde el punto de vista médico-legal. A diferencia del ámbito hospitalario, donde las decisiones clínicas suelen adoptarse dentro de una estructura institucional consolidada, con acceso a estudios complementarios y respaldo interdisciplinario, el médico de ambulancia actúa en contextos no ideales, con información limitada y bajo presiones operativas constantes. Estas condiciones inciden directamente en la configuración de su responsabilidad profesional.

Desde una perspectiva jurídica, el acto médico realizado en una ambulancia no pierde entidad por desarrollarse fuera de un establecimiento asistencial. Por el contrario, implica decisiones críticas que pueden tener consecuencias directas sobre la evolución del paciente y que, en caso de un resultado adverso, serán evaluadas conforme a los mismos estándares legales que rigen la práctica médica tradicional (Congreso de la Nación Argentina, 2015). En este sentido, el médico prehospitalario asume una responsabilidad individual plena, aun cuando actúe bajo protocolos institucionales y dentro de una empresa privada.

Uno de los principales focos de conflicto es la responsabilidad por omisión, particularmente vinculada a la decisión de no derivar a un paciente a un centro hospitalario. En el ámbito prehospitalario, la omisión de una derivación necesaria constituye una de las causas más frecuentes de reclamos legales. Pacientes con síntomas inespecíficos, adultos mayores con caídas, cuadros cardiovasculares atípicos o deterioro progresivo del estado general representan escenarios en los que la falta de estudios complementarios obliga al médico a decidir en un contexto de alta incertidumbre.

Desde el punto de vista jurídico, la configuración de la responsabilidad por omisión exige la presencia de un deber de actuar, la posibilidad concreta de evitar el daño y la existencia de un nexo causal entre la conducta omisiva y el resultado lesivo. En el ámbito prehospitalario, estos elementos deben analizarse considerando las condiciones reales de ejercicio, lo que introduce complejidades adicionales en la valoración de la conducta profesional.

Cuando estas decisiones se encuentran condicionadas por presiones institucionales orientadas a reducir derivaciones o acortar tiempos de atención, el riesgo legal se incrementa significativamente. En estos casos, el profesional puede verse expuesto a imputaciones por negligencia o imprudencia, aun cuando haya actuado conforme a su mejor juicio clínico en el contexto disponible.

La situación se agrava cuando la documentación clínica resulta insuficiente o cuando el registro no refleja adecuadamente el razonamiento médico que condujo a la decisión adoptada. En este sentido, la correcta documentación clínica adquiere especial relevancia en el ámbito prehospitario, donde el registro constituye, en muchos casos, el único respaldo del acto asistencial y de las decisiones adoptadas por el profesional (Organización Mundial de la Salud, 2019).

En el extremo opuesto, se encuentra el riesgo de sobreactuación clínica o medicina defensiva, fenómeno cada vez más frecuente en el ámbito de las ambulancias privadas. Frente al temor a sanciones administrativas, auditorías internas o eventuales reclamos judiciales, algunos profesionales optan por derivar pacientes sin una indicación clínica clara o por adoptar conductas orientadas principalmente a la autoprotección jurídica. Si bien esta estrategia puede reducir el riesgo percibido, también puede generar consecuencias legales cuando las intervenciones resultan innecesarias o desproporcionadas.

Otro aspecto relevante es el valor jurídico de los protocolos institucionales como fundamento de las decisiones médicas. Si bien estos documentos suelen presentarse como herramientas de respaldo legal, desde una perspectiva médico-legal resulta claro que carecen de valor exculpativo automático. En caso de conflicto, la responsabilidad recae sobre el profesional que ejecutó el acto médico, independientemente de que haya seguido directivas institucionales. La obediencia a un protocolo interno que contradiga el marco legal o incremente el riesgo sin sustento clínico no constituye una eximente de responsabilidad.

Este escenario configura una situación de inseguridad jurídica estructural, en la que el médico se ve obligado a equilibrar, en tiempo real, las exigencias de la empresa, las expectativas del paciente y las obligaciones legales de su profesión. La ausencia de un marco normativo específico que contemple las particularidades de la atención prehospitalaria privada profundiza esta vulnerabilidad y favorece la judicialización del acto médico.

VII. Discusión

Uno de los hallazgos más relevantes de este análisis es que las tensiones entre autonomía profesional y responsabilidad médica no pueden comprenderse únicamente desde la normativa o los protocolos, sino que responden a factores estructurales del sistema. En este sentido, la composición del equipo de atención prehospitalaria constituye un elemento central. A nivel internacional, los sistemas de emergencias médicas suelen estructurarse sobre la base de equipos integrados por personal con formación específica —como técnicos en emergencias médicas o paramédicos— con roles claramente definidos y competencias delimitadas.

Sin embargo, en el contexto argentino, la conformación de los equipos en servicios privados presenta una marcada heterogeneidad, sin una regulación uniforme que garantice estándares mínimos de formación del personal interviniente. Esta situación genera una

distribución desigual de competencias dentro del equipo, con impacto directo en la práctica asistencial.

En la dinámica cotidiana, esta configuración implica que el médico asuma de manera simultánea funciones clínicas, técnicas y operativas, en un entorno donde el apoyo del equipo puede ser limitado. Esta sobrecarga operativa condiciona la toma de decisiones, especialmente en contextos de urgencia.

La literatura ha señalado que la efectividad de la atención prehospitalaria depende en gran medida de la coordinación del equipo y de la complementariedad de competencias (Alnakhlí et al., 2024). Por lo tanto, en ausencia de esta estructura, se incrementa el riesgo de errores, omisiones y decisiones subóptimas.

Esta situación no solo constituye una limitación operativa, sino que evidencia una disociación entre el diseño organizacional del sistema y los estándares internacionales de atención prehospitalaria, lo que refuerza la necesidad de una regulación específica adaptada a este contexto.

Asimismo, esta situación tiene implicancias jurídicas relevantes. En la medida en que el médico asume la totalidad del acto asistencial en un contexto de apoyo limitado, se amplía su exposición a responsabilidad legal ante eventuales resultados adversos.

En consecuencia, la problemática de la atención prehospitalaria privada no puede reducirse a la tensión entre protocolos y autonomía, sino que debe comprenderse como un fenómeno estructural que involucra la organización del sistema, la formación del recurso humano y la ausencia de regulación específica.

VIII. Conclusiones

La atención médica prehospitalaria privada constituye un ámbito de ejercicio profesional que, pese a su relevancia dentro del sistema de salud, continúa desarrollándose en una zona de escasa regulación y limitado abordaje desde la medicina legal argentina. El análisis realizado permite afirmar que el acto médico en ambulancias privadas no solo posee plena entidad jurídica, sino que se encuentra atravesado por condiciones particulares que modifican sustancialmente el contexto en el que se toman las decisiones clínicas.

En este escenario, la relación entre autonomía profesional y responsabilidad médica se configura de manera asimétrica. Mientras que el ordenamiento jurídico atribuye al médico la responsabilidad plena por sus decisiones, la práctica cotidiana muestra un ejercicio profesional condicionado por protocolos institucionales, exigencias operativas y limitaciones estructurales que restringen el margen real de autonomía. Esta tensión no solo genera inseguridad jurídica, sino que impacta directamente en la calidad de la atención.

Uno de los aportes centrales de este trabajo radica en visibilizar el rol de la composición del equipo prehospitalario como factor determinante en la práctica médica. La ausencia de estándares claros respecto a la formación y funciones del personal que integra estos equipos introduce una variable crítica que ha sido insuficientemente considerada en el análisis médico-legal. La heterogeneidad en la capacitación del recurso humano no solo afecta la dinámica asistencial, sino que amplía la carga operativa del médico y, con ello, su exposición a responsabilidad jurídica.

Asimismo, la falta de un marco normativo específico para la atención prehospitalaria privada contribuye a la consolidación de un modelo organizacional en el que el riesgo legal se encuentra desproporcionadamente concentrado en el profesional, sin un correlato adecuado en términos de respaldo institucional o regulación de las condiciones de trabajo. Esta situación favorece la adopción de prácticas defensivas, la estandarización excesiva de conductas y, en última instancia, la desnaturalización del acto médico.

En este sentido, resulta imprescindible avanzar hacia el reconocimiento de la especificidad de la medicina prehospitalaria dentro del derecho sanitario y la medicina legal. La construcción de marcos regulatorios que contemplen la composición de los equipos, la delimitación de funciones y las condiciones reales de ejercicio profesional constituye un paso necesario para reducir la incertidumbre jurídica y mejorar la calidad asistencial.

En definitiva, abordar la atención médica en ambulancias privadas desde una perspectiva médico-legal no implica únicamente analizar la responsabilidad individual del profesional, sino comprender las condiciones estructurales en las que dicha responsabilidad se ejerce. Visibilizar estas tensiones permite trascender el análisis centrado en el error individual y avanzar hacia una comprensión más integral, orientada a la construcción de sistemas de atención más seguros, equitativos y jurídicamente coherentes.

Referencias bibliográficas

- Congreso de la Nación Argentina. (1967). Ley 17.132. Ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración. *Boletín Oficial de la República Argentina*.
- Congreso de la Nación Argentina. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación. *Boletín Oficial de la República Argentina*.
- Congreso de la Nación Argentina. (2009). Ley 26.529. Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. *Boletín Oficial de la República Argentina*.
- Universidad ISALUD. (2022). Condiciones laborales en servicios de emergencias médicas móviles. *Informe técnico*.
- Thompson, J. (2003). Ethical challenges of informed consent in prehospital research. *Canadian Journal of Emergency Medicine*, 5(2)(108-114), <https://doi.org/10.1017/S1481803500008253>.
- Organización Mundial de la Salud. (2019). Patient safety: Guide to effective clinical documentation. *World Health Organization*.
- Congreso de la Nación Argentina. (2012). Ley 26.742. Ley sobre derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado. *Boletín Oficial de la República Argentina*.
- Darvishi, S., et al. (2025). Developing workload-informed crew configuration recommendations for emergency medical services. *International Journal of Industrial Ergonomics*, 108, <https://doi.org/10.1016/j.ergon.2025.103777>.
- Fang, P. H., et al. (2020). Impacts of Emergency Medical Technician Configurations on Outcomes of Patients with Out-of-Hospital Cardiac Arrest. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 17(6), <https://doi.org/10.3390/ijerph17061930>.
- Wang, S. A., et al. (2024). Effect of crew ratio of advanced life support-trained personnel on patients with out-of-hospital cardiac arrest: A systematic review and meta-analysis.

Journal of the Formosan Medical Association, 123(5),
<https://doi.org/10.1016/j.jfma.2023.10.008>.

- Alnakhli H., et al. (2024). Collaboration in Emergency and Prehospital Settings the Impact of Teamwork Among Physicians, Nurses, Health Assistants, and Emergency Medical Services Personnel on Patient Outcomes. *International Journal of Computational and Experimental Science and Engineering*, 10(4), <https://doi.org/10.22399/ijcesen.4239>.
- Khani, J., et al. (2026). Prehospital emergency services: expectations of patients and companions. *International Journal of Emergency Medicine*, 19(1), <https://doi.org/10.1186/s12245-025-01115-8>.

De “mães-geladeira” ao dever do cuidado: o papel materno e os impactos nos direitos à saúde e à educação de crianças com transtorno do espectro autista (TEA)

From “refrigerator mothers” to the duty of care: the maternal role and its impacts on the rights to health and education of children with autism spectrum disorder (ASD)

De “madres nevera” al deber de cuidado: el papel materno y los impactos en los derechos a la salud y a la educación de niños con trastorno del espectro autista (TEA)

Priscila de Freitas¹; Janaína Machado Sturza²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2026\)02](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2026)02)

Fecha de recepción: 04.02.2026

Fecha de aceptación: 14.04.2026

1 Em estágio pós-doutoral em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí. Bolsista CAPES/PDPG Políticas Afirmativas e Diversidade Edital 17/2023.

E-mail: pri_freitas02@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3272-9117>

2 Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre - Itália, com estágio pós-doutoral em Direito na Universidade Tor Vergata – Itália (2024) e na UNISINOS (2016). Mestre em Direito e Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas pela UNISC. Professora e Pesquisadora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI, lecionando na Graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado. Integrante da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). Pesquisadora Gaúcha FAPERGS - Edital N° 09/2023 (2024 - 2027).

E-mail: janasturza@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9290-1380>

RESUMO:

Este artigo analisa a evolução histórico-legislativa dos direitos à saúde e à educação das pessoas com Transtorno do Espectro Autista (TEA) no Brasil, com foco no papel atribuído às mães como cuidadoras exclusivas. A pesquisa parte da construção social e jurídica do cuidado materno, desde o estigma da “mãe-geladeira” até os desafios atuais relacionados à sobrecarga e à invisibilização das mães no cotidiano do cuidado. Busca-se compreender de que forma essa atribuição histórica impacta a efetividade dos direitos das crianças com TEA e dificulta a formulação de políticas públicas baseadas na corresponsabilidade familiar, comunitária e estatal. Utiliza-se metodologia dedutiva, com abordagem qualitativa, por meio de revisão bibliográfica e documental. Por fim, pretende-se contribuir para o debate sobre os limites das políticas atuais e a urgência de uma abordagem mais inclusiva e coletiva no atendimento às demandas das famílias de pessoas com TEA.

RESUMEN:

Este artículo analiza la evolución histórico legislativa de los derechos a la salud y a la educación de las personas con Trastorno del Espectro Autista (TEA) en Brasil, con foco en el papel atribuido a las madres como cuidadoras exclusivas. La investigación parte de la construcción social y jurídica del cuidado materno, desde el estigma de la “madre nevera” hasta los desafíos actuales relacionados con la sobrecarga y la invisibilización de las madres en la vida cotidiana del cuidado. Se busca comprender de qué forma esta atribución histórica impacta en la efectividad de los derechos de los niños con TEA y dificulta la formulación de políticas públicas basadas en la corresponsabilidad familiar, comunitaria y estatal. Se emplea una metodología deductiva, con enfoque cualitativo, mediante revisión bibliográfica y documental. Finalmente, se pretende contribuir al debate sobre los límites de las políticas actuales y la urgencia de un enfoque más inclusivo y colectivo en la atención a las demandas de las familias de personas con TEA.

ABSTRACT

This article analyzes the historical and legislative evolution of the rights to health and education of people with Autism Spectrum Disorder (ASD) in Brazil, focusing on the role attributed to mothers as exclusive caregivers. The research starts from the social and legal construction of maternal care, from the stigma of the “refrigerator mother” to the current challenges related to the overload and invisibility of mothers in the daily routine of care. It seeks to understand how this historical attribution impacts the effectiveness of the rights of children with ASD and hinders the formulation of public policies based on family, community, and state co-responsibility. A deductive methodology is used, with a qualitative approach, through bibliographic and documentary review. Finally, it aims to contribute to the debate on the limits of current policies and the urgency of a more inclusive and collective approach in meeting the demands of families of people with ASD.

PALAVRAS-CHAVE: Transtorno do Espectro Autista; Dever do cuidado; Papel materno; Saúde; Educação.

PALABRAS CLAVE: Trastorno del Espectro Autista; Deber de cuidado; Papel materno; Salud; Educación.

KEY WORDS: Autism Spectrum Disorder; Duty of care; Maternal role; Health; Education.

I. Introdução

O reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência, em especial daquelas com Transtorno do Espectro Autista (TEA), tem avançado no Brasil por meio de marcos legais que buscam assegurar a inclusão e o acesso equitativo à saúde e à educação. No entanto, a efetividade desses direitos muitas vezes se vê condicionada a dinâmicas sociais e familiares que, historicamente, sobrecarregam determinadas figuras, especialmente as mães, com o encargo quase exclusivo do cuidado. Este cenário revela não apenas a persistência de construções sociais de gênero, mas também os entraves estruturais à implementação de políticas públicas que promovam o cuidado compartilhado.

O presente artigo propõe-se a analisar a evolução histórico-legislativa dos direitos à saúde e à educação das pessoas com TEA no Brasil, com ênfase na forma como o papel materno foi sendo juridicamente e socialmente moldado ao longo do tempo. Partindo da imagem simbólica da “mãe-geladeira” — expressão que denuncia a culpabilização materna pelo comportamento atípico das crianças no passado — até os atuais desafios de reconhecimento do dever do cuidado como responsabilidade coletiva, busca-se compreender como essa construção impacta diretamente a formulação e a efetivação de políticas públicas voltadas ao cuidado compartilhado.

A pergunta que orienta esta investigação é: Como a construção histórica e legislativa do papel da mãe como cuidadora exclusiva impacta o reconhecimento e a formulação de políticas de cuidado compartilhado para pessoas com Transtorno do Espectro Autista no Brasil? Para tanto, adota-se a metodologia dedutiva, com abordagem qualitativa, a partir de revisão bibliográfica e documental, incluindo legislações, políticas públicas, e estudos interdisciplinares nas áreas do direito, da saúde e das ciências sociais. O estudo se desenvolve com base na análise relacionada com a compreensão do autismo, seja a partir de teorias relacionadas com afinidade, seja com a terminologia de neurodiversidade, valendo-se da percepção internacional, visto que outros países foram pioneiros ao estudo da temática, perpassando por crítica da evolução normativa brasileira e das implicações sociais dessa trajetória para a configuração atual do cuidado destinado às crianças com TEA, com especial atenção aos entraves enfrentados para a implementação de uma lógica de corresponsabilidade, visando retirar o peso social do dever do cuidado da esfera materna.

II. De Mães Geladeiras’ à Neurodiversidade: histórico acerca da compreensão do Transtorno do Espectro Autista (TEA)

É importante, ao se mencionar a história das pessoas com TEA abordar que a história e a luta do movimento de tal grupo ocorreram de forma apartada às lutas e reivindicações relacionadas com as pessoas com deficiência. Enquanto, em termos de Brasil, já havia ensino especializado para pessoas com deficiência auditiva e visual, bem como as APAEs, em relação ao autismo não ocorria o mesmo³.

Efetuada análise histórica, apresenta-se que o primeiro diagnóstico de autismo foi efetuado em 1943, por Leo Kanner, psiquiatra austríaco, ao descrever o quadro de Donald Triplett, um garoto de cinco anos que se tornou seu caso número um (Abreu, 2021).

3 A proposta do presente artigo não consiste em adentrar em tal mérito/discussão, de modo que, para os fins desta análise, se utiliza a compreensão apresentada pela Lei 12.764/2012 de que, para fins legais, as pessoas com TEA são consideradas como pessoas com deficiência.

Em publicação efetuada por Kanner (1943, apud Lopes, 2024), fez análise de onze crianças ao longo de cinco anos, apresentando características que, até o momento não haviam sido descritas na literatura médica, não cabendo a essas os diagnósticos já conhecidos de demência precoce, esquizofrenia infantil e oligofrenia. As características das crianças consistiam em incapacidade de se relacionar de maneira comum com pessoas e situações de início de vida, sendo referidas como autossuficientes, fechadas em uma concha e alheias ao seu entorno.

Kanner (1943, apud Lopes, 2024), em sua análise, constatou elementos relacionados com as famílias de tais crianças, como o fato de seus familiares sendo pessoas pouco amorosas, no seu ponto de vista, estando mais interessadas em questões de ordem intelectual e menos dedicadas ao convívio com as pessoas.

Dos anos 1940 a 1960 predominou a compreensão do autismo como falhas no estabelecimento das relações objetais precoces das pessoas, especialmente com os pais. Tais compreensões abordavam o autismo como falha dos pais. Eram comuns o uso de expressões como “fortalezas vazias”, “tomadas desligadas”, “conchas”, “carapaças”, “ovos de pássaros” e “buracos negros” pela tradição psicanalítica para se referir às crianças autistas, remetendo a uma visão negativa desses. Esse movimento negativo em relação aos pais prejudicou, inclusive, o surgimento de organizações de autistas ou de pais e familiares (Ortega, 2009).

Apesar da terminologia de “mãe-geladeira”, termo que relacionava o fato da criança ser autista com a falta de afeto da mãe durante a gestação e início da vida, haver sido atribuída para Leo Kanner, Lopes (2024: 25) defende que a representação da mãe de pessoa com TEA ser compreendida como fria e pouco amorosa não deve ser vista como uma criação de um indivíduo, pois “o solo em que cresceu a associação entre autismo e culpa das mães é um terreno marcado pela negação da mulher em realizar-se de qualquer outro modo para além das paredes que delimitam o espaço doméstico”.

Aqui, cabe efetuar crítica feminista acerca do papel imposto socialmente a mulher. Beauvoir (1967) já defendia, com sua clássica frase “ninguém nasce mulher: torna-se mulher” o resultado cultural atribuído para o gênero feminino, relacionados com a educação de boas maneiras, amadurecimento em relação a “função da mulher”, bem como a afirmação de que é através da maternidade que a mulher realiza seu desejo fisiológico, sendo a maternidade uma vocação natural de todas as mulheres.

Lopes (2024: 25), ao fazer análise do termo mãe-geladeira, refere à existência da síntese de vários elementos que marca a relação entre modernidade e feminilidade, principalmente com recorte pós Segunda Guerra,

de um lado a sedimentação da imagem, já mencionada, da mulher como esposa/mãe/dona de casa; de outro lado, a geladeira enquanto instrumento/símbolo de um determinado modelo de sociedade que se projetava – urbana, moderna e que tinha no consumo um dos seus principais pilares.

Bruno Bettelheim, em 1967, publicou nos Estados Unidos o livro relacionado com a terminologia fortalezas vazias, a partir do qual, efetuava análise de três casos, argumentando que o autismo consistia em patologia de cunho emocional, desenvolvida como

mecanismo de defesa da criança que se encontrava em ambiente hostil e ameaçador, estando o termo relacionado ao processo de destruição da personalidade e de negação da realidade externa. Assim, mais uma vez, atribuíam-se a mãe a culpa relacionada pela patologia, visto que caso não tivesse comportamentos adequados em relação ao filho, o mesmo poderia se tornar uma vítima indefesa das tensões internas (Bettelheim, 1987, apud Lopes, 2024).

Nota-se, desde os primeiros diagnósticos até a atualidade, que as incertezas acerca das “causas do autismo” são um campo fértil para se atribuir um papel de culpa materna. Referidas compreensões efetuadas acerca de teorias que culpabilizavam a afetividade de mães, pais, familiares em geral de crianças com TEA passaram a ser objeto de questionamento e críticas por essas pessoas. Assim, passam a existir os movimentos sociais de familiares de pessoas com TEA, nos Estados Unidos.

Lopes (2024) relata que a primeira reunião da organização *National Society for Autistic Children (NSAC)* ocorreu em 1965, sendo referida associação um espaço de compartilhamento de informações, mobilização política e de construção de conhecimento, inclusive servindo como marco para movimentos sociais de outros países.

Apesar de não se correlacionarem com os movimentos sociais de pessoas com deficiência de forma geral, estes movimentos serviram de inspiração para mães e pais buscarem tratamentos éticos e novas formas de terapia para seus filhos, implicando, inclusive, no questionamento acerca da utilização do modelo médico para a compreensão da deficiência (Lopes, 2024).

O ideal do modelo social da deficiência, que surge no Reino Unido na década de 1960, pelo sociólogo Paulo Hunt, pessoa com deficiência física, emerge como crítica acerca do modelo médico, visto que tal modelo considera a deficiência como consequência natural da lesão em um corpo, devendo a pessoa com deficiência ser objeto de cuidados biomédicos. A crítica refere que as internações para tratamento ou reabilitação estavam servindo de meio para que as pessoas com deficiência ficassem encarceradas, bem como a experiência da deficiência não consistia em resultado a suas lesões, mas sim do ambiente social hostil à diversidade física (Diniz, 2007).

Em relação com a culpa atribuída para as mães de crianças com TEA, destaca-se que as representações dessas muito se relacionam com a ascensão dos movimentos feministas e as transformações do papel da mãe/mulher a partir da década de 1960, de modo que:

num período em que os diferentes movimentos sociais reivindicavam ampliação dos direitos de cidadania para os diferentes grupos marginalizados, as bandeiras levantadas pelas mães eram duplas: primeiro, a reivindicação do direito de serem respeitadas como mães de crianças que não se enquadravam no padrão neurotípico; segundo, a exigência que seus filhos, tal qual elas, tivessem assegurados direitos mínimos como assistência em saúde e educação. Desta feita, elas não advogavam apenas pelos direitos dos seus filhos, falavam também em causa própria (Lopes, 2024: 55).

Superada a compreensão da culpa materna em relação ao autismo, passa-se ao compartilhamento de experiências, acesso à saúde, educação, dentre outros direitos de forma

efetiva, o que fez com que houvesse um aumento significativo nos movimentos sociais, bem como na busca por informações e estudos das mais diversas áreas.

Atualmente, com o avanço de estudos acerca do TEA, bem como atualizações do Manual Diagnóstico de Transtornos Mentais (sigla em inglês DSM), é possível referir que transtorno do espectro autista se faz presente dentre os Transtornos de Neurodesenvolvimento, mencionados no referido Manual (DSM). Assim, conforme o DSM-5 TR “os transtornos do neurodesenvolvimento são um grupo de condições com início no período do desenvolvimento” (APA, 2023: 133). Relacionam-se com limitações específicas na aprendizagem ou em funções cognitivas, como também prejuízos globais em habilidades sociais, ou até mesmo na inteligência, sendo possível e frequente a ocorrência de mais de um transtorno do neurodesenvolvimento de forma concomitante (APA, 2023). Acerca do transtorno do espectro autista, este

caracteriza-se por déficits persistentes na comunicação e na interação sociais em múltiplos contextos, incluindo déficits em reciprocidade social, em comportamentos não verbais de comunicação usados para interação social e em habilidades para desenvolver, manter e compreender relacionamentos. Além dos déficits na comunicação social, o diagnóstico do transtorno do espectro autista requer a presença de padrões restritos e repetitivos de comportamento, interesses ou atividades. Considerando que os sintomas mudam com o desenvolvimento, podendo ser mascarados por mecanismos compensatórios, os critérios diagnósticos podem ser preenchidos com base em informações retrospectivas, mesmo que a condição presente esteja causando prejuízos significativos (APA, 2023: 133).

A menção de transtornos do neurodesenvolvimento faz com que seja necessário mencionar a atribuição de nomenclatura relacionada com a neurodiversidade. A terminologia neurodiversidade é devida a Judy Singer, filha de autista e mãe de mulher autista, que utilizou a terminologia pela primeira vez em seu trabalho de conclusão do curso de Sociologia, abordando-a como categoria analítica de interseccionalidade. Refere Singer (2017) que o movimento das pessoas autistas buscava elaborar um novo tipo de identidade. Se opunha contra aqueles considerados como “neurotípicos”, termo utilizado para se referir a pessoas com um neurodesenvolvimento considerado dentro dos padrões.

Para Singer (2017) o significado do Espectro Autista reside em uma antecipação de uma Política de Neurodiversidade (Politics of Neurodiversity), pois os neurologicamente diferentes (*Neurologically Different*) representam uma nova categoria política de classe/gênero/raça e aumentarão a compreensão do modelo social da deficiência.

Assim, havidas as percepções necessárias acerca do histórico da compreensão social e médica acerca das pessoas com TEA e suas mães, importa perpassar pela normativa brasileira relacionada com o tema.

II. A normativa brasileira aplicável para pessoas com Transtorno do Espectro Autista (TEA)

O Estado brasileiro adota compromisso constitucional com a dignidade, igualdade e não discriminação, o que se reflete na busca pela inclusão social de todas as pessoas, visando o alcance de uma sociedade mais livre, justa e solidária. Referido compromisso se reflete em normas infraconstitucionais, dentre as quais, destaca-se aquelas que se relacionam

com a temática da presente pesquisa.

Primeiramente, a legislação mais específica que há no ordenamento jurídico brasileiro acerca do tema TEA é a Política Nacional de Proteção dos Direitos das Pessoas com Transtorno do Espectro Autista, instituída pela Lei 12.764/2012, conhecida como Lei Berenice Piana. Referida lei é o marco normativo central para pessoas com TEA no Brasil. Prevê, dentre seus principais pontos, o direito ao diagnóstico precoce, tratamento, terapias, medicamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), bem como acesso à educação, inclusão social e proteção legal.

Assegura a Lei Berenice Piana que a pessoa com TEA não será submetida a tratamento desumano ou degradante, não será privada de sua liberdade ou do convívio familiar, nem sofrerá discriminação por motivo de deficiência (Brasil, 2012). Repare que a menção efetuada no texto legal se relaciona com a convivência familiar, de forma geral, não sendo atribuída incumbência específica relacionada com a figura materna apenas.

Insta mencionar que a Lei Berenice Piana prevê, de forma expressa, que a pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os fins legais (Brasil, 2012). Assim, é possível afirmar que são aplicáveis, para pessoas com TEA, os preceitos apresentados pela Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, visto que o tratado internacional ingressa no ordenamento jurídico brasileiro com força de emenda à Constituição, estando promulgada a partir do Decreto 6.949/2009.

Assim, a Convenção, além de deixar claro, a partir do conceito de pessoa com deficiência, a adoção pelo modelo social, visa garantir diversas especificações relacionadas com os direitos das pessoas com deficiência. O conceito, por si só, já refere que as pessoas com deficiência possuem impedimentos de longo prazo que podem ser de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, e que, tais impedimentos, em interação com barreiras, podem obstruir a sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições (Brasil, 2009).

Impõe aos Estados signatários que reconheçam todas as pessoas como iguais perante a lei e que tenham direito à igual proteção, sem qualquer discriminação, sendo proibida a discriminação baseada na deficiência, bem como deverão adotar medidas que visem à oferta de adaptação razoável. Outro ponto de destaque é a menção da Convenção acerca de que todas as pessoas com deficiência devem ser reconhecidas como pessoas perante a lei, sendo-lhes assegurada a sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas (Brasil, 2009).

Além da Convenção, também se aplicam para as pessoas com TEA as normativas previstas na Lei Brasileira de Inclusão (LBI), Lei 13.146/2015. Referida Lei é proveniente da Convenção e apresenta, de forma aprofundada, os pontos que a Convenção deixa claro que os Estados signatários devem atender. Assim, apresenta em seu texto legal uma série de conceitos, bem como percepções relacionadas com a avaliação da deficiência, a qual deverá ser efetuada por equipe multidisciplinar, além de assegurar direitos fundamentais específicos, atendimento prioritário, igualdade e não discriminação, bem como a capacidade civil de tais pessoas.

Acrescenta no que consistem as barreiras mencionadas no conceito de deficiência da Convenção, elencando-as entre urbanísticas, arquitetônicas, nos transportes, nas comunicações/informação, atitudinais e tecnológicas. Também insere como dever do Estado, sociedade e família assegurarem à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação de seus direitos fundamentais sociais (Brasil, 2015).

De modo geral, essas são as normativas legais que se relacionam de forma mais específica com os direitos a serem assegurados para as pessoas com TEA. Como na presente pesquisa o enfoque buscado se relaciona com os direitos à saúde e à educação, no próximo item esses estarão sendo analisados, bem como o dever do cuidado.

III. O dever do cuidado e as implicações no Direito à Saúde e Direito à Educação de crianças com Transtorno do Espectro Autista (TEA)

Acerca de pontos específicos relacionados com o direito à saúde e à educação, primeiramente, antes de apresentar referidos pontos de legislação específica acerca da temática, se faz necessário efetuar recorte sobre o Estatuto da Criança e Adolescente, visto que referida normativa é específica para os grupos com faixa etária de até dezoito anos incompletos.

A menção se justifica e corrobora para a tese que se defende na presente pesquisa, relacionada com a questão social e cultural que atribui para o gênero feminino, em especial à mãe, todo o dever de cuidado.

Note-se, conforme redação do artigo 4º do ECA que é apresentado como dever da família, comunidade, sociedade em geral e do bem público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, citando direito à vida, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária (Brasil, 1990).

Os princípios norteadores que regem a legislação específica para criança e adolescente se direcionam com a garantia de prioridade absoluta, seja para fins de proteção e socorro, atendimentos e políticas públicas em geral. Ademais, há que ser sempre considerado o melhor interesse da criança/adolescente, bem como a proteção integral. Ademais, o ECA faz menção a importância de políticas públicas que visem atender tais princípios (Brasil, 1990).

Pontos específicos que dizem respeito apenas à figura materna são os que o ECA vai referir com gestante e parturiente, assegurando seus direitos, sendo os demais deveres cabíveis a toda a família. Ademais, importa destacar que ocorreu alteração na nomenclatura “pátrio poder” que constava anteriormente no Estatuto, passando a ser adotada oficialmente “poder familiar”, o que também é possível relacionar com evolução legislativa e social no que se refere com a igualdade de gênero e a necessidade de proteção de direitos da criança.

Passando, de forma mais específica aos direitos que se pretende referir no presente item, há que se falar, no que tange ao direito à saúde acerca de diagnóstico precoce, tratamentos com intervenções multiprofissionais, medicamentosas e nutricionais, com acesso garantido a políticas públicas e atendimento prestado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), mencionados de forma expressa na Lei Berenice Piana (Brasil, 2012).

Outro ponto importante, relacionado com o direito à saúde e que acaba sendo motivo de demandas judiciais é o que se encontra ligado com os planos de saúde, visto que há previsão específica acerca da vedação de impedimento para que a pessoa com TEA participe de planos privados de assistência à saúde em razão de sua condição de pessoa com deficiência (Brasil, 2012), o que acaba sendo uma disputa complexa entre as famílias e os operadores de referidos planos.

No que se relaciona com a Lei Brasileira de Inclusão, há a previsão acerca da atenção integral à saúde da pessoa com deficiência em todos os níveis de complexidade, por intermédio do SUS, garantido o acesso universal e igualitário. É reforçado pela LBI ações e serviços relacionados com diagnósticos e intervenções precoces, equipes multidisciplinares, habilitação e reabilitação, atendimento psicológico, dentre outros (Brasil, 2015).

Acerca de pontos específicos relacionados com a maternidade, há menção na LBI acerca de ações destinadas à prevenção de deficiências por causa evitáveis, destacando-se o acompanhamento na gravidez, parto e puerpério, com garantia de parto humanizado e seguro; promoção de práticas alimentares que sejam adequadas e saudáveis, visando a alimentação e nutrição da mulher e da criança; aprimoramento e expansão de programas de imunização e de triagem neonatal; identificação e controle de gestações de alto risco, bem como o aprimoramento de atendimento neonatal, com oferta de ações e serviços de prevenção de danos cerebrais e sequelas neurológicas em recém-nascidos (Brasil, 2015).

No que se relaciona com o direito à educação, a educação inclusiva é mencionada desde a Declaração de Salamanca, de 1994, de forma mais direta. Antes, defendia-se a situação de educação especial, fora das classes regulares. Com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Lei Berenice Piana e Lei Brasileira de Inclusão, é possível referir um bom respaldo relacionado com a educação inclusiva.

Assim, há que se falar de educação inclusiva em todos os níveis e o aprendizado ao longo de toda a vida, sendo dever do Estado, sociedade, família e comunidade escolar a prestação e o acesso a essa educação, com qualidade. A Convenção elenca uma série de medidas a serem tomadas pelos países signatários para a promoção do direito à educação. A Lei Berenice Piana, ao fazer menção ao acesso à educação, refere que, havendo comprovada necessidade, a pessoa com TEA incluída em classes comuns de ensino regular, terá direito a acompanhante especializada, bem como assegura o acesso à educação e ao ensino profissionalizante. Ademais, refere que, havendo negativa de matrícula de pessoa com TEA por gestor escolar ou autoridade competente, haverá punição mediante multa de três a vinte salários mínimos (Brasil, 2012). A Lei Brasileira de Inclusão, por sua vez, coloca como dever do Estado, família, comunidade escolar e sociedade assegurar a educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de violência, negligência e discriminação (Brasil, 2015).

Note-se, mais uma vez, que se está falando da obrigatoriedade da família, dentre outros, para assegurar tal educação de qualidade, sendo em momento algum atribuída essa obrigatoriedade, esse dever, apenas para a figura materna.

O que se está buscando ilustrar é que, com exceção dos pontos que se relacionam de modo específico com a mulher gestante/parturiente, todos os demais deveres se relacio-

nam com a família, de modo geral, deveres esses relacionados ao cuidado. Então resta o questionamento de por que esse papel recai sobre a mulher.

Reforçando o que foi analisado no primeiro item, há todo um histórico cultural e socialmente atribuído para que se direcione o dever do cuidado para a mulher, pois é ser que está biologicamente pronta para isso. Necessária se faz crítica nesse sentido, como mencionado por Beauvoir, mas também por autoras como Brugerè (2023) que refere que aderir a uma ética do cuidado que anuncia natureza ou pensamento feminino voltado para a maternidade e seus valores consistem em construir um ideal do cuidado e da educação que não considera relações de poder, patriarcado e reafirma diferença entre os sexos a partir de seus principais estereótipos.

E como é possível buscar soluções visando uma igualdade? Para Brugerè (2023) a efetivação de um mundo da partilha das esferas de vida (pública e privada) exige a transformação de múltiplas instituições e políticas públicas que visem esses novos modos de vida. Defende que se considere o espaço informal do cuidado como um espaço que é preciso formalizar e tornar convencional. É preciso pensar uma interdependência do cuidado e da esfera produtiva, mudar as regras do capitalismo que explora tudo o que diz respeito ao cuidado, bem como insistir sobre o dever familiar do cuidar.

Correlacionando com o que é abordado por Brugerè, recentemente, o ordenamento jurídico brasileiro instituiu, na forma da Lei 15.069/2024, a Política Nacional de Cuidados. Tal Política visa garantir o direito ao cuidado, por meio da promoção da corresponsabilização social e entre homens e mulheres pela provisão de cuidados, consideradas as múltiplas desigualdades. Dentre seus objetivos, é possível citar a promoção de reconhecimento, redução e redistribuição do trabalho não remunerado do cuidado, realizado primordialmente pelas mulheres (Brasil, 2024).

Faz parte do público prioritário da Política crianças e adolescentes, com atenção especial à primeira infância, bem como pessoas idosas, pessoas com deficiência e trabalhadoras e trabalhadores remunerados e não remunerados do cuidado. Assim, há que ser formulado o Plano Nacional de Cuidados, o qual buscará estabelecer ações, metas, indicadores, instrumentos, período de vigência e de revisão, bem como quem serão os órgãos e entidades responsáveis (Brasil, 2024). Em 23 de julho de 2025 foi publicada a regulamentação relacionada com o Plano Nacional de Cuidados, na forma do Decreto nº 12.562/2025, assim, espera-se a elaboração do Plano a fim de verificar suas ações e metas.

O Guia para Pactuação do Plano Nacional de Cuidados reconhece que, no Brasil, historicamente e na atualidade, a responsabilidade principal pelos cuidados esteve a cargo das famílias e, nessas, a cargo das mulheres, sendo a organização social dos cuidados desigual, injusta e insustentável, seja do ponto de vista ético, econômico ou social (Brasil, 2024).

Ela é desigual e injusta porque as mulheres continuam sendo as principais – quando não exclusivas – responsáveis pelo trabalho de cuidados, principalmente as mais pobres (que não têm renda suficiente para adquirir serviços de cuidado no mercado), as mulheres negras e as que vivem em territórios com menor acesso a políticas e serviços públicos de cuidado, como as zonas rurais e as periferias

urbanas. Esta responsabilização gera uma série de impactos para as mulheres e também para as pessoas que necessitam de cuidado (Brasil, 2024: 9).

Essa sobrecarga para as mulheres impõe barreiras para o exercício de seus direitos em outros âmbitos da vida, como trajetória educacional, formação profissional, inserção no mercado de trabalho e na vida pública, estando em caráter de desigualdade com os homens, destacando-se que a questão de gênero na realidade que nos cerca, diante das regulamentações existentes que buscam evitar a diferenciação, nas práticas sociais não se alinham.

IV. Conclusão

Como conclusão a presente pesquisa, a qual visou analisar a evolução histórico-legislativa dos direitos à saúde e à educação das pessoas com TEA no Brasil, investigando como o papel atribuído às mães como cuidadoras exclusivas impacta a efetivação desses direitos e a formulação de políticas de cuidado compartilhado.

Desse modo, buscou-se responder ao seguinte questionamento: Como a construção histórica e legislativa do papel da mãe como cuidadora exclusiva impacta o reconhecimento e a formulação de políticas de cuidado compartilhado para pessoas com Transtorno do Espectro Autista no Brasil?

A pesquisa subdividiu-se em três tópicos, o primeiro analisando pontos relacionados com o histórico do autismo, bem como a compreensão inicial de que o transtorno era causado por culpa materna, principalmente, levando-se a utilização de terminologias como “mães-geladeira”, o que contribuiu para que se atribuisse o papel social da mãe, culpada, como cuidadora exclusiva daquela criança. Após, perpassou-se com verificação acerca do diagnóstico apresentado pelo DSM bem como abordagem acerca da terminologia da neurodiversidade. Na sequência foi abordada, de forma geral, a legislação brasileira que se aplica a pessoas com TEA, visto que essas são consideradas pessoas com deficiência, para fins legais e, por fim, chegou-se ao epicentro do trabalho, relacionado com os direitos à saúde e à educação de pessoas com TEA e o papel das mães como cuidadoras.

A análise da normativa brasileira aplicável às pessoas com Transtorno do Espectro Autista (TEA) revela avanços significativos no reconhecimento dos direitos à saúde e à educação, tanto em dispositivos constitucionais quanto em legislações específicas como a Lei Berenice Piana (Lei nº 12.764/2012), a Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015) e, mais recentemente, a Lei nº 15.069/2024, que institui a Política Nacional de Cuidados. No entanto, embora a legislação brasileira reforce a corresponsabilidade entre Estado, sociedade e família na garantia desses direitos, a prática revela uma realidade ainda marcada pela concentração do dever de cuidado na figura materna.

Como evidenciado ao longo do trabalho, essa sobrecarga atribuída social e culturalmente às mães, especialmente às mulheres em situação de maior vulnerabilidade, representa um obstáculo à plena efetivação dos direitos das crianças com TEA e à formulação de políticas públicas verdadeiramente compartilhadas. A legislação raramente atribui, de forma isolada, o dever à figura materna; contudo, a ausência de políticas de suporte e redistribuição do cuidado acaba por legitimar essa responsabilização desigual.

A recente criação da Política Nacional de Cuidados e sua regulamentação por meio do Decreto nº 12.562/2025 sinalizam um avanço importante ao reconhecer o cuidado como direito e responsabilidade coletiva. Essa política, ao propor o reconhecimento, a redução e a redistribuição do trabalho não remunerado do cuidado, especialmente aquele exercido pelas mulheres, apresenta-se como uma oportunidade concreta de superação das desigualdades históricas na organização social dos cuidados no Brasil.

Dessa forma, pode-se concluir que a construção histórica e legislativa do papel da mãe como cuidadora exclusiva impacta diretamente tanto a efetividade dos direitos à saúde e à educação das pessoas com TEA quanto à lentidão na formulação de políticas públicas baseadas na corresponsabilidade. Avançar nessa pauta requer não apenas o fortalecimento e a ampliação das normativas existentes, mas, sobretudo, sua aplicação real e articulada, com enfoque intersetorial e sensível às desigualdades de gênero, classe e raça. A superação desse modelo centrado na figura materna é condição indispensável para que os direitos das pessoas com TEA sejam efetivamente garantidos em sua integralidade e universalidade.

Assim, para o momento, resta acompanhar o andamento e formulação do Plano Nacional do Cuidado, bem como verificar quais serão suas metas, ações, bem como de que forma serão realizadas suas avaliações. Espera-se que o Plano apresente ações que visem alcançar principalmente uma igualdade na corresponsabilidade entre pais no que se refere ao cuidado de crianças/adolescentes com TEA, a fim de suavizar a sobrecarga que alcança as mães, visando que se supere, inclusive, a culpa cultural e socialmente imposta sobre a figura materna.

Referências

- Abreu, T. (2021). *O que é neurodiversidade?* Goiânia: Cãnone Editorial.
- American Psychiatric Association – APA. (2023). *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5 TR*. Porto Alegre: Artmed.
- Beauvoir, S. de. (1967). *O segundo sexo: a experiência vivida*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro.
- Brasil. (2009). Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009. *Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007*. DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 30 jul. 2025.
- Brasil. (2025). Decreto n. 12.562, de 23 de julho de 2025. *Regulamenta o art. 9º e o art. 11 da Lei nº 15.069, de 23 de dezembro de 2024, que institui o Plano Nacional de Cuidados*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2025/Decreto/D12562.htm Acesso em: 05 ago. 2025.
- Brasil. (2024). *Guia para pactuação do Plano Nacional de Cuidados*. Governo Federal. Disponível em: https://mds.gov.br/webarquivos/MDS/Secretarias/SNCF/Arquivos/ANE-XOS_Guia_para_pactuacao_Plano_Nacional_de_Cuidado.pdf Acesso em 05 ago. 2025.
- Brasil. (1990). Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em 30 jul. 2025.

- Brasil. (2012). Lei n. 12.764, de 27 de dezembro de 2012. *Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm Acesso em 30 jul. 2025.
- Brasil. (2015). Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. *Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm Acesso em 30 jul. 2025.
- Brasil. (2024). Lei n. 15.069, de 23 de dezembro de 2024. *Institui a Política Nacional de Cuidados*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/L15069.htm Acesso em: 05 ago. 2025.
- Brugerè, F. (2023). *A ética do cuidado*. São Paulo: Editora Contracorrente.
- Diniz, D. (2007). *O que é deficiência?* São Paulo: Brasiliense.
- Lopes, B. A. (2024). *Não existe mãe-geladeira: uma análise feminista da construção do ativismo de mães de autistas no Brasil (1940-2019)*. Ponta Grossa: Texto e Contexto.
- Ortega, F. (2008). O sujeito cerebral e o movimento da neurodiversidade. *Revista Mana: Estudos de Antropologia Social*. N. 14. Out. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/mana/a/TYX864xpHchch6CmX3CpxSG/?lang=pt>. Acesso em 30 jul. 2025.
- Singer, J. (2017). *NeuroDiversity: The birth of an idea*. Kindle.

El derecho a la salud en las personas privadas de la libertad en México

The health right in persons deprived of liberty in Mexico.

Tonatiuh Cabrera Franco¹; Julio Alfredo Ortiz Ramírez²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2026\)03](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2026)03)

Fecha de recepción: 25.02.2026

Fecha de aceptación: 07.05.2026

RESUMEN:

A pesar de su situación jurídica, la salud es un derecho que no puede suprimirse a personas privadas de la libertad (PPL). El objetivo de este trabajo es caracterizar la situación de salud de las PPL en México. Se realizó un estudio cuantitativo transversal con base en dos fuentes de datos secundarias complementadas con datos primarios del Centro Femenil de Reinserción Social Tepepan (CEFERESO-T). Los resultados muestran que el 42.9% de los reclusorios en México estaban sobrepoblados, sólo el 21% de las PPL recibía insumos de higiene, en el CEFEROSO-T, el 60.7% vivía con una o más enfermedades, la prevalencia de sobrepeso y obesidad fue del 82% y sólo el 29% cumplía con la recomendación de actividad física, concluyendo que no se está cumpliendo con las prerrogativas jurídicas mexicanas del derecho a la salud de las PPL, por lo que es necesario cumplirlas y mejorar sus condiciones de vida para no perder años potenciales de vida saludables debido a la reclusión.

ABSTRACT

Despite their legal status, health is a right that cannot be denied to people deprived of their liberty (PDL). The objective of this study is to characterize the health status of the PDL in Mexico. A cross-sectional quantitative study was conducted based on two secondary data sources, and primary data from the Tepepan Women's Social Reintegration Center (CEFERESO-T). The results show that 42.9% of prisons in Mexico were overcrowded, only the 21% of PDL received hygiene supplies, 60.7% of inmates at CEFERESO-T lived with one or more illnesses, the prevalence of overweight and obesity was 82%, and only 29% complied with the recommendation of physical activity. The

1 Profesor de la Universidad de la Salud y de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Licenciado en Ciencias de la Comunicación, Maestro en Ciencias y Doctor en Ciencias Políticas y Sociales por la UNAM

E-mail: tonatiuh.cabrera@unisa.cdmx.gob.mx, ORCID: 0000-0002-8592-3941

2 Médico Cirujano por la UNAM, Maestro en Nutrición Clínica por la Universidad del Valle de México, profesor del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey

E-mail: alfredo.ortram9136@gmail.com, ORCID: 0009-0009-7818-8481

study concludes that the legal prerogatives of the right to health of the PDL in Mexico are not being fulfilled, therefore, so it is necessary to comply with them and improve their living conditions to avoid losing potential healthy life years due to their incarceration process.

PALABRAS CLAVE: Derecho; salud; personas privadas de la libertad; México

KEY WORDS: Right; health; people deprived of liberty; Mexico.

I. Introducción

La salud es un derecho socialmente aceptado y legalmente reconocido que a nivel internacional figura desde 1948 en la Declaración de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que en su artículo 25 señala que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia salud y bienestar” (ONU, 1948: 7). Como derecho humano, la salud no es una prerrogativa para algunos, sino una garantía para toda persona independientemente de su situación jurídica, y una obligación y responsabilidad del Estado.

Con la población privada de la libertad (PPL) no es diferente, ya que, aunque se puede pensar que entran en un régimen de suspensión de derechos, el único derecho al que por definición se les priva es el de tránsito, y aunque cada sistema jurídico puede poner restricciones adicionales, al ser la salud un derecho “inalienable” este “no puede ser renunciado ni suprimido en ninguna circunstancia” (González, 2024: 232-233), por lo que bajo los principios de universalidad, igualdad y no discriminación, no se les puede negar.

En 1955 la ONU aprobó las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (ONU, 1955), una resolución que instauró los principios mínimos para una buena organización penitenciaria y que en el campo de la salud destacó por establecer reglas de higiene personal, alimentación, y acceso a servicios médicos y ejercicio físico, estableciendo en el plano internacional, a la salud como derecho de las PPL.

En México, en 1983, se reconoció a nivel constitucional que “toda persona tiene derecho a la protección de la salud” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2025: 12) con lo cual no se discrimina en razón de la situación jurídica de los individuos, y en 2008, con la reforma en materia penal, se incluyó en el artículo 18 constitucional a la salud y al deporte como derechos y medios para la reinserción social, leyéndose en el párrafo dos de dicho artículo que:

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2025: 22)

Con la reforma de 2008 devino un cambio a nivel legal, remplazando la *Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados* (1971), por la actual Ley Nacional de Ejecución Penal (2016), la cual señala en su artículo noveno que entre los derechos de las PPL están: recibir alimentación nutritiva, de calidad y suficiente; suministro de agua y artículos de aseo; y atención médica y preventiva, de la cual se establecen las modalidades y obligaciones del estado en el título tercero capítulo II; y en el capítulo III se

desglosa el derecho a la participación en actividades físicas y deportivas.

Con lo anterior, queda claro que, a nivel ético y jurídico, nacional e internacional, la privación de la libertad no puede ser tomada como pretexto para no hacer efectivo el derecho a la salud, entendido este como la provisión de atención personal vía servicios médicos, pero también de atención no personal, generando las condiciones (alimentarias, deportivas, higiénicas, entre otras) que les permitan a las PPL asegurar su salud y bienestar para lograr la reinserción social.

En este contexto, el objetivo de este trabajo fue caracterizar la situación general de salud de las PPL en México desde la perspectiva de su derecho a la salud, por lo que en el siguiente apartado se presenta la ruta metodológica tomada, que tiene como base el análisis de dos bases de datos secundarias y la recolección y análisis de datos primarios en un centro de readaptación social de la Ciudad de México; en el tercer apartado se presentan los resultados de los datos analizados, que en un primer subapartado aborda las fuentes secundarias, y en un segundo subapartado, los datos primarios; el cuarto apartado presenta la discusión de los datos, los cuales se estructuraron en seis principales variables (infraestructura; bienes y servicios; atención médica; morbilidad; alimentación; y actividad física); para finalizar, el último apartado concluye y señala la falta del cumplimiento de las prerrogativas jurídicas mexicanas del derecho a la salud de las PPL.

Aunque se partió de la hipótesis de que las condiciones generales de vida en privación de libertad no cumplen con las prerrogativas jurídicas del derecho a la salud, el conocerlas posibilita exigir y garantizar el derecho de forma extensiva a las condiciones particulares que les posibiliten a las PPL controlar sus enfermedades, pero también y más importante, mantenerse sanas para reinsertarse a la sociedad sin pérdida de años potenciales de vida saludable generado por su proceso de privación de libertad.

II. Metodología

En este trabajo de corte cuantitativo se realizó en un primer momento un análisis estadístico descriptivo de fuentes de datos secundarias. Se utilizaron los datos censales del “Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria Nacional” (CMIEPN) (2025) del Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social, de la Secretaría de Gobernación de México, que mensualmente reporta los datos de los centros penitenciarios en el país. Se utilizaron las cifras del mes de diciembre de 2024, con las cuales se presenta el tamaño de la población, su distribución por edad y sexo, y su nivel educativo, además, se abordó la variable sobrepoblación e incidencias.

Una segunda fuente de datos secundarios utilizada fue la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPPL) (2021), un estudio muestral que abarca diferentes aristas de la vida penitenciaria desde un enfoque autorreferencial. Esta encuesta fue realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) para dar cumplimiento al artículo 29 de la Ley Nacional de Ejecución Penal de México, de la cual se retomaron partes de las secciones VI (condiciones del centro penitenciario) y VII (vida intracarcelaria). Con estos datos, se complementó la variable sobrepoblación y se abordaron las variables, servicios (agua, luz, sanitarios, productos de higiene), atención médica, morbilidad, alimentación y actividad física. Al no identificar personas en lo particular, el tratamiento fue ético al respetar la privacidad y el anonimato de los participantes.

Sin embargo, en estas dos fuentes poco se abarca de los orígenes de los principales problema de salud de la población privada y no privada de la libertad en México, es decir el sobrepeso, la obesidad y los factores asociados a ellas (la alimentación y la actividad física) por lo que para acercarse a la caracterización en materia de salud de las PPL, se realizó una medición a un grupo no representativo de internas del Centro Femenil de Reinserción Social Tepepan (CEFERESO-T) de la Ciudad de México.

En el marco de la actividad “A movernos México” realizada el 18 de diciembre de 2024, y convocada por legisladores de la LXVI legislatura de la Cámara de Diputados, se acudió al CEFERESO-T, que entonces tenía una población de 180 internas, al ser una actividad voluntaria para las reclusas, no se pudo establecer un tamaño ni diseño de muestra que resultara representativo, y se midió a 28 internas que participaron de manera voluntaria, al no someterlas a ningún tratamiento, tomarles ninguna muestra biológica o estar expuestas a algún riesgo, y para salvaguardar su identidad al ser personas con una condición jurídica específica, se les solicitó únicamente un consentimiento oral.

Se les realizó una medición de peso y circunferencia de cintura (cc) por parte de personal capacitado, y por auto reporte, se les preguntó enfermedades diagnosticadas, talla, y tipo, días y tiempo dedicados a la actividad física moderada o vigorosa en la última semana. Los datos recabados fueron organizados, clasificados y analizados de manera descriptiva por distribución y frecuencias.

Para acercarse al diagnóstico del estado nutricional, se calculó el índice de Masa Corporal (IMC) (peso en kilogramos entre la talla en metros elevada al cuadrado) el cual fue clasificado según lo establece la Norma Oficial Mexicana (NOM) 043 (2012), considerando valores entre 25 y 29.9 como sobrepeso e igual o mayores a 30 como obesidad. Para complementar el valor del IMC, se le relacionó con la cc, que como lo marca la misma NOM, se establece en mujeres como no saludable cuando es mayor a 80 centímetros.

Para clasificar la actividad física se les preguntó de manera autorreferencial con asociación a la semana pasada inmediata el número de días, tiempo y tipo de actividades físicas que habían realizado para saber si habían cumplido con las recomendaciones de actividad física semanal de las “Directrices de la OMS sobre actividad física y comportamientos sedentarios”(2021) (entre 150 y 300 minutos de actividad física aeróbica de intensidad moderada, o entre 75 y 150 minutos de intensidad vigorosa).

Con lo anterior, no se buscó representar a la PPL ni a la misma población del centro, sino identificar algunos rasgos antropométricos y de actividad física que sirvieron de manera orientadora para abrir una discusión más amplia y profunda en cuanto a las condiciones de vida y salud de las PPL desde la perspectiva del derecho a la salud.

III. Resultados

1. Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria Nacional y Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad

En México, datos del CMIEPN (2025) reportaron para diciembre de 2024 un total de 235,197 PPL de las cuales 207,519 (88.23%) pertenecían al fuero común³ y 27,678 (11.77%)

3 Son personas que cometieron delitos que afectan directamente a personas en lo individual y que generalmente se encuentran en reclusorios estatales

al fuero federal, 221,348 eran hombres (94.11%) y 13,849 (5.89%) mujeres. Por grupos de edad, 143,773 (61.1%) tenían entre 18 y 39 años, 81,690 (34.7%) entre 40 y 59 años, y 9,734 (4.2%) 60 o más años.

En términos educativos la mayor proporción de la población tenía secundaria completa con 31.2%, seguido de primaria con 16.1%, por sexo, el comportamiento era similar, con un 33% y 13% para mujeres, y 31.1% y 16.3% para hombres, conforme sube el nivel educativo las mujeres tienden a presentar valores relativos mayores, llegando a licenciatura que en mujeres representó el 5% y en hombres el 2.7%.

En términos de sobrepoblación, en México hay 275 centros penitenciarios, en los cuales, para diciembre de 2024, se reportó sobrepoblación en 118 (42.9%), con 10,157 internos más de los que podían atender según su capacidad instalada. La entidad con mayor número de PPL fue el Estado de México con 35,503 personas, cuando se reportaban únicamente 14,417 espacios, por lo que había 21,086 personas más de las que podían atender, o un 146.26% de sobrepoblación. En contraste, en la Ciudad de México (segundo lugar en PPL) había 25,546 presos para 29,246 espacios en sus 13 centros, teniendo para diciembre de 2024 3,700 espacios disponibles, o el 12.65%, siendo entonces la entidad con mayor capacidad disponible en el periodo.

Por su parte, la ENPPL (2021), estimó que el 13.3% de la PPL compartía celda con más de 15 personas, y el 8.1% compartía la cama, en el Estado de México esta cifra era mayor, ya que el 53.7% reportaba compartir la celda con más de 15 personas, y el 24.4% señalaba compartir la cama, en la Ciudad de México, sólo el 6.5% refirió compartir celda con más de 15 personas, y el 8.6% compartir la cama.

En cuanto a incidencias dentro de los penales, el CMIEPN reportó 94 decesos, 61 agresiones con 126 involucrados, 46 riñas con 120 involucrados, 9 autoagresiones, 6 intentos de suicidio, 3 homicidios y 3 suicidios en el mes de diciembre de 2024.

En cuanto a los servicios de los que disponen, datos de la ENPPL señalan que: 98.3% tiene luz eléctrica, 95.5% drenaje, 95.2% sanitarios, 82.6% ventana o tragaluz, y 82.4% lugar para aseo personal. En contraste, sólo el 21% recibió artículos de aseo personal, 21.5% artículos de limpieza, y en el caso de las mujeres, únicamente el 29.8% recibió toallas sanitarias cuando las requirió.

En lo referente a atención: el 84.1% recibió atención médica cuando la requirió, el 78.3% psicológica, el 72.7% servicios dentales, y el 72.5% medicamentos, al 72.7% se le realizó un examen médico al llegar al centro, y al 41.7% se le había realizado una revisión médica durante su estancia. En términos de morbilidad, el 9.3% había sido diagnosticada con hipertensión, el 5% diabetes y el 3.4% hepatitis. La encuesta no hace referencia al sobrepeso ni la obesidad.

En cuanto alimentación, el 99.1% señaló haber recibido alimentos gratuitos, y el 90.3% dijo que tres veces al día, pero sólo el 48.2% opinó que en cantidad suficiente, el 37.6% los percibieron de buena calidad, y al 54.4% les había causado una enfermedad estomacal.

En cuanto a actividad física, el 84% reportó contar con espacios o equipamientos para el ejercicio en el centro penitenciario, pero no se especifica si hacen o pueden hacer uso de

los espacios y equipos, más de la mitad (54.8%) señaló pasar en su celda entre 13 y 24 horas, y el 63.3% no tenía un plan de actividades.

2. Centro Femenil de Reinserción Social (Tepepan)

En el CEFERESO-T para diciembre de 2024 se reportaban 415 espacios y 180 internas lo que representaba una disponibilidad de 235 espacios o el 56.63%. De las 180 internas 28 (o el 15.5%) aceptó de manera voluntaria participar en la actividad “A movernos México” realizada el 18 de diciembre de 2024, y convocada por legisladores de la LXVI legislatura de la Cámara de Diputados.

El rango de edad de las participantes osciló entre los 27 y 70 años, con una media de 41.3 años, 17 de ellas o el 60.7% vivían con alguna enfermedad crónica diagnosticada, 10 de las participantes con una, 5 con dos, una con tres, y otra con cuatro. La enfermedad de mayor prevalencia fue Hipertensión arterial (32.14%), le siguió diabetes mellitus (14.29%), VIH, enfermedades neurológicas y psiquiátricas estaban diagnosticadas cada una en 10.71%, y otras enfermedades crónicas se agruparon con una prevalencia del 14.29%. Es importante señalar que este centro se encuentra anexo a la Torre Médica Tepepan, por lo que parte de su población ha sido trasladada por necesidad de tratamiento médico y/o psiquiátrico con fármacos controlados.

Como puede verse en la tabla 1, para acercarnos al diagnóstico del estado nutricional, se calculó el IMC de las participantes y se midió su cc, en cuanto al peso en kilogramos se obtuvo un valor mínimo de 43.2 y máximo de 105 con una media de 66.15, en cuanto a la talla el valor mínimo en metros fue de 1.34, y el máximo de 1.86, con una media de 1.58. En lo referente al IMC, el valor mínimo fue de 19.7, y el máximo de 35.1, nueve participantes o el 18% tenían normopeso, 14 o el 50% sobrepeso, y 5 o el 32% obesidad, la prevalencia combinada de sobrepeso y obesidad fue de 82%. En cuanto a la cc en centímetros, el valor mínimo fue 69 y el máximo 104, nueve de las participantes (32%) tuvieron una circunferencia de entre 69 y 80, lo que las posicionaba en un nivel adecuado, las 19 restantes (68%) tenían valores de 83 o superior, lo que señalaba una acumulación de grasa en el área abdominal que implica un riesgo cardiometabólico alto.

Tabla 1. Perfil nutrimental de las internas del CEFERESO-T

IMC	Normo peso	Sobrepeso	Obesidad	Total
Valor absoluto	9	14	5	28
Valor relativo	32	50	18	100
Circunferencia de cintura	Riesgo bajo		Riego elevado	Total
Valor absoluto	9		19	28
Valor relativo	32		68	100

Fuente: elaboración propia N= 180 n = 28

En cuanto a actividad física, por auto reporte referenciado a la semana anterior, únicamente 8 de las participantes (29%) refirió realizar actividad física moderada o vigorosa de forma periódica con prácticas que iban de 3 a 6 días a la semana en rangos que osci-

laban entre 1 a 3 horas, destacando actividades como: futbol, voleibol, aerobics y baile. Las otras 20 participantes, o el 71% señalaron no haber realizado ninguna actividad física moderada o vigorosa la semana anterior.

IV. Discusión

Para garantizar el derecho a la salud de las PPL se identificaron seis temas centrales que caracterizaron la situación de salud de esta población: infraestructura; bienes y servicios; atención médica; morbilidad; alimentación; y actividad física.

En lo referente a lo infraestructural, el mayor problema es la sobrepoblación, que implica tener reclusorios con más personas que espacios disponibles, donde el Estado de México es la entidad que más lo padece al tener por cada espacio disponible 2.5 personas, lo que hace que más de la mitad de su población comparta celda con más de 15 personas, y 2 de cada 10 compartan cama.

Esta sobrepoblación que puede llevar a hacinamiento puede tener como resultado problemas de salud, ya que debido al mayor contacto y exposición se incrementa el riesgo de contagio de enfermedades infecciosas, además de propiciar la "insuficiencia de los servicios de suministro de agua y de saneamiento que afecta a la inocuidad de los alimentos y la higiene personal" (OMS, 2016: 4), aunado a lo anterior, el hacinamiento puede contribuir a problemas emocionales y violencia. Por tanto, un centro con más personas que lugares disponibles será más propicio a dar peores servicios (agua, saneamiento, actividades, alimentación, entre otros) debido a la insuficiencia de personal y recursos, lo cual puede conllevar a peores condiciones higiénicas, alimentarias y de espaciamiento que pueden provocar contagios, riñas, agresiones, malestares emocionales y problemas de salud en general.

En este punto cabe señalar las desigualdades del sistema penitenciario mexicano, que con los datos presentados se muestran entre dos entidades geográficamente vecinas (Estado y Ciudad de México) que concentran el mayor número de PPL, pero de las cuales una tiene 146.26% de sobrepoblación y la otra 12.65% de espacios disponibles, lo cual podríamos pensar (y eventualmente analizar) tiene implicaciones directas en sus perfiles de salud física y mental.

En cuanto a los bienes y servicios, la ENPPL no encontró insuficiencias significativas en la provisión de agua, luz, drenaje o sanitarios, lo que sí es de resaltar es que sólo 2 de cada 10 sujetos encuestados señaló que el centro les brindaba artículos de aseo personal y de limpieza (cuando esto está establecido jurídicamente como derecho en el artículo 9 de la LNEP), y únicamente 3 de cada 10 mujeres refirió recibir toallas sanitarias cuando las requirió, lo que señala un incumplimiento jurídico por parte de las autoridades penitenciarias.

En lo referente a la atención médica, se puede señalar con base en los datos de la ENPPL, que se cumple, ya que entre el 72.5 y 84.1% recibió atención médica, psicológica o dental cuando lo requirió, en contraste, en población no privada de su libertad, datos de la Encuesta Nacional de Salud y Nutrición (ENSANUT) 2023 (Bautista-Arredondo, 2024) estimó que únicamente el 46% de la población con una necesidad en salud recibió atención en el sector público.

En cuanto a morbilidad, las enfermedades de mayor prevalencia reportadas en la ENPPL fueron hipertensión y diabetes con el 9.3% y 5%, estos datos contrastan con los resultados de la ENSANUT 2023 (2024) que estimó que 30% de los adultos en México vivía con hipertensión, y 18% con diabetes, como puede verse en la tabla 2, los datos de la población reclusa en el CEFERESO-T son más cercanos a estas cifras, ya que se encontró una prevalencia de hipertensión del 32.14% y de diabetes del 14.29%. Los datos recabados en el CEFERESO-T (que ya se señaló se encuentra anexo a la Torre Médica Tepepan por lo que las características médicas de su población pueden ser diferentes) y de la ENSANUT 2023 no distan mucho entre sí, ya que tienen comportamientos similares, pero los datos ofrecidos por la ENPPL si están muy alejados de la media poblacional, por lo que cabría preguntarse si realmente las PPL en México son más saludable, o (si como es de esperar), las altas cifras de atención médica a reclusos no reflejan calidad, al no realizar diagnósticos de las enfermedades responsables de las dos principales causas de muertes en México (Sistema Nacional de Información en Salud, 2008), y por tanto tener a personas en reclusión que no saben que viven con alguna enfermedad y por tanto no están en tratamiento.

Tabla 2. Comparativo de morbilidad relativa en población general, PPL y del CEFERESO-T

Población/fuente	Diabetes mellitus	Hipertensión arterial
Nacional/ENSANUT 2023	18%	30%
PPL/ENPPL-2021	5%	9.30%
CEFERESO-T/datos propios	14.29%	32.14%

Fuente: elaboración con base en ENASANUT 2023, ENPPL 2021 y datos propios

Siguiendo con morbilidad, en sobrepeso y obesidad, la ENPPL no hace ninguna medición, pero en los datos recolectados en el CEFERESO-T se encontró una prevalencia mayor de sobrepeso (50%) y menor de obesidad (32%) que la reportada en la ENSANUT-2023 en mujeres, que fue de 35% en sobrepeso y 41% en obesidad (Barquera, 2024), de cualquier manera, la prevalencia combinada es similar (82% y 76%). En cc se encontró que el 68% de las reclusas tenían valores de 83 centímetros o superior, lo que indicaba una acumulación de grasa en el área abdominal que se asocia con riesgo metabólico o cardiovascular alto. Todo lo anterior señala que el problema de sobrepeso y obesidad es de igual o mayor magnitud en PPL que en población general, y estando esta población en un entorno de mayor control se podrían hacer intervenciones alimentarias y de actividad física para mejorar dicha situación.

En el eje alimentario, la ENPPL estimó una alta provisión gratuita de alimentos, que en la mayoría de los casos fue tres veces al día, sin embargo, menos de la mitad de los encuestados opinó que era en cantidad suficiente y de buena calidad, y a más de la mitad les había causado una enfermedad estomacal, con ello, aunque se cumple con el precepto jurídico de la gratuidad de alimentos, en opinión de las PPL encuestadas no se cumple con la suficiencia, calidad o inocuidad.

Para terminar, en lo referente a actividad física, la ENPPL no profundiza en verificar la aplicación del derecho estipulado a nivel constitución y legal, y tan sólo reportó el contar o no con espacios para la práctica (lo cual no refleja la utilización o realización), pero si

señala que más de la mitad de las personas encuestadas pasaban entre 13 y 24 horas en su celda, lo cual podría interpretarse como tiempo sedentario, más aún si se está en hacinamiento. En el caso del CEFERESO-T únicamente el 29% de las reclusas encuestadas refirió realizar actividad física moderada o vigorosa de forma periódica o recurrente, lo cual no dista mucho de la cifra en población general, que el Módulo de Práctica Deportiva y Ejercicio Físico 2024 (2025) estimó en 26.3% de población adulta en el país que cumple con las recomendaciones de actividad física semanal. En este punto cabría señalar que: comentarios de las reclusas durante la aplicación de la encuesta señalaban que la oferta de actividades físicas no tenía continuidad, y que se le ocupaba como premio o recompensa (y no como derecho) para las reclusas de buen comportamiento.

V. Conclusión

Este es tan sólo un panorama general de la situación de salud de las PPL en México a partir de tres fuentes de datos que tan sólo presentan un vistazo general a la situación penitenciaria y que fueron analizados desde la perspectiva del derecho a la salud y donde a manera de resumen y para concluir se puede señalarse que: en relación con lo infraestructural, la sobrepoblación y el hacinamiento es un reto y problema en las prisiones de México y que puede llevar a problemas de salud físicos y mentales. En cuanto a bienes y servicios, pese a la amplia provisión de agua, energía eléctrica o sanitarios, artículos de aseo personal, limpieza para los espacios y de gestión menstrual no son suministrados de manera gratuita como está establecido a nivel legal.

En cuanto a atención médica, aunque se reportan cifras altas de esta, no se ven reflejadas en diagnósticos, ya que en cuanto a morbilidad, es difícil creer que la prevalencia de diabetes mellitus e hipertensión arterial sea menor en PPL que en población general, se debe evaluar y mejorar la calidad de la atención médica, y en la ENPPL se deberían realizar pruebas de tamiz para identificar el sub-diagnóstico de estas enfermedades, además de medir la prevalencia de sobrepeso y obesidad, ya que para hacer efectivo el derecho a la salud es necesario conocer el problema.

En términos de alimentación, aunque se reporta que es suministrada de manera gratuita, se encontró en opinión de población reclusa que los alimentos recibidos no son suficientes, de calidad, ni inocuos, por lo que es importante corroborar que la dieta de las PPL sea completa, equilibrada, variada, inocua, suficiente y adecuada; y en cuanto a actividad física, aunque está contemplada a nivel constitucional y legal, se encontró que sólo la practican menos de una tercera parte de la población del CEFERESO-T, haciendo necesaria su medición real en toda la población penitenciaria para ver el cumplimiento de lo establecido legalmente, y con ello no tomarla como un mecanismo de recompensa, sino como un derecho y medio para la salud y la reinserción social.

Con esta breve y superficial aproximación se contesta al objetivo de este trabajo al caracterizar las condiciones de salud de las PPL, y se corroboró de manera preliminar que no se está cumpliendo con las prerrogativas jurídicas de su derecho a la salud, por lo que se señala la necesidad de un diagnóstico de salud amplio y profundo que por lo menos considere observar las condiciones infraestructurales, de provisión de bienes y servicios, la atención médica y su calidad, medición de las principales enfermedades, alimentación y actividad física, para determinar de manera concluyente si se está o no cumpliendo con el derecho a la salud de las PPL, y en caso de corroborar que no es así, poner en marcha los mecanismos jurídicos de exigibilidad para garantizarlo.

Referencias bibliográficas

- Barquera, S., et. al. (2024). Obesidad en adultos. *Salud Pública de México*, 66(4), 414–424. Disponible en: <https://doi.org/10.21149/15863>
- Bautista-Arredondo, S., Adriana Vargas-Flores y Arantxa Colchero. (2024). Búsqueda de atención y utilización de servicios en el primer nivel, 2006-2023. *Salud Pública de México*, 66(4), 589–598. Disponible en: <https://doi.org/10.21149/16215>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Heroico Congreso de la Unión (2025).
- González, P. y L. P. (2024). Régimen penitenciario mexicano y el derecho a la salud de la población privada de la libertad. En *Reconstrucción del sistema nacional de salud en México* (pp. 229–259). Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/15/7441/15.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2021). *Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad*. Instituto Nacional de Estadística y Geografía.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2025, enero 27). *Reporte de resultados: Módulo de práctica de deporte y ejercicio físico*. Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2025/mopradef/mopradef2024_RR.pdf
- Instituto Nacional de Salud Pública. (2024, agosto 29). Resultados de la ENSANUT 2020-2023 [Institucional]. *Instituto Nacional de Salud Pública*. Disponible en: <https://www.insp.mx/avisos/presentan-resultados-de-la-ensanut-2020-2023>
- Ley Nacional de Ejecución Penal, 77 (2016). Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP.pdf>
- Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, 16 (1971). Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/172826/LEY_QUE_ESTABLECE_LAS_NORMAS_MINIMAS SOBRE_READAPTACION_SOCIAL.pdf
- Norma Oficial Mexicana NOM-043-SSA2-2012, Servicios básicos de salud. Promoción y educación para la salud en materia alimentaria. Criterios para brindar orientación., NOM-043-SSA2-2012 NOM-043-SSA2-2012 18 (2012). Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5285372&fecha=22/01/2013#gsc.tab=0
- Organización de las Naciones Unidas. (1948, diciembre 10). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Organización Mundial de la Salud. (2016). *Directrices de la OMS sobre vivienda y salud*. Organización Mundial de la Salud.
- Organización Mundial de la Salud. (2021). *Directrices de la OMS sobre actividad física y comportamientos sedentarios*. Organización Mundial de la Salud.
- Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social. (2025). *Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria Nacional—Diciembre 2024*. Secretaría de Gobernación. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/966472/CE_2024_12.pdf
- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, 663C (XXIV) del 31/VII/1957 18 (1955). Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/AGMs/spanish.pdf>
- Sistema Nacional de Información en Salud. (2008). Principales causas de mortalidad en México [Institucional]. *SINAIS*. Disponible en: <http://www.sinais.salud.gob.mx/mortalidad/index.html>

O Trabalho Invisível do Cuidado: Maternagem Atípica e Exaustão da Mulher

The Invisible Work of Care: Atypical Mothering and Female Exhaustion

El trabajo invisible del cuidado: maternidad atípica y agotamiento femenino

Mérian Padilha Alves¹; Laura de Lima Paulata²;
Joice Graciele Nielsson³

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2026\)04](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2026)04)

Fecha de recepción: 27.02.2026

Fecha de aceptación: 28.04.2026

RESUMO:

Este ensaio teórico-bibliográfico de caráter exploratório analisa a produção social do sofrimento de mães de crianças com Transtorno do Espectro Autista (TEA) no Brasil. Fundamentado na Ética do Cuidado e na Teoria da Reprodução Social, o estudo investiga como a fragilidade das redes de apoio e a insuficiência de políticas públicas intensificam a sobrecarga emocional e física feminina. Discutem-se marcos legais, como a Lei Berenice Piana, evidenciando que a exaustão materna decorre da organização social do cuidado e da invisibilidade do trabalho reprodutivo, e não da condição do filho. Conclui-se que o enfrentamento dessa problemática exige o deslocamento do cuidado da esfera privada para a responsabilidade pública, promovendo a corresponsabilidade estatal e a efetivação de direitos territoriais e intersetoriais.

1 Mestranda em Direitos Humanos do Programa de Pós Graduação em Direito da Unijuí. Voluntária do Projeto PDPG/CAPES Pessoas com Transtornos Globais de Desenvolvimento (TGD) no Ensino de Pós-Graduação Stricto Sensu no Brasil: Políticas Públicas para a inclusão educacional e profissional, desenvolvido no âmbito do PPGD. E-mail: merian_alves@icloud.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-7545-1821>

2 Mestranda em Direitos Humanos do Programa de Pós Graduação em Direito da Unijuí. Voluntária do Projeto PDPG/CAPES Pessoas com Transtornos Globais de Desenvolvimento (TGD) no Ensino de Pós-Graduação Stricto Sensu no Brasil: Políticas Públicas para a inclusão educacional e profissional, desenvolvido no âmbito do PPGD. E-mail: paulatalaura@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-2884-3884>

3 Doutora em Direito Público (Unisinos), Mestre em Direitos Humanos (UNIJUÍ), Professora e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da UNIJUÍ – e do curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ. Orientadora da Pesquisa. E-mail: joice.gn@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3808-1064>

RESUMEN:

Este ensayo teórico-bibliográfico de carácter exploratorio analiza la producción social del sufrimiento de madres de niños con Trastorno del Espectro Autista (TEA) en Brasil. Basado en la Ética del Cuidado y la Teoría de la Reproducción Social, el estudio investiga cómo la fragilidad de las redes de apoyo y la insuficiencia de políticas públicas intensifican la sobrecarga emocional y física femenina. Se discuten marcos legales, como la Ley Berenice Piana, evidenciando que el agotamiento materno deriva de la organización social del cuidado y la invisibilidad del trabajo reproductivo, y no de la condición del hijo. Se concluye que enfrentar esta problemática requiere trasladar el cuidado de la esfera privada a la responsabilidad pública, promoviendo la corresponsabilidad estatal y la efectivización de derechos territoriales e intersectoriales.

ABSTRACT

This exploratory theoretical-bibliographic essay analyzes the social production of suffering among mothers of children with Autism Spectrum Disorder (ASD) in Brazil. Grounded in the Ethics of Care and Social Reproduction Theory, the study investigates how fragile support networks and insufficient public policies intensify female emotional and physical overload. Legal frameworks, such as the Berenice Piana Law, are discussed, highlighting that maternal exhaustion stems from the social organization of care and the invisibility of reproductive labor, rather than the child's condition. The study concludes that addressing this issue requires shifting care from the private sphere to public responsibility, promoting state co-responsibility and the implementation of territorial and intersectoral rights.

PALAVRAS-CHAVE: Maternagem atípica; Ética do cuidado; Teoria da Reprodução Social; Políticas públicas; Transtorno do Espectro Autista (TEA)..

PALABRAS CLAVE: Maternidad atípica; Ética del cuidado; Teoría de la Reproducción Social; Políticas públicas; Trastorno del Espectro Autista (TEA)..

KEY WORDS: Atypical motherhood; Ethics of care; Social Reproduction Theory; Public policies; Autism Spectrum Disorder (ASD).

I. Introdução

A exaustão feminina não atinge todas as mulheres da mesma forma, nem pode ser compreendida como uma experiência homogênea. No caso das mães de crianças com Transtorno do Espectro Autista, essa sobrecarga pode ser intensificada quando as demandas de cuidado recaem quase exclusivamente sobre a figura materna, sem adequada corresponsabilização familiar, comunitária, institucional e estatal.

Essa realidade se relaciona à divisão desigual do trabalho doméstico e de cuidado, historicamente atribuída às mulheres. Conforme dados da Organização Internacional do Trabalho, as mulheres seguem assumindo parcela expressiva do trabalho não remunerado de cuidado e reprodução social, o que evidencia que a sobrecarga feminina é um fenômeno estrutural, atravessado por classe, raça, etnia, território, estrutura familiar, acesso a serviços e condições laborais (OIT, 2019). Nesse cenário, as mulheres que cuidam de pessoas com Transtorno do Espectro Autista (TEA) enfrentam uma responsabilidade e uma exaustão intensificadas quando as demandas de cuidado são assumidas de forma quase exclusiva pela figura materna, sem suporte familiar, comunitário, institucional e

estatal suficiente. O ato de cuidar impacta diretamente a vida dessas mulheres, podendo desencadear sobrecarga financeira, tensão emocional e isolamento social.

Diante dessa realidade, o problema central desta pesquisa reside na invisibilidade do trabalho de cuidado exercido por mães que vivenciam a maternagem atípica no Brasil. Assim, o artigo busca responder à seguinte pergunta: de que maneira a fragilidade das redes de apoio e a insuficiência de políticas públicas contribuem para a produção social do sofrimento de mães responsáveis pelo cuidado de filhos com TEA, sob a ótica da ética do cuidado e da Teoria da Reprodução Social? A contribuição específica do estudo consiste em articular o conceito de maternagem atípica aos debates sobre trabalho reprodutivo, direitos das pessoas autistas e responsabilidade estatal na construção de políticas públicas de suporte integral.

A presente produção caracteriza-se como um ensaio teórico-bibliográfico de caráter exploratório, com orientação das Teorias Feministas e sociojurídicas. Utilizando o método dedutivo, o estudo fundamenta-se em levantamento bibliográfico selecionado por sua relevância para o campo da saúde coletiva e dos Direitos Humanos.

A elaboração deste ensaio contou com o apoio de inteligência artificial (IA), utilizada de forma instrumental e supervisionada para a sistematização de ideias e revisão linguística. A responsabilidade intelectual, as escolhas teóricas e a autoria do conteúdo permanecem integralmente atribuídas às autoras.

II. Maternidade e maternagem atípica

Na literatura científica, o conceito de maternidade atípica tem sido utilizado para nomear experiências maternas atravessadas pelo cuidado de filhos com deficiência, doenças raras ou transtornos do neurodesenvolvimento, como o TEA, o TDAH e outras condições que demandam suporte continuado. Embora ainda seja uma terminologia em construção, o conceito permite dar visibilidade a formas de maternagem marcadas por demandas específicas de cuidado, articulação com serviços de saúde, educação e assistência social, isolamento social e luta por direitos. Nesse sentido, a maternidade atípica não deve ser compreendida apenas como experiência individual, mas como categoria social e política, capaz de revelar a sobrecarga imposta às mulheres e a insuficiência das redes públicas de apoio (Viana e Benincasa, 2023; Pedro de Jesus e Ribeiro Mota Souza, 2023).

O TEA é um transtorno do neurodesenvolvimento caracterizado por alterações persistentes na comunicação social, na interação social e por padrões restritos e repetitivos de comportamento, interesses ou atividades. Por se tratar de uma condição situada em espectro, suas manifestações variam conforme o nível de suporte necessário, a presença de comorbidades, as condições materiais da família, o acesso a serviços e as barreiras sociais enfrentadas (Zeidan et al., 2022). As experiências de maternagem atípica também variam conforme as condições materiais de vida. Mães com maior renda podem acessar terapias particulares, transporte adequado, profissionais especializados e redes privadas de apoio. Já mães pobres, mães solo, mulheres negras e residentes em territórios periféricos ou com menor oferta de serviços enfrentam obstáculos adicionais para garantir diagnóstico, acompanhamento, inclusão escolar e suporte psicossocial. Por isso, a maternagem atípica não pode ser analisada de forma abstrata, pois a classe social e o território influenciam diretamente as possibilidades concretas de cuidado. As demandas de cuidado relacionadas ao TEA variam conforme o nível de suporte necessário, a traje-

tória da criança, o acesso a diagnóstico, terapias, inclusão escolar e redes de apoio. Essas demandas se tornam fonte de exaustão quando recaem quase exclusivamente sobre a figura materna, em razão da divisão sexual do trabalho, da ausência de suporte familiar e comunitário e da insuficiência das políticas públicas. Assim, a análise não deve reduzir o autismo à ideia de déficit ou carga, mas compreender a maternagem atípica a partir da relação entre direitos, barreiras sociais, cuidado e responsabilidade coletiva.

Machado et al. (2018), enfatizam que o diagnóstico é sentido como um momento de desespero e tristeza, o qual desencadeia dúvidas relacionadas ao futuro da família e da criança. Também é entendido como um processo difícil, em que os familiares vivenciam sentimentos de dúvida e desamparo. Paralelamente, Hofzmann et al. (2019) destacam que o diagnóstico acarreta reações adversas na família, como aceitação, preocupações, sofrimento, negação, sensação de impotência e previsão de momentos turbulentos.

Cria-se, além disso, uma preocupação que volta todas as atenções para a criança e acaba-se deixando em segundo plano os sentimentos e dilemas internos da mãe. Por esses motivos é que as mães de crianças com TEA correm o maior risco de apresentarem sofrimento, mal-estar psicológico, ansiedade e sintomas depressivos quando comparadas com outros membros da família. Aí está a maternidade “atípica”, pois essas mães vão experimentar desafios únicos, que não serão enfrentados por outras mães.

Os desafios vivenciados por mães responsáveis pelo cuidado é, inclusive, uma pauta que vem sendo recentemente explorada com profundidade nos estudos feministas sobre a deficiência. Para Eva Kittay (2019), mãe responsável pelos cuidados integrais da sua filha com paralisia cerebral, as relações de dependência são inerentes ao ser humano, uma vez que, em algum momento da vida, seja na infância ou na velhice, todo ser humano vai necessitar de auxílio de outro ser humano, de modo que a dependência é inevitável a à condição humana. A partir dessa compreensão, pode-se defender a introdução de novos argumentos aos estudos sobre a deficiência, principalmente no que tange à ideia de que o cuidado deve ser entendido como um princípio ético fundamental a ser assegurado pelo Estado e pela sociedade (Gesser e Fietz, 2021).

Nielsson et al. (2025), ao analisar a obra produzida por Kittay, explicam que a relação entre cuidado e deficiência constitui um campo central da ética do cuidado. De acordo com as autoras, a aproximação entre esses temas é essencial para a construção de uma sociedade mais inclusiva, capaz de reconhecer simultaneamente a autonomia e as necessidades de dependência das pessoas com deficiência. Nesse contexto, a ética do cuidado pode promover uma mudança de perspectiva em relação ao paradigma tradicional de independência, ao questionar a noção de que a dignidade humana estaria condicionada exclusivamente à autossuficiência.

No caso dos cuidados de uma criança com TEA, o cotidiano familiar está centrado nos seus cuidados, exigindo diversas mudanças nas rotinas do núcleo familiar. É claro que a carga de cuidar afeta a qualidade de vida e as atividades diárias. Ainda, o trabalho realizado à criança, não é visto como “trabalho”. Há necessidade de alterações na rotina dos membros da família, principalmente no âmbito do trabalho. Nesse sentido, essa mudança recai, sobretudo, sobre a figura materna, a mãe opta por parar de trabalhar para cuidar do filho autista.

Outro fator importante é a coexistência do Transtorno do Espectro Autista (TEA) com o Transtorno do Déficit de Atenção com Hiperatividade (TDAH), com uma incidência de 52,9% de comorbidade. Quando uma criança apresenta um transtorno comórbido, o estresse dos pais tende a aumentar, devido à gravidade dos sintomas e à necessidade de suporte adicional, especialmente quando predominam comportamentos hiperativos e impulsivos. Isso requer que os pais adotem estratégias específicas para lidar com a criança, além de lidar com o risco de exposição a situações perigosas e julgamentos externos. Esses fatores podem resultar em isolamento social para a família e sobrecarga para os cuidadores, especialmente para as mães, que frequentemente relatam um maior sentimento de impotência em comparação aos pais. Isso ocorre devido à percepção de que são responsáveis pela educação da criança, somado ao cansaço físico, à tensão emocional e à preocupação com o futuro do filho. Contudo, independentemente de o diagnóstico ser único ou comórbido, um suporte social significativo melhora a adaptação familiar e reduz a sobrecarga.

Um estudo realizado por Teixeira et al. (2024), em parceria com a Associação Norte-Mineira de Apoio ao Autista (ANDA), no município de Montes Claros (MG), analisou as implicações da maternidade atípica no estado psicossocial de mães de crianças com transtorno do espectro autista. A pesquisa apresentou que:

“quando abordadas as restrições comportamentais das mães fica perceptível que elas possuem, de fato, limitações quanto à socialização e realizações pessoais, reportando ser difícil relaxar e o fato de estarem sempre cansadas, mesmo que a maioria negue que tomar conta do filho seja fonte de estresse. Além disso, 88,2% constantemente se sentem tristes, somente 32,9% conseguem visitar os amigos com frequência e 82,4% afirmaram desistir de coisas que almejaram realizar para cuidar do filho. Ao se abordar a sobrecarga emocional, a condição de desenvolvimento atípico do filho não se mostrou um fator de influência unânime, uma vez que mais da metade (67,6%) assinalaram não se sentir incomodadas com a condição de TEA da criança e 70,6% admiram a confiança da prole, ou seja, sentem orgulho dos próprios filhos” (Teixeira et al., 2024: 1971-1972).

Esse dado indica que não é a criança em si que impõe um peso emocional às mães, mas sim as preocupações relacionadas ao seu desenvolvimento e adaptação. Para as mães, o filho é visto como um ponto positivo devido ao afeto único dessa relação. A sobrecarga surge das demandas inesperadas apresentadas pela criança, além das exigências externas que se acumulam, resultando em problemas que afetam o cotidiano. Assim, são os desafios da maternidade “atípica” que impactam negativamente a saúde mental dessas mães, especialmente em função da falta de estrutura familiar, recursos financeiros e autoconfiança para lidar com a condição do filho.

Mães que não contam com suporte familiar enfrentam uma elevada sobrecarga física e mental ao cuidar de seus filhos com autismo. Por outro lado, aquelas que recebem apoio social primário, como a presença e o suporte do núcleo familiar, conseguem reduzir os estressores potenciais e potencializar os recursos saudáveis da família. Ademais, a desorganização emocional das mães tende a aumentar na ausência de uma rede de apoio ou de parcerias. O diagnóstico de autismo desestabiliza a dinâmica familiar e exige uma reorganização. Em muitos casos, os pais negam a existência do diagnóstico e ignoram as necessidades da criança, resultando em uma sobrecarga que recai principalmente sobre

as mães. Muitas vezes, a relação entre os cônjuges se deteriora, com o pai ignorando tanto a criança quanto a mãe. Essa nova realidade impõe uma reacomodação do papel da mulher, que pode acarretar problemas sociais, emocionais, financeiros e de saúde física e mental.

Nos casos de monoparentalidade, a ausência de um parceiro intensifica essa carga, forçando as mães a equilibrar as demandas do cuidado com a necessidade de subsistência, resultando em uma rotina extenuante. Pesquisas indicam que mães que recebem maior apoio familiar tendem a experimentar menos estresse e sobrecarga, destacando a importância de uma rede de apoio sólida. O estresse parental está intimamente ligado ao suporte familiar. Mães com apoio têm menos probabilidade de experimentar altos níveis de estresse. A presença de necessidades não atendidas, por outro lado, aumenta a carga emocional. Portanto, é crucial que as intervenções sejam adaptadas às circunstâncias individuais, reconhecendo que o estresse pode ser tratado por meio de práticas como exercícios físicos, técnicas de relaxamento e terapia, com o objetivo de promover uma melhor qualidade de vida.

Os materiais analisados revelam a preocupação das famílias com o futuro de seus filhos autistas, evidenciando o temor em relação à exclusão social e a percepção de que a sociedade frequentemente não compreende as necessidades específicas dessas crianças. As famílias são reconhecidas como o principal ambiente de acolhimento, mas essa responsabilidade pode se tornar opressora. Além disso, observa-se uma evolução na compreensão da relação entre a família e o autismo, de uma perspectiva culpabilizadora para uma abordagem que reconhece os pais como cuidadores comprometidos, que enfrentam desafios significativos em sua jornada.

Em uma pesquisa realizada em 2018, Constantinidis, Silva e Ribeiro (2018) destacaram que o sofrimento das mães se origina, em grande parte, da anulação de sua identidade em decorrência da necessidade de cuidar de seus filhos autistas. Esse processo de auto abandono muitas vezes começa com a saída do mercado de trabalho, a negligência em relação aos cuidados pessoais e a ausência de interesse por convívio social. Contudo, deve-se ter em vista que esse sentimento de responsabilidade extrema das mães atípicas perpassa o quadro individual, sendo o reflexo de uma conjuntura social que delega o cuidado prioritariamente à mulher.

Para compreender por que o nascimento de um “filho real” gera relações de interdependência tão exaustivas, é imperativo investigar como a maternidade é capturada pelas engrenagens do capitalismo. Nesse sentido, a análise desloca-se do sofrimento privado para a teoria da reprodução social, onde o trabalho invisível do cuidado atípico revela-se como o pilar silenciado que sustenta a estrutura produtiva às custas da saúde mental feminina.

III. As relações entre maternagem e capital

Historicamente, a relação entre mãe e filho foi moldada a partir de um discurso que enaltece o amor incondicional e ilimitado, sendo naturalizado como uma expressão de amor, e não como um trabalho valorizado. Esse ideal tem sido utilizado, e continua a ser, para confinar as mulheres em papéis que a sociedade patriarcal e machista julga apropriados, fazendo parte de um processo que está intrinsecamente ligado à lógica do sistema capitalista, que ora atribui valor a atividades desprovidas de preço, ora desvalo-

riza aquilo que possui um valor intrínseco.

Acerca da ideia de amor incondicionado da mãe, Badinter (1985) desafiou o mito do amor materno, argumentando que esse sentimento não é fruto de um instinto natural feminino ou de um determinismo, mas sim de uma construção social. De acordo com a autora, não existe um instinto materno universal e necessária, ao contrário, ele é moldado segundo a cultura, as ambições ou as frustrações da mãe, sendo assim, um sentimento como qualquer outro, incerto e frágil, podendo desaparecer ou fortalecer-se a depender das vivências humanas.

O feminismo matricêntrico, uma das vertentes mais relevantes do feminismo contemporâneo, coloca as questões da maternidade no centro do debate. Segundo O'Reilly (2019), a distinção entre "maternidade" e "maternagem" é fundamental, conforme já referido em tópico anterior: a maternidade refere-se à instituição patriarcal, opressora para as mulheres, enquanto a maternagem abrange as experiências maternas das mulheres, com potencial empoderador. Nesse sentido, a maternidade é vista como uma imposição social que limita as mulheres, enquanto a maternagem pode ser ressignificada e reivindicada como parte de uma nova dinâmica de poder feminino.

O estigma social também desempenha um papel crucial, como teorizado por Goffman (1963), ao definir uma marca que desvia das normas sociais e gera vergonha e marginalização. No caso das mães de crianças com TEA, esse estigma tem raízes históricas, quando eram rotuladas como "mães geladeiras" nos anos 1940, culpabilizadas pela condição dos filhos. Embora o entendimento sobre o TEA tenha avançado, as mães continuam enfrentando formas sutis de culpabilização. Mesmo que o discurso atual não as retrate mais como "frias", há novas formas de opressão, como a crítica à aceitação de terapias medicamentosas ou à imposição de uma luta constante. Esse processo de estigmatização reforça o isolamento e a desvalorização dessas mulheres, que acabam sendo vistas não só como responsáveis pelos filhos, mas também por qualquer falha ou sofrimento no percurso.

Estudos recentes, como os de Matsukura e Menecheli (2011), demonstram que as necessidades das mães são frequentemente negligenciadas, com seu papel sendo reduzido exclusivamente ao cuidado dos filhos. Rubinho (2015) identificou uma relação direta entre a baixa autoestima dessas mães e a discriminação, falta de suporte e isolamento social que enfrentam. Além disso, a sociedade ainda espera que as mulheres, ao se tornarem mães, renunciem a seus desejos e sonhos individuais, como autocuidado, descanso ou desenvolvimento pessoal. Para as mães de crianças atípicas, essa pressão é amplificada pelo peso da culpa e pela solidão, muitas vezes enfrentada no cuidado dos filhos. A ausência de políticas públicas de apoio adequado agrava ainda mais essa situação, conforme destacado por Mestre e Souza (2021). O sistema capitalista, marcado pelas raízes históricas do patriarcado, agora como relação de poder e não mais como modo de produção, perpetua um modelo de maternidade baseado em amor, sacrifício e culpa, limitando o direito das mulheres de vivenciarem a maternidade de forma plena e saudável.

É imperativo, contudo, realizar uma análise analítica sobre esse esgotamento, evitando uma caracterização homogênea da maternidade atípica. A problematização das desigualdades de classe revela que as condições materiais são determinantes na viabilidade

do cuidado. Enquanto mães de classes abastadas podem recorrer à mercantilização do cuidado (contratação de babás, terapeutas particulares e escolas de apoio), as mães pobres assumem o cuidado de forma exclusiva e solitária devido à fragilidade das redes de atenção à saúde pública. Assim, a exaustão não é apenas fruto do diagnóstico de TEA, mas da precariedade econômica que impede o acesso a serviços básicos, transformando o cuidado em um fardo vitalício e sem rede de proteção.

Diante disso, é essencial reconhecer a maternagem como um campo de estudo que expõe as relações de poder e privilégio que sustentam a opressão das mulheres. A naturalização do papel materno, a falta de acesso a políticas públicas adequadas e a ausência de uma percepção do cuidado como uma responsabilidade coletiva intensificam a vulnerabilidade das mães, especialmente as que já estão à margem dos direitos fundamentais. Como argumenta Butler (2015), as condições que possibilitam a existência de um indivíduo são também objeto de reflexão e ação política. Logo, as descobertas científicas sobre maternagem e TEA devem não apenas trazer luz, mas também promover transformações sociais que garantam o cuidado e o empoderamento das mulheres cuidadoras.

Federici (2019) traz à tona discussões fundamentais sobre o trabalho reprodutivo, em especial no contexto capitalista, destacando a exploração específica das mulheres. Para a autora, o trabalho doméstico, muitas vezes romantizado como um ato de cuidado e afeto natural, é na verdade, um pilar central da reprodução da força de trabalho dentro do sistema capitalista. Essa visão desmistifica o serviço doméstico e revela seu papel crucial, não apenas como uma atividade pessoal, mas como a base invisível que sustenta a economia e a sociedade.

No Brasil, dados da PNAD Contínua 2019 indicam que as desigualdades de gênero permanecem expressivas na realização de afazeres domésticos e cuidados. Em 2019, 92,1% das mulheres realizaram afazeres domésticos, enquanto essa proporção foi de 78,6% entre os homens. No cuidado de pessoas, a taxa também foi superior entre as mulheres, alcançando 36,8%, em comparação a 25,9% entre os homens. Quanto ao tempo dedicado aos afazeres domésticos e/ou ao cuidado de pessoas, as mulheres ocupadas dedicaram, em média, 18,5 horas semanais a essas atividades, enquanto os homens ocupados dedicaram 10,4 horas. Entre as pessoas não ocupadas, a diferença também permaneceu significativa: 24 horas semanais entre as mulheres e 12,1 horas entre os homens (IBGE, 2020). No entanto, esse trabalho permanece invisível e não remunerado. Para Federici (2019), o trabalho doméstico é o mais importante dentro da sociedade capitalista, pois é ele que gera e sustenta a força de trabalho, sem a qual o capitalismo não poderia funcionar. Essa análise se conecta diretamente com as questões de classe dentro do movimento feminista, revelando como o trabalho das mulheres é explorado e romantizado, contribuindo para a opressão de gênero. Historicamente, o cuidado com os filhos e a família foi atribuído às mulheres, especialmente mães e avós, sem reconhecimento ou remuneração.

Para as mães de pessoas com TEA, essa exploração se agrava. O trabalho reprodutivo nunca cessa, e essas mulheres são muitas vezes reduzidas ao papel de cuidadoras, com suas identidades limitadas a essa função. O trabalho de cuidar não é o problema em si, mas o fato de ser permanente, ininterrupto e sem remuneração coloca um fardo insustentável sobre essas mulheres. O que não é percebido, muitas vezes, é que o cuidado intensivo exigido pelo TEA não é apenas uma tarefa doméstica, mas uma atividade que

garante a manutenção da vida em um sistema que desvaloriza o que não produz lucro imediato, como muito bem ressalta Federici (2019), ao afirmar que "por trás de toda fábrica, de toda escola, de todo escritório, há o trabalho oculto de milhões de mulheres", sem o qual a sociedade não poderia operar.

A análise de Federici (2019) permite situar a maternidade atípica dentro da Teoria da Reprodução Social (TRS). A Teoria da Reprodução Social tem como objetivo central analisar de que forma a produção de bens e serviços e a produção da vida fazem parte de um mesmo processo integrado, pois, se a economia é o local onde se produz bens e serviços, as pessoas que possuem esses bens e serviços são produzidas fora da economia formal, a um custo baixíssimo para o sistema (Luxton, 2014).

Para a teoria da reprodução social, a força de trabalho é produzida em três etapas. A primeira diz respeito às atividades que buscam regenerar o trabalhador, possibilitando que ele retorne ao sistema produtivo, ou seja, é necessário que esse trabalhador possua condições mínimas de subsistência. Dentre essas condições, estão a alimentação, uma cama para dormir, roupas lavadas, dentre outras atividades domésticas. A segunda atividade essencial é aquela que mantém e regenera os não-trabalhadores, aqueles que estão fora do sistema de produção, como crianças, idosos e desempregados. A terceira atividade é a reprodução dos trabalhadores, que consiste em dar à luz e criar outro futuro trabalhador. Esses são os três pilares que sustentam o sistema capitalista e, de sua análise, percebe-se que todas as atividades necessárias para a manutenção desse sistema é realizada dentro do lar e da comunidade, sem nenhum valor monetário sendo atribuído a esses serviços, que, faz-se necessário destacar, recaem de maneira desproporcional às mulheres (Bhattacharya, 2013).

A discussão sobre a remuneração das atividades domésticas foi central nas obras de intelectuais como Federici, Fortunato, James e Dalla Costa, que buscaram demonstrar que o trabalho reprodutivo feminino é, essencialmente, um trabalho produtivo. Segundo essa perspectiva, tais atividades são fundamentais para o ciclo do capital e, por isso, deveriam ser remuneradas. O trabalho reprodutivo compreende tanto a geração biológica de novos trabalhadores quanto a manutenção cotidiana da força de trabalho atual, o que inclui alimentação, higiene e suporte emocional ao trabalhador inserido no mercado. A falta de pagamento e reconhecimento dessas tarefas submete as mulheres a uma espécie de "escravidão doméstica", na qual sua força de trabalho é apropriada pelo núcleo familiar e pelo sistema capitalista (Guimarães, 2018).

Para Federici (2019), esse labor não pago representa um "comum" que foi expropriado para sustentar a criação de valor no sistema vigente. Para analisar o papel da mulher na sustentação do capitalismo, é necessário retomar o conceito marxista de "comum", que originalmente se referia a recursos coletivos, como terras, antes dos cercamentos. Com a privatização desses espaços, o capital buscou novos meios de subsistência, e segundo Federici (2019), o corpo da mulher tornou-se o novo "comum", que passou a ser explorado para a reprodução da mão de obra por meio da procriação, do serviço doméstico gratuito e da satisfação sexual masculina. Assim, a esfera da produção capitalista depende diretamente da esfera da reprodução doméstica não remunerada, sendo vital para o sistema que essa hierarquia de poder permaneça inalterada.

Embora as mulheres sejam as principais responsáveis pelo cuidado com dependentes

(filhos, idosos e pessoas com deficiência), o ambiente privado não é seu único local de atuação. Dados da Fundação Getúlio Vargas (2023) desconstróem a ideia de que o trabalho assalariado é um domínio puramente masculino ao relatar que, no ano de 2022, a taxa de participação das mulheres no mercado de trabalho brasileiro atingiu 52,7%, indicando que mais da metade das mulheres em idade ativa estão inseridas na força de trabalho formal ou em busca de ocupação. Percebe-se, então, que a necessidade de sobrevivência dentro do sistema capitalista coloca a maior parte das brasileiras no mercado de trabalho, porém, muitas vezes em postos informais e subalternos, que sequer são mencionados em estatísticas oficiais. Nesse contexto, Bhattacharya (2013) levanta um questionamento fundamental sobre a teoria da reprodução social: como conciliar a carga do trabalho doméstico invisível com uma jornada profissional integral? A conclusão é que, embora essa conciliação seja humanamente impossível, as mulheres são forçadas a realizá-la por necessidade econômica.

Uma das premissas centrais da teoria da reprodução social é a visão do capitalismo como um sistema unitário, que conecta de forma desigual as esferas da produção e da reprodução, sendo que crises em uma das esferas pode gerar efeito imediato na outra, como é o caso da relação entre desemprego dos homens e desencadeamento de comportamentos violentos no ambiente doméstico. Bhattacharya (2013) alerta que compreender essa imbricação é essencial para construir uma resistência contra a estrutura exploratória, lembrando que, para a Teoria da Reprodução Social, a base material da opressão às mulheres está amarrada historicamente com o sistema como um todo, razão pela qual todo discurso sobre o fim dessa opressão e a libertação das mulheres deve estar necessariamente ligado com o fim do sistema em si.

Tendo em vista os conceitos trazidos pela TRS, percebe-se que a exploração das mulheres no sistema capitalista, exposta por Federici (2019), não é apenas uma questão econômica, mas uma profunda injustiça social que perpetua desigualdades de gênero, raça e classe. O trabalho reprodutivo, longe de ser um "dom natural" das mulheres, é uma construção social que precisa ser reconhecida e remunerada. Sem essa transformação, as mulheres continuarão presas em um ciclo de exploração invisível, impedindo avanços reais na equidade de gênero e na justiça social. As mães de pessoas com TEA enfrentam uma sobrecarga de trabalho vitalício, sem remuneração ou descanso, enquanto suas necessidades e direitos são negligenciados. O pensamento de Federici (2019), em conjunto com os estudos da TRS, ajuda a evidenciar essa realidade, mostrando como o sistema capitalista explora e invisibiliza essas mulheres.

Em suma, a exploração do trabalho reprodutivo na maternidade atípica não é apenas um subproduto do sistema capitalista, mas uma faceta da produção social do sofrimento permitida pela omissão estatal. Como ensina Federici (2019), o Estado é o verdadeiro beneficiário desse trabalho oculto, pois ao romantizar o cuidado como uma "missão de amor", ele se isenta de prover a infraestrutura necessária (como escolas em tempo integral e centros de reabilitação) para garantir o bem-estar de mães e filhos. Diante dessa realidade, torna-se imperativo deslocar a discussão do sacrifício privado para o campo da responsabilidade pública.

Ainda, analisando o ordenamento jurídico brasileiro e as políticas públicas atuais identifica-se se os marcos legais são capazes de romper com a lógica da privatização do cuidado e efetivar o papel do Estado como garantidor de direitos. A análise da maternagem atípica

pica exige deslocar a discussão da esfera privada para o campo da responsabilidade pública. A sobrecarga materna não pode ser compreendida como consequência natural da existência da criança com TEA, tampouco como resultado de uma suposta incapacidade individual da mãe em lidar com o cuidado. A criança com TEA é sujeito de direitos e não pode ser colocada, direta ou indiretamente, na posição de responsável pelo sofrimento materno. O que produz a exaustão é a forma como o cuidado é socialmente organizado: concentrado na figura feminina, pouco compartilhado entre familiares, insuficientemente amparado pela comunidade e fragilmente sustentado pelas instituições públicas.

Desse modo, a maternagem atípica deve ser analisada a partir da lógica da corresponsabilidade. A ausência de apoio familiar, comunitário e institucional desloca para a mãe uma carga que deveria ser compartilhada pela família, pela sociedade e pelo Estado. Quando a rede pública de saúde é fragmentada, quando a escola não dispõe de suporte adequado, quando a assistência social não alcança a família e quando os serviços especializados são insuficientes ou inacessíveis, a maternagem passa a ser vivida como tarefa solitária. Assim, o problema não está na criança com TEA, mas na insuficiência das redes de cuidado e na permanência de expectativas patriarcais que associam a maternidade ao sacrifício permanente. No campo jurídico, a Lei nº 12.764/2012, conhecida como Lei Berenice Piana, representa marco fundamental ao instituir a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista e reconhecer a pessoa com TEA como pessoa com deficiência para todos os efeitos legais. Essa norma estabelece diretrizes voltadas à intersetorialidade, à participação da comunidade na formulação de políticas públicas, ao diagnóstico precoce, ao atendimento multiprofissional e ao acesso à saúde, à educação, à assistência social e à inclusão no mercado de trabalho. Portanto, a Lei Berenice Piana não deve ser lida apenas como norma de proteção individual da pessoa autista, mas como instrumento de reorganização das responsabilidades públicas em torno do cuidado.

A partir dessa perspectiva, o reconhecimento jurídico da pessoa com TEA como sujeito de direitos impõe ao Estado o dever de estruturar políticas públicas capazes de garantir suporte integral à criança e à família. Isso significa que o acesso a diagnóstico, terapias, medicamentos, acompanhamento multiprofissional, inclusão escolar e proteção social não pode depender exclusivamente da capacidade econômica ou da disponibilidade emocional da mãe. Quando tais direitos não são efetivados, a mãe passa a ocupar o lugar de mediadora permanente entre a criança e o Estado, sendo obrigada a buscar laudos, vagas, atendimentos, medicamentos e adaptações escolares, o que intensifica a exaustão emocional, financeira e física. A Lei nº 13.977/2020, chamada Lei Romeo Mion, ao criar a Carteira de Identificação da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, a CIP-TEA, reforça esse deslocamento do cuidado para o campo dos direitos. A carteira tem como finalidade facilitar a identificação da pessoa com TEA e assegurar atenção integral, pronto atendimento e prioridade no acesso aos serviços públicos e privados, especialmente nas áreas de saúde, educação e assistência social. Assim, a CIP-TEA não deve ser compreendida como simples documento burocrático, mas como mecanismo de acesso a direitos, redução de barreiras e visibilização das necessidades específicas das pessoas autistas e de suas famílias.

Contudo, a existência de previsão normativa não garante, por si só, a efetivação dos direitos. A distância entre o direito formal e o acesso concreto aos serviços produz uma zona de desproteção que recai, sobretudo, sobre as mulheres cuidadoras. A mãe passa a ser

responsabilizada por suprir as falhas institucionais, organizando agendas terapêuticas, buscando vagas, judicializando tratamentos, negociando com escolas e administrando demandas familiares, emocionais e econômicas. Nesse cenário, a norma jurídica somente rompe com a lógica da privatização do cuidado quando se traduz em políticas públicas territorializadas, acessíveis, contínuas e intersetoriais.

No campo da saúde pública, a discussão deve ser compreendida a partir dos determinantes sociais da saúde. A Lei nº 8.080/1990 reconhece que a saúde é condicionada por fatores como alimentação, moradia, trabalho, renda, educação, transporte, lazer e acesso a bens e serviços essenciais. Assim, a saúde mental das mães cuidadoras não pode ser reduzida a uma questão individual, pois está relacionada às condições materiais de existência, à divisão sexual do trabalho, ao território, ao acesso aos serviços públicos e à presença ou ausência de rede de apoio. Nessa perspectiva, integralidade, equidade e territorialidade são categorias centrais: a integralidade exige atenção à complexidade da família; a equidade impõe considerar desigualdades de classe, raça e território; e a territorialidade demanda que o cuidado seja organizado a partir da realidade concreta de cada comunidade. Nesse sentido, a Atenção Primária à Saúde deve ocupar papel estratégico. Por ser a principal porta de entrada do SUS, a Unidade Básica de Saúde pode identificar sinais de sofrimento psíquico, orientar a família, articular encaminhamentos, acompanhar a criança e acolher a mãe cuidadora como sujeito de demandas próprias. Esse acolhimento não deve ocorrer apenas no momento do diagnóstico, mas durante toda a trajetória da maternagem atípica. Lima et al. (2023a), ao refletirem sobre a maternidade atípica pelas lentes de Merleau-Ponty, destacam que o apoio familiar e profissional possui impacto direto na saúde física e emocional de mães de filhos com necessidades especiais, bem como que compreender o mundo vivenciado por essas mulheres pode contribuir para a elaboração de políticas públicas de saúde voltadas a essa população.

Essa leitura permite afirmar que o SUS não deve voltar sua atenção apenas à criança com TEA, ainda que esta seja sujeito prioritário de proteção. A mãe cuidadora também deve ser reconhecida como usuária do sistema, titular de necessidades próprias de saúde física, emocional e social. Lima et al. (2023a) sustentam que o acolhimento materno é necessário não apenas no momento do diagnóstico, mas ao longo de toda a vivência da maternidade não convencional, uma vez que essa mulher permanece, muitas vezes, invisibilizada na atenção em saúde pública. Por isso, o cuidado em saúde precisa ultrapassar o atendimento biomédico e alcançar as dimensões existenciais, afetivas, familiares e sociais que atravessam a experiência materna.

A Rede de Atenção Psicossocial também é fundamental nesse processo, pois articula diferentes pontos de atenção no âmbito do SUS, com a finalidade de garantir cuidado integral e contínuo às pessoas em sofrimento psíquico. No contexto da maternagem atípica, essa rede pode contribuir para o acolhimento das mães cuidadoras, especialmente quando há sinais de ansiedade, depressão, isolamento, exaustão ou sofrimento decorrente da sobrecarga de cuidado.

A noção de cuidado comunitário também deve ser incorporada a essa discussão. A maternagem atípica não pode depender apenas da força individual da mãe ou da eventual solidariedade familiar. É necessário construir redes comunitárias de apoio, grupos de orientação, espaços de escuta, programas de apoio parental, serviços de convivência

e estratégias de fortalecimento da autonomia das famílias. A integralidade do cuidado também permite considerar dimensões subjetivas, culturais e espirituais da experiência materna, desde que respeitadas as crenças, valores e escolhas de cada mulher. Lima et al. (2023b), em reflexão baseada em Viktor Frankl, destacam que a espiritualidade pode atuar como fonte de sentido, apoio emocional, resiliência e fortalecimento dos laços familiares na maternidade atípica. Essa abordagem não significa reduzir a política pública à religiosidade, mas reconhecer que o cuidado integral precisa considerar a pessoa em sua totalidade, incluindo aspectos emocionais, simbólicos, culturais e existenciais.

Nesse sentido, a espiritualidade pode ser compreendida como dimensão de busca por sentido e pertencimento, não necessariamente vinculada a uma tradição religiosa específica. Lima et al. (2023b) ressaltam que os profissionais de saúde podem reconhecer, respeitar e integrar essa dimensão no cuidado, desde que observada a diversidade de crenças e práticas. Essa perspectiva contribui para uma abordagem mais humanizada, centrada na pessoa e sensível às formas pelas quais as mães constroem estratégias de enfrentamento diante da exaustão, do isolamento e das incertezas que atravessam a maternagem atípica. Portanto, a responsabilidade estatal não se esgota na criação de leis. A Lei Berenice Piana e a CIP-TEA são marcos fundamentais, mas precisam ser acompanhadas de políticas públicas efetivas, financiamento adequado, serviços territorializados, profissionais capacitados e fluxos intersetoriais entre saúde, educação e assistência social. Sem essa estrutura, a formalização de direitos convive com a permanência da sobrecarga materna, pois a mãe continua sendo a principal responsável por transformar direitos abstratos em atendimentos concretos.

Dessa forma, a efetivação dos direitos das pessoas com TEA deve caminhar junto ao reconhecimento das necessidades das famílias, especialmente das mulheres que exercem o cuidado cotidiano. A criança com TEA deve ser protegida como sujeito de direitos, mas essa proteção não pode ocorrer à custa da exaustão materna. Ao contrário, a proteção integral exige que o Estado reconheça o cuidado como responsabilidade pública e crie condições para que mães, crianças e famílias sejam acompanhadas de forma contínua, equitativa e territorializada.

IV. Considerações finais

Este estudo buscou compreender de que maneira a fragilidade das redes de apoio e a insuficiência de políticas públicas contribuem para a produção social do sofrimento de mães responsáveis pelo cuidado de filhos com Transtorno do Espectro Autista, sob a ótica da ética do cuidado e da Teoria da Reprodução Social. A análise permitiu verificar que a sobrecarga materna não decorre da criança com TEA, tampouco de uma incapacidade individual da mãe, mas da forma como o cuidado é organizado, distribuído e reconhecido socialmente. A maternagem atípica evidencia que o cuidado segue atribuído de forma desproporcional às mulheres, especialmente às mães, como se fosse extensão natural da maternidade, e não atividade essencial à manutenção da vida. Essa naturalização torna invisível o trabalho reprodutivo, desvaloriza cuidadoras e mantém expectativas patriarcais associadas ao sacrifício, à renúncia e à disponibilidade permanente.

Também se constatou que a maternagem atípica não é experiência homogênea. As vivências variam conforme classe social, raça, território, estrutura familiar, condições laborais, acesso a serviços públicos, nível de suporte da criança e rede de apoio. Por isso, a análise da sobrecarga deve considerar desigualdades concretas que atravessam a vida

dessas mulheres, especialmente mães pobres, mães solo, mulheres negras e residentes em territórios com menor oferta de serviços. No campo jurídico e das políticas públicas, a Lei Berenice Piana e a CIP-TEA representam avanços ao reconhecerem a pessoa com TEA como sujeito de direitos e ampliarem mecanismos de acesso à saúde, educação, assistência social e atendimento prioritário. Contudo, a previsão normativa, por si só, não rompe com a privatização do cuidado. Quando os direitos assegurados não se convertem em acesso concreto, contínuo e territorializado, a mãe continua obrigada a atuar como mediadora entre a criança e o Estado.

Dessa forma, a proteção integral da criança não pode ocorrer à custa da exaustão materna. Garantir direitos à pessoa autista exige fortalecer as condições sociais, familiares, comunitárias e institucionais que sustentam o cuidado. O SUS, a Atenção Primária, a Rede de Atenção Psicossocial, a assistência social, a educação inclusiva e as políticas interseccionais devem deslocar o cuidado da esfera privada para o campo da responsabilidade pública. Conclui-se que enfrentar a exaustão de mães de crianças com TEA exige transformar a forma como o cuidado é socialmente distribuído e politicamente assumido. A maternagem atípica deve ser tratada como questão pública, jurídica, sanitária e coletiva, e não como problema privado das mulheres. Para isso, são necessárias políticas públicas integrais, financiamento adequado, serviços territorializados, profissionais capacitados, apoio psicossocial, redes comunitárias, suporte às cuidadoras, inclusão educacional efetiva e responsabilização estatal. Somente assim será possível romper com a lógica da maternidade como sacrifício obrigatório e reconhecer o cuidado como trabalho, direito e responsabilidade social compartilhada.

Referências

- Badinter, E. (1985). *Um amor conquistado: O mito do amor materno* (W. Dutra, Trad.). Nova Fronteira.
- Bhattacharya, T. (2013). *O que é a teoria da reprodução social*. Socialist Worker.
- Brasil. (1990). *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Presidência da República. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm
- Brasil. (2012). *Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012*. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista. Presidência da República. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm
- Brasil. (2020). *Lei nº 13.977, de 8 de janeiro de 2020*. Altera a Lei nº 12.764/2012 e cria a Carteira de Identificação da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, CIP-TEA. Presidência da República. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13977.htm
- Brasil. Ministério da Saúde. (2011). *Portaria nº 3.088, de 23 de dezembro de 2011*. Institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde. Ministério da Saúde.
- Butler, J. (2015). *Corpos em aliança e a política das ruas: Notas para uma teoria performativa de assembleia*. Civilização Brasileira.

- Constantinidis, T. C., Silva, L. C., & Ribeiro, M. C. C. (2018). *Todo mundo quer ter um filho perfeito: Vivências de mães de crianças com autismo*. Psico-USF, 23(1), 47-58. <https://doi.org/10.1590/1413-82712018230105>
- Federici, S. (2019). *Calibã e a bruxa: Mulheres, corpo e acumulação primitiva* (2ª ed., Coletivo Sycorax, Trad.). Elefante.
- Fundação Getúlio Vargas. (2023, 8 de março). *Diferenças de gênero no mercado de trabalho*. Portal FGV. <https://portal.fgv.br/artigos/diferencas-genero-mercado-trabalho>
- Gesser, M., & Fietz, H. (2021). *Ética do cuidado e a experiência da deficiência: Uma entrevista com Eva Feder Kittay*. Revista Estudos Feministas, 29(2), e64987.
- Goffman, E. (1963). *Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada* (M. B. de M. L. Nunes, Trad.; 4ª ed.). LTC.
- Guimarães, C. S. (2018). *Corpo incivilizado: A crítica feminista marxista de Silvia Federici a Michel Foucault*. In S. Cibils et al. (Orgs.), XVIII Semana Acadêmica do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUCRS: Volume 1 (pp. 131-144). Editora Fi. <http://wap.precog.com.br/bc-texto/obras/2019-pack-045.pdf>
- Hofzmann, R. R., Perondi, M., Menegaz, J., Lopes, S. G. R., Borges, D. S., & Stamm, B. (2019). *Experiência dos familiares no convívio de crianças com transtorno do espectro autista (TEA)*. Enfermagem em Foco, 10(2), 64-69. <https://doi.org/10.21675/2357-707X.2019.v10.n2.1671>
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. (2020). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: Outras formas de trabalho 2019*. IBGE. https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101722_informativo.pdf
- Kittay, E. F. (2019). *Learning from my daughter: The value and care of disabled minds*. Oxford University Press.
- Lima, M. M. S., Silva, R. M. C. R. A., Pereira, E. R., Deus, V. A. H., & Moura, V. B. P. (2023a). *Vivenciando a maternidade atípica: Uma reflexão pelas lentes de Merleau-Ponty*. Revista Enfermagem Atual In Derme, 97(2), e023109. <https://doi.org/10.31011/reaid-2023-v.97-n.2-art.1877>
- Lima, M. M. S., Silva, R. M. C. R. A., Pereira, E. R., Deus, V. A. H., Moura, V. B. P., & Silva, R. C. F. (2023b). *A espiritualidade na maternidade atípica: Uma reflexão com base no referencial teórico de Victor Frankl*. Revista Pró-UniversUS, 14(2), 106-110. <https://doi.org/10.21727/rpu.14i2Especial.3859>
- Luxton, M. (2014). *Marxist feminism and anticapitalism: Reclaiming our history, reanimating our politics*. Studies in Political Economy, 94(1), 137-160.
- Machado, M. S., Londero, A. D., & Pereira, C. R. R. (2018). *Tornar-se família de uma criança com transtorno do espectro autista*. Contextos Clínicos, 11(3), 335-350. <https://doi.org/10.4013/ctc.2018.113.05>
- Matsukura, T. S., & Menecheli, L. A. (2011). *Famílias de crianças autistas: Demandas e expectativas referentes ao cotidiano de cuidados e ao tratamento*. Cadernos Brasileiros de Terapia Ocupacional, 19(2), 137-152. <https://www.cadernosdeterapiaocupacional.ufscar.br/index.php/cadernos/article/view/457>
- Mestre, S. O., & Souza, E. R. (2021). *Maternidade guerreira: Responsabilização, cuidado e culpa das mães de jovens encarcerados*. Revista Estudos Feministas, 29(2). <https://doi.org/10.1590/1806-9584-2021.v29n270109>
- Nielsson, J. G., Sturza, J. M., & Weiler, A. L. (2025). *Direitos humanos e a ética do cuidado: Os desafios da dependência complexa pelo viés da justiça da deficiência*. Direito UNIFACS: Debate Virtual, 302. <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/issue/view/426>
- O'Reilly, A. (2019). *Matricentric feminism: A feminism for mothers*. Journal of the Motherhood Initiative for Research and Community Involvement, 10(1/2). <https://jarm.journals>

yorku.ca/index.php/jarm/article/view/40551

- Organização Internacional do Trabalho. (2019, 27 de agosto). *Lacunas de gênero persistentes no trabalho exigem adoção de medidas*. OIT Notícias. <https://www.ilo.org/pt-pt/resource/news/lacunas-de-genero-persistentes-no-trabalho-exigem-adocao-de-medidas>
- Pedro de Jesus, M. W., & Ribeiro Mota Souza, S. (2023). *Experiências maternas sobre o cuidado com o filho com deficiência intelectual na APAE Salvador*. *Ideação*, 25(1), 39-54. <https://doi.org/10.48075/ri.v25i1.29587>
- Rubinho, S. A. (2015). *Autoestigma entre mães de crianças com transtorno do espectro autista* [Dissertação de mestrado, Universidade Presbiteriana Mackenzie].
- Teixeira, C. R., dos Santos, A. D., Alkimim, E. R., & dos Anjos, E. B. (2024). *Implicações de uma maternidade atípica: Estado psicossocial das mães de crianças autistas*. *Revista Sociedade Científica*, 7(1), 1965-1980. <https://doi.org/10.61411/rsc202427917>
- Viana, C. T. de S., & Benicasa, M. (2023). *Maternidade atípica: Termo e conceito*. *Revista Acadêmica Online*, 9(46). <https://revistaacademicaonline.com/index.php/rao/article/view/299>
- Zeidan, J., et al. (2022). *Global prevalence of autism: A systematic review update*. *Autism Research*. <https://doi.org/10.1002/aur.2696>

Microaggressions experienced by transgender people in health services: a qualitative study

Microagresiones experimentadas por personas transgénero en los servicios de salud: un estudio cualitativo.

Gabriel Ponce de Leão Lima Almeida¹; João Simão de Melo Neto²; Daniela dos Santos Dantas³; André Luiz Machado das Neves⁴

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2026\)05](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2026)05)

Fecha de recepción: 02.03.2026

Fecha de aceptación: 28.05.2026

RESUMEN:

El objetivo de este trabajo fue analizar las experiencias de las personas transgénero en los servicios de salud en Manaus, Amazonas, Brasil, en relación con las microagresiones. Metodología: Este estudio cualitativo, exploratorio y descriptivo, se llevó a cabo con 15 participantes transgénero. Recogida de datos: Se realizó mediante entrevistas semiestructuradas, utilizando la metodología de análisis de contenido temático. Resultados: Se reportó que las microagresiones estaban relacionadas con la negación del uso del nombre social, la dificultad para aceptar los cuerpos trans en ciertas especialidades médicas, el trato negativo en las unidades y la falta de preparación de los profesionales para trabajar en la atención de personas trans. Conclusión: La violencia subjetiva, las invalidaciones y los ataques a la identidad trans restringen el derecho a existir, alimentan inseguridades y mantienen a estas personas en una relación de poder desigual, perpetuando marginaciones invisibles que son constantemente ignoradas y provocando que las personas trans eviten los servicios de salud, lo que crea barreras en el acceso a dichos servicios.

1 PhD Student in Public Health in the Amazon (Amazonas State University), Psychologist at the Amazonas State Civil Police. E-mail: gabrielponceleao@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-3783-5877>

2 PhD in Health Sciences (São José do Rio Preto Medical School), Professor at the Federal University of Pará E-mail: jsmeloneto@ufpa.br, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4681-8532>

3 PhD Student in Public Health in the Amazon (Amazonas State University), Psychologist at the Amazonas State Department of Health. E-mail: dani_sansilva@hotmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7200-4607>

4 PhD in Public Health (Rio de Janeiro State University), Professor at the Amazonas State University E-mail: almachado@uea.edu.br, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7400-7596>.

ABSTRACT

The objective of this work was to analyze the experiences of transgender people in health services in Manaus, Amazonas, Brazil, with microaggressions. Methodology: This exploratory and descriptive qualitative study was carried out with 15 transgender participants. Data collection: This was carried out through a semistructured interview, where the methodology of thematic content analysis was used. Results: Microaggressions were reported to be related to denial of the use of social names, difficulty in accepting trans bodies in certain medical specialties, negative treatment in the units and the unpreparedness of professionals to work in the care of trans people. Conclusion: Subjective violence, invalidations and attacks on trans identity restrict the right to exist, feed insecurities and keep these people in an unequal power relationship, perpetuating invisible marginalizations that are constantly ignored and causing trans people to escape from health services, which creates barriers to accessing services.

PALABRAS CLAVE: Servicios de salud para personas transgénero; Personas transgénero; Violencia de género.

KEY WORDS: Health Services for Transgender People; Transgender People; Gender Violence.

I. Introducción

In Brazil, among the actions implemented in 2011, the National Policy for Integral Health for Lesbians, Gays, Bisexuals, Travesti and Transsexuals (PNSILGBT) discusses the process of avoiding discrimination against lesbians, gays, bisexuals, travesti and transsexuals in healthcare spaces and services, which is an ethical-political commitment for all of their managers, counselors, technicians and health workers (Brasil. 2013).

Although the PNSILGBT policy is more than 10 years old, Brazilian studies still point to recurring cases of discrimination against this population in health services (Rocon *et al.*, 2016: 2520; Reis *et al.*, 2021: 84; Sá *et al.*, 2022: 87). On the international scene, studies show that, among the transgender population, traumas and microaggressions, such as conscious or unconscious insults, noticeable in communication and body language, are experienced in healthcare, which increases stigma and discomfort and strengthens access barriers to seeking future healthcare for this population (Livingston *et al.*, 2019: 699; Mitchell *et al.*, 2023).

Nevertheless, in the international context, the inappropriate use of pronouns is a topic frequently raised by transgender people, which leads to the experience of microaggression in different contexts of life, along with disrespect for their social name. One of the aspects discussed refers to institutional environments, especially in the health and safety sectors, where obstacles begin at the entrance, through security guards and the reception team, until the meeting with the professionals responsible for providing care. The lack of respect for pronouns and social names becomes an impediment to the inclusion of trans people in health systems (Kcomt *et al.*, 2020: 6).

Thus, health policies must understand these experiences to develop preventive actions against the perpetrators of such violence and produce subsidies to increase quality of life and health care since the erasure of people's needs and particularities makes access difficult and results in their withdrawal from health services (Jesus, 2013: 365-366). This dialog makes it possible to contribute to the understanding of microaggressions against

transgender people in the health field, which tend to create barriers to health access and bring reflections on service delivery from the perspective of the users themselves (Bogert *et al.*, 2023: 15).

To analyze this issue, the approach of studies on the relationship between violence and health is relevant, as it is a global agenda adopted by the World Health Organization (WHO), which defines violence as any act of verbal or physical violence, obstruction or threat of violence that interferes with the availability, access and delivery of curative and/or preventive and emergency health services. The types of attacks vary depending on the context and can range from violence with heavy weapons to psychosocial threats and intimidation (World Health Organization, 2022).

Within the scope of institutions and different environments in which transgender people are frequently present, a study (Almeida *et al.*, 2024: 128) focusing on nonbinary people identified systemic and environmental microaggressions, mainly with incorrect gender terminology and/or transphobia. The study suggested further development of microaggressions against trans people in the various sectors of goods and services and institutions.

Thus, the conceptual framework that supports this research is microaggressions, which are understood as subtle discriminations that encompass indirect discrimination, whether intentional or not, such as microaggressions and "everyday discrimination". They manifest themselves through speeches, gestures or actions against a marginalized group, reinforcing a power relationship through discrimination and prejudice (Nadal *et al.*, 2010: 238).

This article aims to analyze the experiences of microaggressions against transgender people — transsexual women, *travesti*, transsexual men, transmasculine and nonbinary — in the city of Manaus, Amazonas, Brazil. By portraying the microaggressions experienced by transgender people in the context of public and private health institutions, this study aims to contribute to the development of inclusive health care strategies that respect the individual in their entirety and identity in the face of explicit and veiled historically reproduced discrimination and violence.

II. Materials and methods

A. Context

This research is part of the project "Experiences of interpersonal interactions: microaggressions against transgender individuals". A qualitative study was conducted in the city of Manaus, capital of the state of Amazonas, in Brazil. Manaus is the second municipality in the northern region of Brazil to implement specific policies for transgender people. Although other Brazilian regions already have more consolidated services, in Manaus, the initiative only took place in 2017 (Neves and Sívori, 2024: 8-9). (Fig. 1)

Manaus, located in the Legal Amazon region, is characterized by the specificities and challenges of public health policies in the Amazon. The region, which encompasses nine states and 772 municipalities, is home to approximately 27.5 million people, including 400,000 indigenous people from 170 ethnicities. This area faces a significant shortage of public services and infrastructure challenges, particularly in the communications and

transport sectors. The socioenvironmental diversity of the Amazon is marked by the simultaneous existence of modern urban metropolises and traditional communities dispersed in rural and difficult-to-access regions. The disparity in the region's social, economic and health indicators reflects rapid population and economic growth, coexisting with a highly unequal income distribution and adverse living conditions for most of its inhabitants. The region is dominated by an economic model focused on the intensive exploitation of natural resources, often illegally (Garnelo, 2019: 1). Given its strategic location and the unique challenges faced by its population, Manaus represents a valuable setting for investigating inclusive health policies, contributing to a deeper understanding of health needs in highly diverse and challenging contexts such as the Legal Amazon.

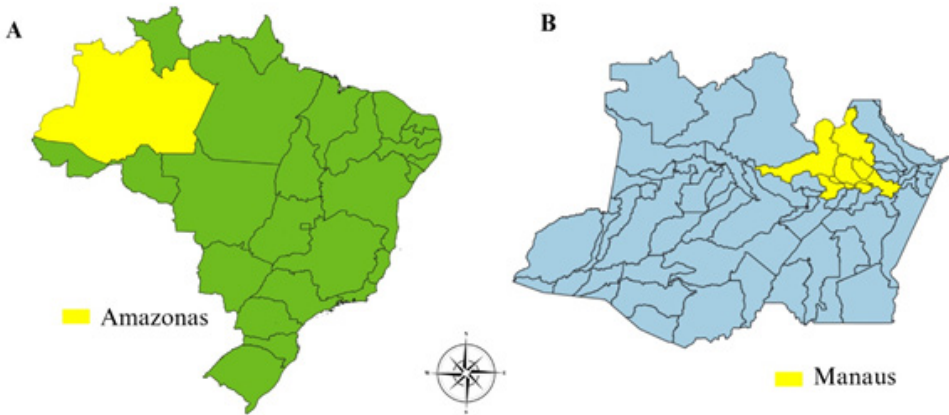


Figure 1. – Location of the state of Amazonas in Brazil (A) and the municipality of Manaus in the state (B). Created by BioRender.com. The maps were created using QGIS Desktop version 3.26 software based on map bases available at <https://www.ibge.gov.br/> (Access: 05/07/2024).

B. Design and Participants

A purposive sampling method was used until data saturation was reached, closing the sample when new information became repetitive rather than revealing new differences (Fontanella *et al.*, 2008: 23). There were three main entries in the research field to capture research participants: 1) the Sexual and Gender Diversity Clinic, linked to the Unified Health System (SUS-Brazil), an outpatient clinic that is the specific public service that carries out the transsexualization process of transgender people in Amazonas; and 2) the Association of Travesti, Transsexuals and Transgenders of the State of Amazonas (ASSOTRAM-Brasil), a social and political movement of transgender people in the state of Amazonas. Additionally, participants were recruited from settings dedicated to health services or political activism. Participants were also recruited through 3) Snowball Technique (Vinuto, 2014), a nonprobabilistic sampling method where people selected for the study could invite new participants from their network of friends and acquaintances.

Table 1 outlines the sociodemographic profile of the participants, their pseudonyms and characteristics of the participants, including their gender, age, preferred pronouns, level of education, occupation, and marital status.

Table 1. - Profile of participants.

Name	Gender	Age	Prono-uns	Ethnicity	Education	Occupation	Marital Status
Lenora	Trans Woman	27	All	<i>Parda</i>	Incomplete Higher	Unemployed	Single
Skyla	Trans Woman	29	She/Her	Indigenous	Education High School	Community Educator	Single
Alder	Non Binary	23	He/Him	White	Higher Education	Researcher	Single
Bryce	Trans Man	21	He/Him	<i>Pardo</i>	High School Incomplete	Unemployed	Single
Cilan	Trans-masculine	23	He/Him	White	Higher Education	Student	Single
Elesa	Trans Woman	49	She/Her	White	Higher Education	Businesswo-man	Divorced
Burgh	Trans Man	21	He/Him	Black	Incomplete Higher Educ.	Student	Single
Shauntal	Trans Woman	33	She/Her	Indigenous	Incomplete High School	Hairdresser	Single
Marlon	Trans Man	18	He/Him	White	Incomplete High School	Student	Single
Caitlin	Travesti	21	She/Her	White	Incomplete Higher Educ.	Student	Single
Clay	Non Binary	20	All	White	Incomplete Higher Educ.	Student	Single
Rosa	Trans Woman	19	She/Her	Black	Incomplete Higher Educ.	Student	Single
Hilbert	Trans Man	31	He/Him	Black	High School	Unemployed	Single
Nathan	Trans Man	23	He/Him	<i>Pardo</i>	Incomplete Higher	Student	Single
Hilda	Trans Woman	42	She/Her	<i>Parda</i>	Education Higher Educ.	Maid	Single

Source: Own elaboration.

Participants were defined based on self-identification as a gender different from that assigned at birth, specifically as trans men or women, *travesti* and nonbinary people. All participants were 18 years of age or older and had experienced some form of microaggression at some point in their lives. Their ethnicity was self-defined. As a methodological exclusion criterion, the condition of severe psychological distress was defined, as in cases of psychotic conditions, due to the greater risks that the interview could represent, which could generate triggers and situations of lack of control.

For context, "*travesti*" is a transgender identity, aligned with femininity, common in Latin America, with a strong emphasis on self-affirmation and resilience. "Pardo" is an ethnicity mainly used in Brazil for people who identify as mixed-race.

C. Data collection

Face-to-face interviews, each lasting from thirty minutes to one hour and ten minutes, were conducted at the outpatient clinic itself or at the Psychosocial Care Space (EPSICO/UEA-Brazil). Interviewers trained and experienced in qualitative interview techniques ensured an environment conducive to open discussions. With the consent of the participants, all interviews were audio recorded, transcribed in full, anonymized and stored for confidentiality purposes.

The interviews were guided by a semistructured script with the following guiding questions: introductory questions focused on the participant's basic information; questions about the experience of possible microaggressions in different environments; and questions about perceptions about microaggressions and possible solutions. The recordings were stored in the cloud, with access restricted to the Center for Psychosocial Studies on Human Rights and Health (NEPDS-Brazil) research group. The recorded material was transcribed in full, and people's names were coded so that other researchers would not have access to the participants' identities.

D. Data analysis

To ensure the accuracy of the transcriptions, the primary researcher checked and reviewed each Portuguese transcript with the original audio recordings. The transcripts were then translated into English by the same researcher. Braun and Clarke's thematic analysis methodology was used for qualitative data processing. Initial codes were developed inductively by the primary researcher and continuously refined during the analysis of each transcript by the research team (Braun and Clarke, 2006). For coding, a table was created where the themes that emerged in the initial coding were inserted, separating the codes into different colors. Repetitive codes were grouped into main codes, and all codes were then analyzed and broadly categorized into subsequent themes. Each theme was reviewed and refined to ensure that it presented a coherent pattern and was supported by the coded data.

After coding and thematic analysis, all subthemes were classified as themes based on experiences of microaggressions, determined by their alignment with scientific discourse on violence and health and the conceptual framework of microaggression.

E. Ethical Aspects of Research

This research was approved by the Ethics and Research Committee with Human Beings of the State University of Amazonas, which issued a favorable opinion to carry out the

study under CAEE opinion 12401219.9.0000.5016, as governed by Brazilian resolutions of the National Health Council - Resolution no. 466/2012. Fictitious names have been assigned to all participants in the study.

III. Results

The study included 15 transgender participants, the majority of whom were trans women (40%), aged between 18-30 years (73%), white (40%), had incomplete higher education (47%) and were students/researchers (53%), as seen in **Table 2**, with percentages of the participants' characteristics.

Table 2. – Sociodemographic Characteristics Summary.

Items	Group	N (%)
Age	18 – 30	11 (73%)
	> 30	4 (27%)
Gender	Trans Woman	6 (40%)
	Trans Man	5 (33%)
	Travesti	1 (7%)
	Transmasculine	1 (7%)
	Non Binary	2 (13%)
Pronoun	All	2 (13%)
	He/Him	7 (47%)
	She/Her	6 (40%)
Ethnicity	<i>Pardo</i>	4 (27%)
	Indigenous	2 (13%)
	White	6 (40%)
	Black	3 (20%)
Education	Incomplete High School	2 (13%)
	High School	3 (20%)
	Incomplete Higher Education	7 (47%)
	Higher Education	3 (20%)
Occupation	Unemployed	3 (20%)
	Community Educator	1 (7%)
	Student/Researcher	8 (53%)
	Self-employed worker	1 (7%)
	Salaried	2 (13%)
		14 (93%)
Marital Status	Single	1 (7%)
	Divorced	

Source: Own elaboration.

Four themes were identified: 1. Denial of transgender identity by health professionals; 2. Incorrect use of pronouns/social names; 3. Behaviors of disapproval of the transgender experience; and 4. Implications for health care to combat microaggressions from the perspective of transgender people. The following sections presents the main themes that express the experiences of microaggressions in public and private health services against the transgender people who participated in the study.

A. Denial of transgender identity by health professionals

The denial of transgender identity implies not recognizing how this individual perceives themselves or the inappropriate use of language. This factor makes any type of bond impossible, resulting in the maintenance of the invisibility of transgender identities. As we can see in the following excerpt:

"[...] due to her [the psychologist] religion, for some reason, she couldn't work on it. When I told her, she said "No, you're not Lenora, you're a person". (Lenora, trans woman, parda)

This speech, narrated by the interlocutor, refers to the experience of denial of this trans woman's identity through the health professional's religious identification, which makes subjective issues and professional support impossible. In this way, it is understood that the patient is disqualified and not welcomed.

It can be understood that this same statement refers to the idea of denying any understanding that the person has of themselves. In these spaces where there should be support, acceptance and care for mental health, their subjectivities are denied. It is observed here that health professionals often reduce transgender identities. These factors result in the refusal of care. The following statement exemplifies the lack of welcoming and the denial of care by health professionals:

"[...] but other cases with other girls [making references to other transgender people], they make a fuss to see if they can be heard, because travesti are not heard in health-care. When it's a travesti, 'Oh, I don't want to help' or 'Oh, she doesn't need it', then they just give her a prescription, so there's no welcoming" (Skyla, trans woman, indigenous).

Other situations refer to the embarrassment that trans people experience when explaining their identity:

"[...] for example, when I go to collect blood for tests, the nurse always looks at me with doubt, you know? 'Is this truly the person with that name? Is that truly you?' You have to explain the whole situation [That it's a transgender person], you end up feeling a little embarrassed" (Alder, nonbinary, white).

These statements imply the social suffering experienced by people who seek care and access to healthcare, which is everyone's right. However, institutionalized and interpersonal issues in the healthcare sector reproduce precariousness regarding the citizenship of transgender people, which involves a public that is made invisible in regard to health.

B. Incorrect use of pronouns/social names

Even in the specific healthcare environment for caring for the trans population, there

is incorrect use of treatment pronouns when referring to trans users, causing embarrassment and violating their right to have their gender identity respected. This incorrect use of the treatment pronoun can be observed in the following report:

"They always got the pronouns wrong, and I was very stressed about it because we are there at the only trans clinic in the city, right? A space that should promote acceptance for trans people and yet the professionals... they do not... they do not insist on getting the pronoun right. If he is in doubt, he could ask the person; it will not offend, it avoids embarrassment" (Alder, nonbinary, white).

The participants' reports also express the difficulties faced by transgender people right at the entrance to healthcare environments when they need to identify themselves to access services. One of the participants portrays the embarrassment caused by the fact that his registered name is called out loud, instead of his social name, highlighting that this attitude attracts the attention of everyone present in this space:

"I use the health plan that does not support social names and, as if that was not enough, every time they call the name they call it from the giant record on the screen, in a voice speaking out loud, this causes a lot of embarrassment because everyone looks to see who is lifting. Then, when I enter the professional's office, the professional... he gets a little confused, he doesn't know exactly how to address me" (Alder, nonbinary, white).

The statement below highlights the frustration of explaining and correcting the professional without success, reporting the feeling that there is resistance on the part of professionals in accepting the correct use of their social name and, consequently, their gender identity.

"I had to correct it several times... Even though we have, you know, the social name, people do not... they do not accept it. We corrected it, and the person pretended they did not hear. Therefore, they keep calling the wrong pronoun (Bryce, trans man, pardo).

Despite advances in the legal framework in Brazil regarding the right to use one's social name and pronouns correctly in the Brazilian public health sector, there are still disrespectful practices causing the population to stay away, increasing vulnerability to illness and thus creating barriers to access to healthcare.

C. Disapproving behavior of the transgender experience

Behavioral reactions from health professionals often reveal prejudice against trans people. One participant described his visit to a primary health care unit (UBS), where he was received by a professional who expressed disbelief about the veracity of the document. This type of stigmatizing attitude occurs explicitly, as shown in the following report:

"I went to a UBS... Up until that point, the receptionist had only seen me wearing a mask, so she said, 'Ma'am, I can help you now.' She took my ID, but as soon as I spoke, she tried to force a situation she couldn't change, just because of my voice... She called her supervisor in the back and said, 'It's this document here, but I don't know if it is [really him]...' (...) It wasn't said explicitly to my face. But it was a veiled prejudice... it was surreal. (Shauntal, trans woman, indigenous)

Another recurring description was the feeling of discomfort when faced with reactions of disapproval of the transgender experience, whether explicit or subtle. The experiences portray exclusionary communication manifestations, with a perception of discrimination and stigma, according to the reports:

"And the other [receptionist] also asked, 'I'm sorry to ask you, but is that... is it to remove... the 'boobies?'" Then, I went...[speechless]". (Bryce, Transman, pardo)

"I think every day, you know, on the bus... on the street... Discomfort... People's eyes... Nobody looks at me, I do not know, they treat me masculine(..)" (Burgh, man trans, black)

In addition to the feeling of discomfort, the recurrent experience of micro insults and micro harassment, added to the need to prepare professionals who provide health care, can act as a potential barrier to seeking services:

"I believe that there should be the best training on how to deal with people for those people who are responsible for the administration part. Most of the problems are always with people who do not know how to care for a trans person or what type of treatment they need to receive. I feel like this is the biggest impediment, both for me and for other trans people who I see still complaining about the same points." (Alder, nonbinary, white)

In this way, repeated experiences of microaggressions, including rejection of identities that generate discomfort and disapproval, can worsen by constituting institutional barriers for people, further reinforcing their invisibility and removal from health care.

D. Implications for health care to combat microaggressions from the perspective of transgender people

When analyzing the reports, it is observed that care for transgender people needs to be reevaluated so that this care is provided from the perspective of comprehensiveness so as not to limit identities and constitute barriers to accessing health. Despite these obstacles, participants highlighted in their reports different ways of ensuring more inclusive healthcare, debating on the topic and knowing the laws and ordinances that support them to argue with those who are unaware and thus enable their rights to be guaranteed, as seen in the following excerpts:

"And I said that there is an ordinance, there is a law in which there is a need for any medical care, any public assistance" (Elesa, trans woman, white)

"Do you know that there is a decree that a person has the right to a social name within the SUS?", 'No', so I said, 'There is, you should research it" (Shauntal, trans woman, indigenous)

Furthermore, despite the struggles and the need to demarcate spaces in health services, it was reported that, generally, they seek care in specific places to meet their health needs and that this makes them feel validated, also acting as a welcoming point. The city even has a specialized medical care center for this population.

"At PAM [Specialized Medical Care Station], I no longer feel uncomfortable, thus far everyone has treated me well in the right way, and the PAM system has support for the social name, so despite everything they have access there." (Alder, nonbinary, white)

"I say it like this, I went to the PAM [Specialized Medical Care Center] not wanting to take hormones, [now] I'm going to take hormones, I have already done a series of tests" (Lenora, trans woman, parda)

"In fact, for the gynecological issue, I am choosing to speak to the professionals at the Specialized Medical Assistance Station (PAM) because they are prepared; in fact, I think they are the only people prepared for this here". (Alder, nonbinary, white)

Finally, although a National Ordinance has been in force for more than 10 years, it has re-defined and expanded the transsexualization process in the Unified Health System (SUS) in Brazil. The provision of integrated and biomedical services in the public sphere, such as hormonal treatments, plastic surgeries and others, does not yet seem to be able to meet the demand for the state's transgender population. This population often resorts to their own resources or unsafe procedures to benefit from the health service. According to the following report:

"[...] in São Paulo trans masculine people receive testosterone through the SUS and here we don't have that. In addition, these are prices that come out of our reality. It costs at least 200 reais for these medicines that we have to use more or less every 2 months or 3 months, so we can do this if we try and we can bring them here, but since it also does not just depend on one collective, it depends on other bureaucracies." (Alder, nonbinary, white)

It is possible to identify the need for networked services that strengthen identities and promote well-being at different levels of care. These networks, in addition to offering emotional and technical support, must provide a safe space to share experiences and strengthen care for the transgender population.

IV. Discussion

This study implies that microaggressions are deeply rooted in social interactions in healthcare environments. In line with the World Health Organization (WHO, 2022) definitions of violence in healthcare, our findings, specifically the denial of social names, negative treatment, difficulties in accepting trans bodies, and the unpreparedness of professionals, demonstrate how these actions violate rights and create barriers to accessing healthcare.

Microaggressions include practices of disrespect and discrimination, manifested through the inappropriate use of pronouns and failure to adopt the correct social name, as well as verbal, visual and physical harassment that undermines gender identity. These forms of symbolic and explicit violence not only harm the well-being of transgender people but also seriously compromise the quality and equity of health care.

Disrespect for the correct social name and pronouns is a common form of everyday microaggression faced by trans people. The social name is crucial to representing a person's true gender identity, and its denial not only invalidates this identity but also

causes deep emotional and psychological discomfort, often in spaces and by professionals who should ensure the health of these people. Inappropriate use of the correct pronouns, as well as the social name, such as calling a trans woman by the pronoun "he" or a trans man by the pronoun "she", demonstrates a lack of respect for the person's gender identity, affecting their self-esteem and creating barriers to receiving adequate health care. Incorrect use often does not occur through ignorance of the pronoun used but through the conscious use of the wrong pronoun, aiming to deny trans identity.

The difficulty for healthcare professionals to care for trans people with equity highlights the urgent need for specialized training and awareness raising. Many professionals are not prepared to fully understand the specific needs of this community, resulting in inadequate care and exacerbating the experiences of discrimination and marginalization faced by trans people.

A. Disrespect for social names and pronouns

The results indicate that microaggressions against trans people involve the incorrect use of their social name and treatment pronouns by health professionals, with implications for self-esteem and mental health and, above all, constitute attacks on identity. Consistent with our participants' reports on the distress caused by this invalidation, Binotto *et al.* (2023: 5) argues that respecting one's social name is a significant way of supporting the gender affirmation of trans people.

The name transcends personal experiences, singularities and individual values, playing a fundamental role in trans identity. The construction of the name is an active way for the individual to express themselves in relation to meanings, experiences, and affections, and because of these choices, it is possible to understand the symbolic aspect of the (re) signification of trans identity (Mota *et al.*, 2022: 5).

The correct use of the name means entering the different forms of human existence, as well as considering current legislation. A great deal of effort is still needed from public authorities so that trans people are increasingly included in social spaces. The adequacy of social names includes respecting plurality and validating the identity of trans people (Binotto *et al.*, 2023: 6).

The study of the impact and importance of the correct use of pronouns for trans people is an emerging field, with a limited amount of material available. However, existing research indicates that trans people's appropriate use of their chosen pronouns not only has a significant positive impact but also provides a sense of belonging and respect by validating their gender identity (Zimman, 2018: 180).

The discussion about the use of pronouns in debates about exclusion and inclusion has been a recently revived topic, not limited to discussions in the 21st century. Robinson and Elias (Molton *et al.*, 1978: 1034) reported that even when masculine pronouns were used in neutral contexts to refer to both men and women, few participants considered both genders equally, focusing predominantly on the male figure. Trans people, specifically nonbinary people, often do not feel represented by any of the traditional pronouns, which are linked to the gender binary, a concept that not all trans people identify with. This has led to the suggestion of pronouns that are not linked to established binary genders (Wayne, 2005: 86). In some situations, the use of a pronoun or even a noun can be

used to reinforce a gender imposition, varying depending on the social context in which the person is inserted.

It is evident that the citizenship of trans people is poorly addressed by the State, reflecting historical and inhumane patterns of marginalization. This factor compromises the recognition of names and gender identities, as it reinforces a historical factor of insufficient citizenship, which compromises the most vulnerable populations (Bento, 2014: 167).

Research by Russell *et al.* (2018: 505) points out that the use of social names in more contexts is associated with lower levels of depression, suicidal ideation and behavior. These rates, the results of a sample of 129 trans people, were lower when social names could be used, relating to the use of their chosen name and protective factors. To address the institutional barriers (such as electronic medical records calling out deadnames) reported by our participants, Sequeira *et al.* (2020) argued that the majority of transgender youth want the ability to document names and pronouns throughout the electronic health record system and that to better support this vulnerable group, health systems and electronic health records must allow for names and pronoun documentation. system-wide pronouns, even when the patient has not legally changed their name.

B. Lack of reception and unpreparedness of professionals

Our analysis revealed that health professionals, including the entire SUS multidisciplinary team, often face significant challenges when providing quality care to trans people due to discrimination manifested in the lack of respect for identity and social name (Rocon *et al.*, 2017: 528; Bonato *et al.*, 2021: 16). It is crucial to implement a continuous learning and training process for the entire team, ensuring that good service is not restricted to certain environments but is accessible in all public services. This is due to the excellent service offered in places specialized in trans demand, in contrast to other environments offering broader services, where microaggressions tend to occur more frequently.

The formation of support networks, which can include family support, romantic relationships, friendships and participation in organized groups, plays a crucial role in promoting health and consolidating the identity of trans people (Silva, 2018: 140; Cortes *et al.*, 2022: 113). These networks not only offer emotional and practical support but also provide a safe space to share experiences and strengthen self-confidence and self-acceptance within the trans community, including within healthcare spaces through, for example, therapeutic groups.

The perception of body change is one of the main factors that leads trans people to suffer microaggressions. These microaggressions can manifest themselves in a variety of ways, from avoidance, where people do not want to share the same spaces, to outright verbal disapproval. The trans body, a topic that will be covered in more detail in the next topic, is a constant source of concern for trans people, as it often does not fit into the predominant binary norm. Corroborating the discomfort and disapproval regarding trans bodies expressed by our interviewees, Tabaac *et al.* (2018: 14) note that the discrimination trans people face is closely linked to issues of anxiety, which can manifest itself in many ways, including the constant fear of being rejected or ridiculed by peers and teachers.

For people in the process of transition, attacks on body image are particularly devastating. Transition is a period of extreme vulnerability where an individual is struggling to

align their physical appearance with their gender identity. During this time, body image criticism or rejection can not only cause significant emotional distress but also undermine confidence and hinder transition progress. Additionally, the constant pressure to conform to social expectations and the continued experience of microaggressions can lead to more serious mental health problems, such as depression and anxiety disorders.

In addition, there are disparities in access to healthcare for vulnerable groups. LGBT people, who face discrimination in various contexts of their lives, also affect the way they experience their health issues (Cardoso and Ferro, 2012: 558). In particular, trans people encounter even more obstacles in accessing these services, where issues such as discrimination and lack of knowledge on the part of the healthcare team about trans identity prevent full access to the ideal service (Monteiro and Brigeiro, 2019: 4-6).

The difficulties faced by trans people are multidimensional barriers, with political, socioeconomic, organizational, technical and symbolic obstacles existing and a prevalence of technical barriers. It is recommended that the theme of gender and sexuality be included in health training since graduation, reinforcing it in residencies and specializations (Pereira and Chazan, 2019: 12-13). In this way, the trans body is immersed in complex semiotics that can either bring it closer or further away from an ideal of health. Body language, conformity or noncompliance with cisnormative standards, and the ability to access specific medical treatments, such as hormone therapy and gender-affirming surgeries, are all elements that influence this dynamic. The perception of health and well-being of trans people is, therefore, modulated by a series of symbols and meanings that can facilitate or hinder access to adequate and respectful health care (Rocon *et al.*, 2017).

C. Absence of the State in inclusive Social Policies

Social policies are scarce or inadequate, contributing to the perpetuation of inequalities and violence. In health, for example, adequate access to hormonal treatments and specific health services for gender transition is limited, which can lead to serious consequences for the physical and mental health of these individuals. Furthermore, gender-sensitive psychological and psychiatric assistance is often nonexistent or insufficient. Furthermore, the absence of protection policies against violence and discrimination puts the safety and physical integrity of trans people at risk, who face disproportionate levels of violence, including physical and verbal aggression, and who violates fundamental human rights principles.

An issue that makes it difficult for transgender people to have full access to healthcare is the fact that actions aimed at this population generally focus on preventing STIs, treating the LGBT acronym as a single identity, and ignoring other needs and services. However, this is not confirmed, as each group within the acronym has its own demands due to their different experiences (Aguião, 2016: 294).

In Brazil, health services aimed at trans people are being gradually implemented, especially in primary and secondary care, taking into account these specificities. Many of their demands are related to bodily changes, such as hormones, prosthetics and gender-affirming surgeries. However, trans people face major barriers when trying to access health services, whether due to discrimination in these environments or socioeconomic reasons, such as the unavailability of services close to their homes (Monteiro and Brigeiro, 2019: 6).

In their research, Tagliamento and Paiva (2016: 1563) noted that in specialized Brazilian health services, untrained service providers applied gender norms and stereotypes to trans people. As a result, the authors concluded that the promotion and protection of the right to health depend on cultural changes. This could include changes in the technical-scientific discourse on the transgender experience, aiming to depathologize and recognize gender fluidity.

In spaces that should offer support and mental health care, we observe disrespect regarding pronouns and social names, reducing transgender identities and erasing their individuality. A study by Freire *et al.* (2013: 479) promoted discussion about the limited right to health and access to health services experienced by transgender people. This can be justified by the cases of discrimination experienced by this group resulting from the inadequate reception of health professionals, as well as possible technological resources used.

Regarding health demands, attention to mental health is as necessary as physical care. A study from the United States carried out by Budge, Adelson and Howard, which analyzed 351 trans people and 226 trans women, revealed that 51.4% of trans women presented symptoms of depression, and 40.4% presented symptoms of anxiety, exceeding the values of the general population (Budge *et al.*, 2013).

In Brazil, a similar study was carried out by Chinazzo *et al.* (2021), who interviewed 378 trans people to understand the impact of minority stress on depressive symptoms, suicidal ideation, and suicide attempts. As a result, 67.2% of the participants presented depressive symptoms, 67.7% presented suicidal ideation, and 43.1% attempted suicide. In both studies, the lack of social and family support, in addition to passability⁵ issues, was highlighted as a fundamental factor justifying the high numbers of participants. Similar to the findings of Chinazzo *et al.* (2021), our participants also reported that these abandonments drastically affected their mental health.

It is also very common for trans people to look for different aesthetic resources, as it is fundamental to their well-being, mental health and social life. The use of biomedical resources to improve well-being, such as hormonal treatments and plastic surgeries, is extremely common. However, lacking state assistance, trans people end up financing these procedures themselves, often risking their health with unsafe, low-cost materials.

As it appears, there is the presence of policies aimed at this population, even if few and incomplete. Even so, it can be said that the existence of public policies does not guarantee adequate access for the trans population to health services, as this access is affected by several factors. Problems such as the lack of preparation of health professionals, the pathologization of the trans experience and, above all, the lack of reception are still frequent. On the other hand, building good relationships with health professionals is essential for promoting the health of this population (Oliveira and Romanini, 2020: 13).

V. Conclusion

This work analyzed the experiences of microaggressions experienced by transgender people—transsexual women, *travesti*, trans men, transmasculine and nonbinary—in Ma-

5 Term that describes the extent to which a person presents binary masculine or feminine characteristics, being socially read as a cis man or woman with ease.

naus. The perceptions allowed the discussion of several thematic axes, including the denial of transgender identity by health professionals, the incorrect use of the pronoun/social name, behaviors of disapproval of the transgender experience and implications for health care for coping with microaggressions from the perspective of transgender people.

Gender transition is a time of extreme vulnerability, and attacks on body image can cause significant emotional distress, undermining confidence and hindering transition progress. Inadequate social policies perpetuate inequalities and violence, and access to hormonal treatments and specific services for gender transition is limited, with serious consequences for physical and mental health.

Gender-sensitive psychological and psychiatric care is often insufficient, and the lack of policies to protect against violence and discrimination puts the safety of trans people at risk, who face disproportionate levels of violence. Despite the existence of some public policies, their impact is limited due to factors such as the lack of preparation of health professionals, the pathologization of the trans experience and the lack of acceptance.

Health policies need to be aware of these experiences to develop preventive actions and improve the quality of life and health care of these people, whose specific needs are often ignored, making access to health services difficult. We propose implementing or reinforcing mandatory training in primary health care units; adapting electronic medical records to include the chosen name; and decentralizing specialized care beyond the capital city. Implementing these strategies is essential for public health policies in hybrid zones like the Amazon, where vulnerabilities related to ethnicity, race, and geographic isolation intersect with gender identity, to effectively dismantle systemic transphobia and ensure equitable care.

References

- Brasil. Ministério da Saúde. (2013). *Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais* (1ª ed., Vol. 1). Ministério da Saúde.
- Rocon, P. C., Rodrigues, A., Zamboni, J., & Pedrini, M. D. (2016). Dificuldades vividas por pessoas trans no acesso ao Sistema Único de Saúde [Difficulties experienced by trans people in accessing the Unified Health System]. *Ciência & Saúde Coletiva*, 21(8), 2517–2526.
- Reis, P. S. de O., Neves, A. L. M. das, Therense, M., Honorato, E. J. S., & Teixeira, E. (2021). Veiled transphobia: Nurses-created meanings vis-à-vis the user embracement of transvestites and transgenders. *Revista de Pesquisa Cuidado é Fundamental Online*, 13, 80–85.
- Sa, P. T., Caputo, V. G., & Moraes, M. A. A. (2022). Percepção de pessoas transexuais sobre os atendimentos em serviços de saúde [Perception of transsexual people about care in health services]. *Revista Psicologia e Saúde*.
- Livingston, N. A., Berke, D. S., Ruben, M. A., Matza, A. R., & Shipherd, J. C. (2019). Experiences of trauma, discrimination, microaggressions, and minority stress among trauma-exposed LGBT veterans: Unexpected findings and unresolved service gaps. *Psychological Trauma: Theory, Research, Practice, and Policy*, 11(7), 695–703.
- Mitchell, L. A., Jacobs, C., & McEwen, A. (2023). (In)visibility of LGBTQIA+ people and re-

relationships in healthcare: A scoping review. *Patient Education and Counseling*, 114, Artigo 107828.

- Kcomt, L., Gorey, K. M., Barrett, B. J., & McCabe, S. E. (2020). Healthcare avoidance due to anticipated discrimination among transgender people: A call to create trans-affirmative environments. *SSM - Population Health*, 11, Artigo 100608.
- Jesus, J. G. (2013). O conceito de heterocentrismo: Um conjunto de crenças enviesadas e sua permanência [The concept of heterocentrism: A set of biased beliefs and its permanence]. *Psico-USF*, 18(3), 363–372.
- Borgert, V., Stefanello, S., Signorelli, M. C., & Santos, D. V. D. (2023). "A gente só quer ser atendida com profissionalismo": Experiências de pessoas trans sobre atendimentos de saúde em Curitiba-PR, Brasil ["We just want to be treated with professionalism": Experiences of trans people about health care in Curitiba-PR, Brazil]. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, 33, Artigo e33033.
- World Health Organization. (2022). *Stopping attacks on health care*. <https://www.who.int/activities/stopping-attacks-on-health-care>
- Almeida, G. P. L., Neves, A. L. M., & Dantas, D. S. (2024). Experiências de microagressões contra a identidade não-binária [Experiences of microaggressions against non-binary identity]. *Periodicus*, 1(20), 121–124.
- Nadal, K. L., Rivera, D. P., & Corpus, M. J. H. (2010). Sexual orientation and transgender microaggressions: Implications for mental health and counseling. In D. W. Sue (Ed.), *Microaggressions and marginality: Manifestation, dynamics, and impact* (pp. 217–240). John Wiley & Sons, Inc.
- Neves, A. L. M. das, & Sívori, H. F. (2024). Ação política em saúde de pessoas trans em Manaus, Amazonas, Brasil [Health political action of trans people in Manaus, Amazonas, Brazil]. *Ciência & Saúde Coletiva*, 29(1), Artigo e00642023.
- Garnelo, L. (2019). Especificidades e desafios das políticas públicas de saúde na Amazônia [Specificities and challenges of public health policies in the Amazon]. *Cadernos de Saúde Pública*, 35(12), Artigo e00220519.
- Fontanella, B. J. B., Ricas, J., & Turato, E. R. (2008). Amostragem por saturação em pesquisas qualitativas em saúde: Contribuições teóricas [Saturation sampling in qualitative health research: Theoretical contributions]. *Cadernos de Saúde Pública*, 24(1), 17–27.
- Vinuto, J. (2014). A amostragem em bola de neve na pesquisa qualitativa: Um debate em aberto [Snowball sampling in qualitative research: An open debate]. *Temáticas*, 22(44), 203–220.
- Braun, V., & Clarke, V. (2006). Usando análise temática em psicologia [Using thematic analysis in psychology]. *Qualitative Research in Psychology*, 3(2), 77–101.
- Binotto, F. S., Brum, V. M., Silva, L. A., Unfer, B., & Torres, L. H. N. (2023). Construção do nome social de pessoas trans e aspectos relacionados em um município de porte médio do Sul do Brasil [Construction of the social name of trans people and related aspects in a medium-sized city in Southern Brazil]. *Ciência & Saúde Coletiva*, 29(2).
- Mota, M., Santana, A. D. S., Silva, L. R., & Melo, L. P. (2022). "Clara, esta sou eu!" Nome, acesso à saúde e sofrimento social entre pessoas transgênero ["Clara, this is me!" Name, access to health and social suffering among transgender people]. *Interface - Comunicação, Saúde, Educação*, 26, Artigo e210515.
- Zimman, L. (2018). Pronouns and possibilities: Transgender language activism and reform. In *Language and social justice in practice* (pp. 176–183). Routledge.
- Molton, J., Robinson, G. M., & Elias, C. (1978). Sex bias in language use: "Neutral" pronouns that are not. *American Psychologist*, 33(11), 1032–1036.
- Wayne, L. D. (2005). Neutral pronouns: A modest proposal whose time has come. *Can-*

dian Woman Studies, 24(2-3).

- Bento, B. (2014). Nome social para pessoas trans: Cidadania precária e gambiarra legal [Social name for trans people: Precarious citizenship and legal "workaround"]. *Contemporânea - Revista de Sociologia da UFSCar*, 4(1), 165–182.
- Russell, S. T., Pollitt, A. M., Li, G., & Grossman, A. H. (2018). Chosen name use is linked to reduced depressive symptoms, suicidal ideation, and suicidal behavior among transgender youth. *Journal of Adolescent Health*, 63(4), 503–505.
- Sequeira, G. M., Kidd, K., Coulter, R. W., Miller, E., Garofalo, R., & Ray, K. N. (2020). Affirming transgender youths' names and pronouns in the electronic medical record. *JAMA Pediatrics*, 174(5), 501–503.
- Rocon, P. C., Zamboni, J., Sodré, F., Rodrigues, A., & Roseiro, M. C. F. B. (2017). (Trans) formações corporais: Reflexões sobre saúde e beleza [(Trans) corporal formations: Reflections on health and beauty]. *Saúde e Sociedade*, 26(2), 521–532.
- Bonato, F. R. C., Mussi, A., Valentini, T., Nunes, T. N., Assunção, T. F. A., & Tagliamento, G. (2021). Estarão as (os/es) profissionais da psicologia preparadas (os/es) para o atendimento de pessoas trans? [Are psychology professionals prepared to care for trans people?]. *Revista Brasileira da Educação Profissional e Tecnológica*, 2(21), Artigo e13170.
- Silva, M. F. (2018). *Trajetórias trans: Apoio social e relações afetivo-sexuais de transexuais* [Trans trajectories: Social support and affective-sexual relations of transsexuals] (Tese de Doutorado). Universidade de São Paulo.
- Cortes, H. M., Araújo, L. M. P., & Pinho, P. H. (2022). Grupo de apoio psicossocial a pessoas trans na pandemia: Uma experiência de ajuda mútua [Psychosocial support group for trans people in the pandemic: A mutual aid experience]. *Revista Extensão*, 22(1), 108–114.
- Tabaac, A., Perrin, P. B., & Benotsch, E. G. (2018). Discrimination, mental health, and body image among transgender and gender-nonbinary individuals: Constructing a multiple mediational path model. *Journal of Gay & Lesbian Social Services*, 30(1), 1–16.
- Cardoso, M. R., & Ferro, L. F. (2012). Saúde e população LGBT: Demandas e especificidades em questão [Health and LGBT population: Demands and specificities in question]. *Psicologia: Ciência e Profissão*, 32(3), 552–563.
- Monteiro, S., & Brigeiro, M. (2019). Experiências de acesso de mulheres trans/travestis aos serviços de saúde: Avanços, limites e tensões [Experiences of access by trans women/travestis to health services: Advances, limits and tensions]. *Cadernos de Saúde Pública*, 35(4), Artigo e00111318.
- Pereira, L. B. C., & Chazan, A. C. S. (2019). O acesso das pessoas transexuais e travestis à Atenção Primária à Saúde: Uma revisão integrativa [The access of transsexual and travesti people to Primary Health Care: An integrative review]. *Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade*, 14(41), Artigo 1795.
- Aguião, S. (2016). "Não somos um simples conjunto de letrinhas": Disputas internas e (re) arranjos da política "LGBT" ["We are not a simple set of letters": Internal disputes and (re)arrangements of "LGBT" policy]. *Cadernos Pagu*, (46), 279–310.
- Tagliamento, G., & Paiva, V. (2016). Trans-specific health care: Challenges in the context of new policies for transgender people. *Journal of Homosexuality*, 63(11), 1556–1572.
- Freire, E. C., Araujo, F. C. A., Souza, A. C., & Marques, D. (2013). A clínica em movimento na saúde de TTTS: Caminho para materialização do SUS entre travestis, transexuais e transgêneros [Clinic in movement in TTTS health: Path to materialization of SUS among travestis, transsexuals and transgenders]. *Saúde em Debate*, 37(98), 447–484.
- Budge, S. L., Adelson, J. L., & Howard, K. A. S. (2013). Anxiety and depression in transgender individuals: The roles of transition status, loss, social support, and coping. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 81(3), 545–556.

- Chinazzo, Í. R., Lobato, M. I. R., Nardi, H. C., Koller, S. H., Saadeh, A., & Costa, A. B. (2021). Impacto do estresse de minoria em sintomas depressivos, ideação suicida e tentativa de suicídio em pessoas trans [Impact of minority stress on depressive symptoms, suicidal ideation, and suicide attempts in trans people]. *Ciência & Saúde Coletiva*, 26(10), 5045–5056.
- Oliveira, I., & Romanini, M. (2020). (Re)escrevendo roteiros (in)visíveis: A trajetória de mulheres transgênero nas políticas públicas de saúde [(Re)writing (in)visible scripts: The trajectory of transgender women in public health policies]. *Saúde e Sociedade*, 29(1), Artigo e170961.

Gênero, migração e deficiência na união europeia: a (in)efetivação do direito humano à saúde das mulheres migrantes com deficiência sob a matriz biopolítica do direito fraterno

Gender, migration and disability in the european union: the (in)effectiveness of the human right to health for migrant women with disabilities under the biopolitical matrix of fraternal law

Género, migración y discapacidad en la Unión Europea: la (in)eficacia del derecho humano a la salud para las mujeres migrantes con discapacidad bajo la matriz biopolítica del derecho fraterno

Gabrielle Scola Dutra¹; Janaína Machado Sturza²; Ariély Domingos³

1 Pós-Doutorado em Direito pela UNIRITTER (Brasil). Doutora em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI. Professora e pesquisadora na Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, lecionando na graduação em Direito e no Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito – Mestrado e Doutorado (PPGD UNESC). Líder do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos, Diversidade e Inclusão na Era das Migrações”, cadastrado no CNPq e vinculado ao PPGD UNESC. Membro do Comitê Gestor do Observatório Latino-americano de Direitos Humanos Professor Antônio Carlos Wolkmer (OLADH – PPGD UNESC). Membro do grupo de pesquisa: “Biopolítica e Direitos Humanos”, cadastrado no CNPq e vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos, Mestrado e Doutorado da UNIJUI. Advogada. E-mail: gabriellescoladutra@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2688-8429>

2 Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre – Itália, com estágio pós-doutoral em Direito na Universidade Tor Vergata – Itália (2024) e na UNISINOS (2016). Mestre em Direito e Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas pela UNISC. Professora e Pesquisadora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI, lecionando na Graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado. Integrante da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). Pesquisadora Gaúcha FAPERGS – Edital N° 09/2023 (2024 – 2027). E-mail: janasturza@hotmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9290-1380>

3 Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC (Área de concentração: Direitos Humanos e Sociedade, Linha de Pesquisa I: Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos), sob orientação da Professora Doutora Gabrielle Scola Dutra. Membro do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos, Diversidade e Inclusão na Era das Migrações”, cadastrado no CNPq e vinculado ao PPGD UNESC. Advogada. e-mail: domingos.ariely@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-1051-4504>

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2026\)06](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2026)06)

Fecha de recepción: 04.03.2026

Fecha de aceptación: 05.05.2026

RESUMO:

O artigo discute as categorias de gênero, migração e deficiência no locus da União Europeia. O objetivo é produzir uma intersecção crítica entre gênero, migração e deficiência por intermédio de uma análise a respeito da (in)efetivação do direito humano à saúde das mulheres migrantes com deficiência no contexto da União Europeia sob a matriz biopolítica da Teoria do Direito Fraterno, desenvolvida pelo jurista italiano Eligio Resta. Foi empregado o método dedutivo, instruído por uma análise bibliográfica e documental. Sob a perspectiva do Direito Fraterno, questiona-se: como as políticas migratórias e de saúde da União Europeia, estruturadas pela lógica biopolítica, produzem a (in)efetivação do direito humano à saúde das mulheres migrantes com deficiência? Constata-se que as políticas migratórias e de saúde da União Europeia transformam o direito humano à saúde das mulheres migrantes com deficiência em mecanismo biopolítico de gestão da vida, uma aversão aos pressupostos do Direito Fraterno.

RESUMEN:

El artículo analiza las categorías de género, migración y discapacidad en el ámbito de la Unión Europea. El objetivo es producir una intersección crítica entre género, migración y discapacidad mediante un análisis sobre la (in)efectividad del derecho humano a la salud de las mujeres migrantes con discapacidad en el contexto de la Unión Europea, bajo la matriz biopolítica de la Teoría del Derecho Fraterno, desarrollada por el jurista italiano Eligio Resta.

Se empleó el método deductivo, sustentado en una revisión bibliográfica y documental. Desde la perspectiva del Derecho Fraterno, se plantea la siguiente pregunta: ¿cómo las políticas migratorias y de salud de la Unión Europea, estructuradas por la lógica biopolítica, producen la (in)efectividad del derecho humano a la salud de las mujeres migrantes con discapacidad?

Se constata que las políticas migratorias y de salud de la Unión Europea transforman el derecho humano a la salud de las mujeres migrantes con discapacidad en un mecanismo biopolítico de gestión de la vida, en contraposición a los presupuestos del Derecho Fraterno.

ABSTRACT

This article discusses the categories of gender, migration, and disability within the context of the European Union. The aim is to produce a critical intersection between gender, migration, and disability through an analysis of the (non-)realization of the human right to health for migrant women with disabilities in the European Union context, under the biopolitical framework of the Theory of Fraternal Law, developed by the Italian jurist Eligio Resta. The deductive method was employed, guided by bibliographic and documentary analysis. From the perspective of Fraternal Law, the question posed is: how do the migration and health policies of the European Union, structured by biopolitical logic, produce the (non-)realization of the human right to health for migrant women with disabilities? It is found that the migration and health policies of the European Union transform the human right to health of migrant women with disabilities into a biopolitical mechanism for managing life, an aversion to the assumptions of Fraternal Law.

PALAVRAS-CHAVE: Deficiência; Direito Humano à Saúde; Gênero; Migração; Mulheres Migrantes.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; Derecho humano a la salud; Género; Migración; Mujeres migrantes.

KEY WORDS: Disability; Human Right to Health; Gender; Migration; Migrant Women.

1. Introdução

Sabe-se que as migrações transnacionais personificam-se em um terreno fértil para vislumbrar como as formas contemporâneas de governamentalidade biopolítica repercutem na vida e na mobilidade humana do “ser migrante”. Assim, os regimes migratórios tanto regulam fluxos populacionais no cerne das dinâmicas de deslocamentos, quanto operam como dispositivos biopolíticos sofisticados que fabricam categorias jurídicas instáveis, tais como: o migrante “irregular” e “ilegal”, o solicitante de refúgio e o refugiado “condicional”, o migrante econômico “desejável e “indesejável”, o migrante “suspeito” e a “ameaça”, o “deportável”, entre outras. Tais categorias funcionam para modular graus diferenciados da operacionalização de uma biopolítica de fronteira através da atuação de regimes jurídicos de exceção, tecnologias de vigilância e saberes técnico-administrativos que (re)produzem classificações diferenciais de vidas migrantes. Sob o crivo do neoliberalismo, os direitos humanos deixam de funcionar como garantias universais e passam a ser administrados de maneira condicional, seletiva e frequentemente suspensiva, reduzidos biopoliticamente, a imperativos de segurança, produtividade e controle demográfico.

A biopolítica da fronteira inscreve-se no corpo do “ser migrante” antes de se inscrever no mapa. Ela respira na fila que não anda, no documento que promete passagem e entrega suspensão, no olhar treinado para distinguir quem pode viver depressa de quem deve aprender a esperar. A fronteira não corta apenas territórios: ela administra pulsos, regula fôlegos, distribui cansaços. Faz da vida um cálculo e da travessia uma prova moral, onde alguns corpos são acolhidos como investimento e outros mantidos em estado de sobrevivência prolongada, vivos o suficiente para trabalhar, vulneráveis o bastante para não perceber. Sob a codificação da segurança e da fraternidade, a fronteira cultiva uma violência silenciosa, uma morte que não explode, mas se estende (lenta, burocrática e cotidiana) enquanto decide, com precisão quase invisível, quais existências merecem proteção e quais podem desaparecer sem ruído. Logo, a fronteira transforma-se em um espaço de exceção normalizada, no qual a vida migrante é simultaneamente objeto de proteção discursiva e alvo de práticas generalizadas de contenção, exposição e abandono.

As migrações transnacionais escancaram a constituição de uma economia política da mobilidade humana, na qual a carga valorativa da vida é continuamente calculada, negociada e hierarquizada. Por isso, a governamentalidade migratória, numa dimensão transnacional, articula um arsenal de tecnologias jurídicas, estatísticas e biométricas para promover a gestão biopolítica das populações em mobilidade, à medida que delineiam a figura do migrante em consonância com as necessidades do mercado global. Entretanto, essa mesma condição biopolítica arquiteta formas complexas de resistência e reapropriação de direitos humanos, que não se limitam à demanda por reconhecimento estatal, mas produzem práticas transnacionais de fraternidade e reivindicação política. Nesse panorama, a União Europeia não apenas adota, mas encarna a lógica da Europa Fortaleza como forma histórica de racionalização biopolítica do espaço político

européu, materializada na densificação das fronteiras externas, na externalização dos dispositivos de contenção para países terceiros e na institucionalização de tecnologias de rastreamento, triagem e classificação de “estrangeiros”.

A biopolítica europeia inaugura zonas de abjeção e indistinção entre proteção e abandono, nas quais o migrante é governado como população estatística e como vida potencialmente descartável, revelando uma racionalidade enrijecida que desloca a soberania do gesto excepcional da exclusão para a administração contínua da exposição diferencial à vulnerabilidade, à detenção e à morte. A fronteira irrompe como uma cena de linguagem e poder, um gesto performativo que não se limita a conter corpos em movimento, mas que inscreve, no próprio limiar do território, os regimes do (in)visível e do (ir)reconhecível. É ali que se decide quais vidas podem ser nomeadas, choradas e amparadas, quais merecem proteção e inscrição jurídica, e quais são lançadas à opacidade, condenadas a uma exposição contínua à violência normalizada e ao abandono socialmente autorizado.

Sob as lentes de gênero, a fronteira configura-se como um dispositivo contínuo de produção da vulnerabilidade, cuja operação excede o instante do cruzamento territorial e se estende aos antes, durante e depois do movimento migratório, incidindo de modo particularmente violento sobre as mulheres migrantes. Seus corpos são governados por regimes biopolíticos de gestão da vida, desde a violência doméstica, sexual e econômica nos contextos de origem, passando pela exposição à exploração, ao tráfico e à violência sexualizada nas rotas migratórias, até a precarização jurídica, laboral e reprodutiva nos países de destino. Nessa conjuntura hostil, a biopolítica da fronteira converte a experiência migratória feminina das mulheres migrantes em uma trajetória marcada pela normalização do abuso e pela suspensão reiterada de direitos humanos, ao mesmo tempo em que invisibiliza essas violências sob discursos securitários, humanitários ou assistenciais que raramente reconhecem as mulheres migrantes como sujeitos plenos de proteção.

A articulação simbiótica entre gênero, migração e deficiência, no espaço europeu, revela que as políticas migratórias europeias, incorporam racionalidades capacitistas e patriarcais, e tendem a enquadrar as mulheres migrantes com deficiência ora como corpos improdutivos e onerosos aos sistemas de proteção social, ora como sujeitos passivos de cuidado, destituídos de agência política e autonomia moral, o que legitima práticas de contenção, segregação institucional e negligência que repercute na desproteção dos direitos humanos, com ênfase para o direito humano à saúde. A deficiência não apenas intensifica os riscos associados à mobilidade forçada, tais como: violência sexual, exploração econômica, medicalização coercitiva e dependência forçada, mas redefine os próprios critérios de inteligibilidade do sofrimento, restringindo o reconhecimento de violações de direitos humanos a parâmetros normativos que excluem experiências corporais e cognitivas dissidentes.

A temática da presente pesquisa discute as categorias de gênero, migração e deficiência no locus da União Europeia. O objetivo geral da investigação é produzir uma intersecção crítica entre gênero, migração e deficiência por intermédio de uma análise a respeito da (in)efetivação do direito humano à saúde das mulheres migrantes com deficiência no contexto da União Europeia sob a matriz biopolítica da Fraternidade. Num primeiro momento, analisam-se dados qualitativos e/ou quantitativos sobre as mulheres migrantes com deficiência na União Europeia, com ênfase para as vulnerabilidades a partir das dimensões interseccionais de gênero, migração e deficiência. Por último, identifica-se e estuda-se os obstáculos que dificultam a efetivação do direito humano à saúde das mulheres migrantes com deficiência na União Europeia.

No âmbito metodológico, a presente investigação adota o método dedutivo como eixo estruturante da análise, partindo de referenciais teóricos gerais acerca das interseções entre gênero, migração, deficiência e direitos humanos para, posteriormente, examinar a realidade específica das mulheres migrantes com deficiência no contexto da União Europeia. A pesquisa possui natureza qualitativa, exploratória e analítico-descritiva, sendo desenvolvida por meio de revisão bibliográfica e análise documental, com o propósito de compreender as dinâmicas de vulnerabilização e os limites da efetivação do direito humano à saúde desse grupo social em situação de mobilidade humana. No primeiro tópico do artigo, intitulado “Simbioses entre gênero, migração e deficiência: uma análise das mulheres migrantes com deficiência no contexto da União Europeia”, realizou-se uma investigação teórico-conceitual fundamentada em produções acadêmicas nacionais e internacionais voltadas às categorias de interseccionalidade, vulnerabilidade e mobilidade humana, buscando evidenciar como os marcadores sociais da diferença operam na intensificação de processos de exclusão social, institucional e normativa. No segundo tópico, denominado “A complexa (in)efetivação do direito humano à saúde das mulheres migrantes com deficiência: contribuições biopolíticas do direito fraterno no locus da União Europeia”, procedeu-se à análise crítica da efetivação do direito humano à saúde a partir das contribuições teóricas da biopolítica e do direito fraterno, examinando os mecanismos institucionais europeus de proteção, reconhecimento e inclusão.

Para tanto, foram analisados documentos normativos, relatórios institucionais e bases de dados produzidos por organismos internacionais e entidades europeias, dentre os quais se destacam: Conselho da União Europeia, no documento “Deficiência na UE: fatos e números” (2025); European Commission, no relatório “Persons with disabilities” (2026); Migration Data Portal, nos estudos “Disability and human mobility” (2023) e “Visible in advocacy but missing in data: Migrants and persons with disabilities” (2022); bem como a Organização das Nações Unidas, por meio da “Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência” (2016); Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000); Regulamento de Dublin III (Regulamento UE n.º 604/2013); Pacto Europeu sobre Migração e Asilo, aprovada em 2024. A análise documental permitiu identificar insuficiências estatísticas, invisibilidades institucionais e assimetrias normativo-políticas que impactam diretamente o acesso à saúde e à dignidade das mulheres migrantes com deficiência, possibilitando uma abordagem crítica acerca das limitações e potencialidades dos mecanismos de proteção no espaço europeu.

A base teórica escolhida para arquitetar a fundamentação da pesquisa é de matriz biopolítica a partir da Teoria do Direito Fraterno, desenvolvida pelo jurista italiano Eligio Resta na década de 90 e materializada na obra *Il Diritto Fraterno*. A fraternidade, resgatada das masmorras das grandes revoluções, resplandece no cenário social na tentativa de construir um projeto comum compartilhado para e pela humanidade enquanto espaço onde a diversidade humana pode desabrochar e flertar com a inclusão universal. A fraternidade converte-se em mecanismo biopolítico por excelência, acontecimento que promete desvelar os grandes paradoxos contidos no cerne dos Direitos Humanos enquanto promessa do (ir)realizável. Logo, sob a perspectiva do Direito Fraterno, questiona-se: como as políticas migratórias e de saúde da União Europeia, estruturadas pela lógica biopolítica, produzem a (in)efetivação do direito humano à saúde das mulheres migrantes com deficiência? Parte-se da hipótese de que as políticas migratórias e de saúde da União Europeia transformam o direito humano à saúde das mulheres migrantes com deficiência em mecanismo biopolítico de gestão da vida, uma aversão aos pressupostos do Direito Fraterno.

II. Simbioses entre gênero, migração e deficiência: uma análise das mulheres migrantes com deficiência no contexto da união europeia

Em consonância com o preceituado na Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2016) pela Organização das Nações Unidas (ONU), pessoas com deficiência são consideradas “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”. De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), “estima-se que 1,3 bilhão de pessoas – cerca de 16% da população mundial – atualmente vivem com alguma deficiência significativa. Esse número está aumentando, em parte devido ao envelhecimento da população e ao aumento da prevalência de doenças não transmissíveis” (OMS, 2011). A deficiência é condição que interpela a existência humana e seu conceito detém um conteúdo político de significação, no sentido de que a compreensão contemporânea a respeito das pessoas com deficiência abandona o modelo biomédico e incorpora outros modelos como o social e o biopsicossocial da deficiência por intermédio de uma abordagem crítica e interseccional para explicar a complexidade do “ser deficiente”.

Nas palavras de Paulo Henrique dos Santos Mota e Aylene Bousquat, o percurso histórico e civilizacional demonstra multifacetadas perspectivas sobre quem são as pessoas com deficiência, à medida que tais noções produziram vários modelos de interpretação a respeito do conceito:

Modelos são formas de interpretação concebidas a partir de recursos cognitivos. Dependem de quem os constrói, de suas prerrogativas e sua história. No entanto, estão sempre sujeitos a análises, críticas e testes. Ao longo do século XX, diferentes modelos conceituais sobre a deficiência foram elaborados. Alguns a compreendem como dependente das características do indivíduo (sua patologia e seus atributos físicos), levando à construção de ações condescendentes com dependência da sociedade, segregação e discriminação. Outros atribuem um papel crescente ao ambiente (em seus aspectos físicos) e à participação social, colocando os indivíduos em posição de agentes da sociedade e compartilhando aquilo que esta tem a oferecer. Resulta em escolha, direitos humanos, integração social, entre outras ações participativas (Mota; Bousquat, 2021: 849).

A criticidade que emerge, principalmente, através da diferenciação entre o modelo biomédico da deficiência, o modelo social e o modelo biopsicossocial, resulta da constatação de que “o corpo não é simplesmente as fronteiras físicas de nossos pensamentos. É por meio do corpo que se reclama o direito de estar no mundo” (Diniz, 2007: 33). O modelo biomédico da deficiência opera por meio da classificação, mensuração e hierarquização dos corpos a partir de parâmetros normativos de funcionalidade e produtividade. Nesse prisma, a deficiência é inteligibilizada como desvio em relação a um ideal abstrato de normalidade, sendo inscrita no corpo individual como falha, déficit ou patologia a ser corrigida, compensada ou mitigada por intervenções técnicas especializadas. Tal racionalidade não apenas reduz a experiência da deficiência à sua dimensão orgânico-funcional, como também legitima regimes que produzem sujeitos medicalizados, permanentemente avaliados e governados por dispositivos clínicos, periciais e assistenciais (Diniz, 2007).

O modelo social da deficiência desloca a deficiência do corpo para o campo das relações sociais, interrogando os modos pelos quais o espaço, as instituições e os regimes de normatividade produzem corpos como incapazes. A deficiência passa a ser compreendida como efeito de estruturas sociais capacitistas que organizam o mundo a partir de uma

ficção de corpo universal, funcional e autossuficiente, excluindo aqueles que escapam a esse padrão. O modelo social desnaturaliza a deficiência ao evidenciar que as limitações emergem da interação entre diversidade corporal e ambientes hostis, revelando seu caráter político e contingente. Ancorado em uma gramática calcada na diversidade e nos direitos humanos, esse paradigma reconfigura a responsabilidade coletiva, exigindo transformações estruturais que vão além da acessibilidade formal, alcançando a redistribuição de poder, o reconhecimento da diferença e a participação efetiva das pessoas com deficiência na produção das normas que governam suas próprias vidas (Diniz, 2007).

Já o modelo biopsicossocial da deficiência configura-se como um marco epistemológico crítico que desestabiliza a ontologia individualizante da deficiência, ao inscrevê-la em um campo relacional no qual corpo, subjetividade e ordem social se co-produzem de maneira indissociável. A vista disso, “o Modelo Biopsicossocial foi proposto pela OMS em 2001, a partir de revisão de modelo classificatório da ICIDH, incorporando aspectos do Modelo Médico e do Social” (Mota; Bousquat, 2021: 852). Por intermédio da matriz biopsicossocial, uma pessoa que não tem condições de empreender movimento até o seu trabalho, por exemplo, pode ser acometida por múltiplas situações vinculadas a tal tarefa, “seja ela pela amputação de um membro (biológico), por não ter transporte público de qualidade (ambiental) ou por não ter condições financeiras de adquirir uma cadeira de rodas (social e ambiental), de modo que a sua participação é afetada” (Mota; Bousquat, 2021: 852). Logo, “trata-se de um modelo que não dita quem é ‘normal’ e quem é ‘incapaz’, que permite que uma pessoa ou um grupo possa ser identificado como tendo suas ‘capacidades’ e ‘incapacidade’ dentro de cada contexto” (Mota; Bousquat, 2021: 852).

Anahi Guedes de Mello e Adriano Henrique Nuernberg referem sobre as sinergias do pensamento feminista com os estudos a respeito da deficiência:

Os Estudos sobre Deficiência emergiram nos anos 1970 e 1980 em decorrência das lutas políticas, nos anos 1960 e 1970, das pessoas com deficiência nos Estados Unidos (Independent Living Movement), na Inglaterra (Union of the Physically Impaired against Segregation) e nos países nórdicos (Self-advocacy Movement, na Suécia), primeiro com uma perspectiva histórico-materialista e, após, desde o início dos anos 1990, com a contribuição da epistemologia feminista (Mello; Nuernberg, 2012: 637).

O *locus* em que uma pessoa com deficiência se encontra detém repercussões na sua experiência existencial e na extensão da deficiência, em razão de que “ambientes inacessíveis criam barreiras que muitas vezes impedem a participação plena e efetiva de pessoas com deficiência na sociedade, em igualdade de condições com as demais” (OMS, 2011). No contexto da União Europeia (UE), “Apenas metade das pessoas com deficiência estão empregadas, em comparação com 3 em cada 4 pessoas sem deficiência; 28,4% das pessoas com deficiência estão em risco de pobreza ou exclusão social, em comparação com 17,8% das pessoas sem deficiência” (European Commission, 2026). Em complemento, “apenas 29,4% das pessoas com deficiência concluem o ensino superior, em comparação com 43,8% das pessoas sem deficiência. 52% das pessoas com deficiência sentem-se discriminadas” (European Commission, 2026). Considerando o ano de 2024, sabe-se que “24 % da população da UE com mais de 16 anos tinha alguma forma de deficiência” (Conselho da União Europeia, 2025). Sobre isso, “segundo as estimativas do Eurostat, essa percentagem corresponde a 107 milhões de pessoas ou a um em cada quatro adultos na UE” (Conselho da União Europeia, 2025).

Ainda, a percentagem de pessoas com deficiência por faixa etária em 2024 é a seguinte: “entre os 16 e os 19 anos: 6 %, entre os 20 e os 24 anos: 7 %, entre os 25 e os 34 anos: 9 %, entre os 35 e os 44 anos: 12 %, entre os 45 e os 64 anos: 23 %, 65 anos ou mais: 47 %” (Conselho da União Europeia, 2025). No contexto de gênero, constata-se que “em 2024, a percentagem de mulheres com deficiência era superior à dos homens em todos os Estados-Membros. Na UE, em média, 26,2 % da população feminina total tem uma deficiência, em comparação com 21,5 % da população masculina total” (Conselho da União Europeia, 2025). Por conseguinte, considerando o ano de 2024, “os países com a maior diferença de pontos percentuais entre homens e mulheres eram: Letónia: 6,5 pontos percentuais, Finlândia: 6,8 pontos percentuais, Portugal: 9,3 pontos percentuais” (Conselho da União Europeia, 2025). A análise da deficiência através de uma perspectiva de gênero, aplicada às mulheres com deficiência na União Europeia, evidencia a produção de uma subalternidade específica que não pode ser compreendida nem pela categoria “mulher” nem pela categoria “pessoa com deficiência” discutidas isoladamente, mas pela interação interseccional⁴ de tais categorias analíticas no mundo real.

Nessa atmosfera, constata-se que os corpos das mulheres com deficiência são historicamente inscritos em regimes de invisibilidade, tutela e dessexualização, que operam tanto no plano simbólico quanto no institucional, limitando suas potencialidades existenciais. Em outras palavras, “as mulheres com deficiência estão em dupla desvantagem devido a uma complexa combinação de discriminação baseada em gênero e deficiência” (Mello; Nuernberg, 2012: 639). Do mesmo modo, “enfrentam uma situação peculiar de dupla vulnerabilidade, que se torna ainda mais complexa a partir da incorporação das categorias de raça/etnia, classe, orientação sexual, geração, região e religião” (Mello; Nuernberg, 2012: 639-640). Das reivindicações coletivas, sabe-se que os movimentos sociais das pessoas com deficiência detém diálogos “com os movimentos feministas e de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais (LGBTITI), que é o de questionar o construto do corpo como um dado natural que antecede a construção dos sujeitos” (Mello; Nuernberg, 2012: 640).

A imbricação entre migração, gênero e deficiência adquire autenticidade nas experiências das mulheres migrantes com deficiência, na medida em que suas trajetórias são produzidas no entrecruzamento de racionalidades estatais, dispositivos biopolíticos⁵ e economias morais que regulam a mobilidade, o cuidado e a vida considerada digna de proteção. As categorias: migração, gênero e deficiência, entrelaçam-se, configurando formas específicas de vulnerabilização que se expressam, de maneira concreta, na obstrução ao acesso aos direitos humanos. No campo do direito à saúde, tais mulheres frequentemente se deparam com sistemas sanitários organizados a partir de pressupostos nacionalizantes e capacitistas, nos quais a regularidade migratória funciona como critério implícito de elegibilidade, os serviços carecem de acessibilidade arquitetônica, comunicacional e cultural, e os protocolos clínicos ignoram tanto as necessidades decorrentes da deficiência quanto às violências de gênero vivenciadas nas fases pré-migratória, mi-

4 No pensamento de Kimberlé Crenshaw sobre interseccionalidade: “a conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos de subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, as opressões de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam posições relativas de mulheres, raça, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas gera opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento” (Crenshaw, 2002, p. 175).

5 O filósofo francês Michel Foucault refere que a biopolítica “lida com a população, e a população como problema político, como problema a um só tempo científico e político, como problema biológico e como problema de poder” (Foucault, 2010, p. 206). Nessa dinâmica, anuncia-se um poder de “fazer viver e deixar morrer” (Foucault, 2010, p. 207). Por conseguinte, o termo biopolítica serve “para designar o que faz com que a vida e seus mecanismos possam entrar no domínio de cálculos explícitos, e o que transforma o saber-poder num agente de transformação da vida humana” (Foucault, 2020, p. 134).

gratória e pós-migratória.

No âmbito da proteção social e do trabalho, a não equivalência de certificações, a segmentação do mercado laboral em atividades precárias e feminizadas, a ausência de políticas de inclusão profissional para pessoas com deficiência migrantes e a dependência de arranjos informais de cuidado produzem uma autonomia permanentemente suspensa. Já no acesso à justiça e à proteção contra múltiplas formas de violência (doméstica, institucional, sexual, simbólica, etc.), obstáculos linguísticos, a inacessibilidade dos canais de denúncia, a medicalização ou infantilização de seus relatos e o temor constante de sanções migratórias operam como mecanismos de silenciamento e deslegitimação. Portanto, as vivências dessas mulheres expõem como o deslocamento transnacional (re) configura a deficiência e o gênero como marcadores de governabilidade. No contexto europeu, tais processos são reforçados por políticas públicas e marcos regulatórios que, embora formalmente orientados pelos princípios da igualdade e da não discriminação, permanecem ancorados em concepções abstratas de sujeito de direitos humanos, incapazes de apreender as experiências corporificadas e situadas dessas mulheres.

De acordo com o Migration Data Portal (2023), as pessoas com deficiência experienciam processos de vulnerabilidade de forma muito mais potencializada se comparadas às experiências existenciais de pessoas sem deficiência, no sentido de que a vulnerabilidade do “ser com deficiência” é mais evidente em situações de mobilidade humana pelas migrações (e também pelo instituto do refúgio). Salienta-se que “dentro da população de pessoas com deficiência em movimento, subgrupos como migrantes idosos e mulheres e meninas migrantes com deficiência são particularmente vulneráveis” (Migration Data Portal, 2023). Estatísticas internacionais oficiais a respeito de migrantes com deficiência são ausentes, há somente estimativas que referem que “em 2020, estimou-se que 12 milhões de pessoas na população deslocada à força eram pessoas com deficiência, mas a prevalência é provavelmente maior” (Migration Data Portal, 2023).

Diante do déficit de dados sobre migrantes e pessoas com deficiência, o Migration Data Portal (2022) estabelece premissas sobre a importância da produção analítica da temática (migração, deficiência e a complexidade de suas intersecções):

Formuladores de políticas nacionais e locais, escolas, planejadores urbanos, agências de serviços sociais e uma série de outros prestadores de serviços dependem de dados sobre deficiência. Eles precisam realizar uma série de tarefas, desde a alocação de recursos para programas e projetos relacionados à deficiência e/ou migração até a elaboração de políticas inclusivas e o planejamento e a definição de adaptações razoáveis com base no número de pessoas com deficiência em uma determinada área e no tipo de deficiência que apresentam. Organizações de resposta a emergências, tanto nacionais quanto locais, também dependem de dados para responder com mais eficácia. Um estudo observou que a pandemia de COVID-19 teve um impacto desproporcional na comunidade de pessoas com deficiência e que a falta de coleta de dados sobre deficiência representou uma barreira para a inclusão dessas pessoas na resposta à COVID-19. O mesmo ocorrerá com migrantes com deficiência. A comunidade política internacional também se baseia em dados desagregados por deficiência para 11 indicadores de deficiência dos ODS e solicita dados desagregados por status migratório para pelo menos 24 indicadores dos ODS, a fim de monitorar o progresso da Agenda 2030. Os defensores dos direitos humanos também precisam de dados para garantir que os direitos dos migrantes com deficiência sejam protegidos de acordo com a Con-

venção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD). Organizações para Pessoas com Deficiência (OPDs), assim como organizações de apoio a migrantes, podem usar dados para atividades de defesa de direitos baseadas em evidências junto a formuladores de políticas e legisladores (Migration Data Portal, 2022: s.p.).

A deficiência, articulada às normas de gênero, funciona como um marcador de governabilidade que legitima práticas de medicalização excessiva, institucionalização e controle dos corpos, sobretudo nos sistemas de saúde, assistência social e migração, onde a vulnerabilidade é frequentemente mobilizada como justificativa para a restrição de direitos. Nesse prisma, a partir da imbricação crítica entre gênero, migração e deficiência, a valorização da experiência vivida, corporificada e situada em trajetórias marcadas por deslocamentos, inscreve-se como um eixo central na produção de conhecimentos das mulheres migrantes com deficiência, pois articula memória, narrativa e comunicação como práticas de resistência e autorrepresentação. Tal perspectiva desloca o monopólio dos saberes hegemônicos e tecnocráticos ao reconhecer o corpo não como objeto de intervenção, mas como locus legítimo de enunciação e elaboração de sentidos, capaz de transformar vivências historicamente silenciadas em conhecimento socialmente relevante (Camargo; Oliveira; Marques, 2025: 12).

O empoderamento dessas mulheres opera como um gesto de recusa crítica às racionalidades que sustentam a objetificação, a mercantilização e a violência exercidas sobre seus corpos, desestabilizando regimes normativos que reduzem suas existências à vulnerabilidade administrável (Camargo; Oliveira; Marques, 2025: 12). Ao afirmar a centralidade da experiência encarnada, o empoderamento reconfigura as relações de poder que atravessam gênero, migração e deficiência, instaurando formas contra-hegemônicas de produção de saber que reivindicam dignidade, autonomia e reconhecimento na seara da proteção dos direitos humanos (Camargo; Oliveira; Marques, 2025: 12). O empoderamento das mulheres migrantes com deficiência, pugna por uma inflexão estrutural no desenho, na implementação e na governança das políticas (públicas) da União Europeia, com ênfase no campo migratório, historicamente orientado pelo enrijecimento das fronteiras, racionalidades de controle, seletividade e excepcionalidade jurídica sob a égide da Europa Fortaleza.

Ressignificar tais políticas sob a perspectiva da hospitalidade implica deslocar o paradigma dominante, substituindo lógicas securitárias e assistencialistas por uma atmosfera centrada na dignidade humana, na interseccionalidade e na efetividade dos direitos humanos, reconhecendo que gênero, deficiência e condição migratória operam de forma simultânea e cumulativa na produção de processos forjadores (desigualdade, exclusão, pobreza, vulnerabilidade, etc.). Empoderar mulheres migrantes com deficiência significa criar condições institucionais, normativas e materiais para que elas transcendam posições estruturalmente impostas de subalternidade e dependência, frequentemente reproduzidas por regimes migratórios restritivos, barreiras de acessibilidade, discriminações e exclusões no locus da UE. Em síntese, o empoderamento deve ser compreendido como um processo de ampliação real de capacidades, autonomia decisória e reconhecimento jurídico-político, por meio do qual essas mulheres possam se desvencilhar de contextos persistentes de vulnerabilidade, rompendo com a invisibilização e a precarização que marcam suas trajetórias, e afirmando-se como sujeitas de direitos humanos plenos no espaço europeu.

III. A complexa (in)efetivação do direito humano à saúde das mulheres migrantes

com deficiência: contribuições biopolíticas do direito fraterno no locus da união europeia

Sob a égide da biopolítica articulada pelo filósofo francês Michel Foucault, as transformações operadas no campo do direito político ocidental a partir dos séculos XVII e XVIII podem ser compreendidas como a emergência e progressiva consolidação de uma nova tecnologia de poder, que desloca o eixo da soberania jurídica clássica para formas de governamentalidade orientadas à gestão, regulação e normalização da vida, tomada simultaneamente em sua dimensão individual e coletiva. A “vida” deixa de ser compreendida como um dado natural exterior ao poder e passa a ser constituída como seu objeto privilegiado, integrando-se aos dispositivos de saber e às estratégias de governo que caracterizam a modernidade (Foucault, 2020). Logo, “o poder está em toda parte; não porque englobe tudo, e sim, porque provém de todos os lugares” (Foucault, 2020: 103). A partir do momento em que a vida é elevada à condição de direito humano fundamental e, simultaneamente, de categoria normativa, ela se inscreve no cerne de uma nova racionalidade política, na qual o poder não se exerce primordialmente pelo direito de matar, próprio da soberania clássica, mas pela capacidade de “fazer viver e deixar morrer” (Foucault, 2010).

O poder é considerado através de “uma multiplicidade de correlações de forças imanentes ao domínio onde se exercem e constitutivas de sua organização” (Foucault, 1977: 88). Por isso, a biopolítica não se apresenta como mera gestão abstrata da vida, mas como um regime de inteligibilidade que permite sua captura, mensuração e normalização, convertendo os processos biológicos, nascimento, morte, saúde, doença, sexualidade, reprodução, longevidade, mobilidade e produtividade, em variáveis politicamente administráveis pela via da “estatização da vida”. A vida personifica-se, simultaneamente, em objeto de proteção jurídica e de intervenção contínua, sendo atravessada por multifacetados critérios que definem seu conteúdo valorativo no cenário social. A biopolítica entra em ascensão enquanto tecnologia de poder que se sofisticava ao longo do percurso civilizatório para operar sobre populações, e não apenas sobre indivíduos isolados, por meio de dispositivos disciplinares e mecanismos regulatórios que visam otimizar a vida coletiva (Foucault, 2010). Logo, “a disciplina é um princípio de controle da produção do discurso. Ela lhe fixa os limites pelo jogo de uma identidade que tem a forma de uma reatualização permanente” (Foucault, 2008: 36).

Ao metamorfosear a vida em objeto de cálculo e intervenção, a biopolítica redefine as fronteiras entre o biológico e o político, evidenciando que a proteção da vida está indissociavelmente ligada à sua governamentalização. O que se apresenta como ampliação dos direitos humanos e da tutela da existência revela, simultaneamente, um aprofundamento das técnicas de controle e diferenciação, nas quais certas vidas são intensamente investidas e potencializadas, enquanto outras são relegadas à exposição, à precariedade ou ao abandono, sem que tal exclusão se apresenta como violência direta, mas como efeito racionalizado da gestão biopolítica da vida. A performatividade do flerte entre vida, poder e política fabrica o biopoder enquanto sustentáculo global que compreende “o conjunto dos mecanismos pelos quais aquilo que, na espécie humana, constitui suas características biológicas fundamentais vai poder entrar numa política, numa estratégia política, numa estratégia geral de poder” (Foucault, 2008: 03).

No contexto biopolítico do direito humano à saúde, observa-se que, a partir do século XVIII, as racionalidades governamentais próprias das sociedades modernas passam a incorporar de maneira estruturante a administração do bem-estar físico da população como eixo estratégico do exercício do biopoder. A saúde coletiva deixa de figurar como

mera consequência contingente da ação estatal e se converte em objeto explícito de saber, cálculo e intervenção política, articulando-se a dispositivos orientados tanto à normalização dos corpos quanto à otimização dos processos vitais, especialmente no que concerne à longevidade e à produtividade populacional. Nesse movimento, consolida-se um regime de governamentalidade no qual a preservação e a ampliação da vida tornam-se critérios fundamentais de legitimidade das práticas de governo (Foucault, 2021). A biopolítica incorpora-se no corpo do coletivo “pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos, sendo seus alvos de interesse: taxas de natalidade e de procriação, saúde pública, demografia como uma ciência biopolítica, estatísticas, em direção à saúde de seu corpo coletivo” (Foucault, 2020: 51).

Ademais, “o controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo” (Foucault, 2021: 144). É nesse horizonte que se pode identificar, ainda que de modo anacrônico e não nomeado, a emergência de um paradigma de “promoção da saúde”, operado por meio de uma constelação heterogênea de saberes médicos, estatísticos e administrativos, bem como de técnicas regulatórias voltadas à vigilância, prevenção e correção dos riscos que incidem sobre o corpo da população. Embora tal configuração histórica não corresponda plenamente aos dispositivos institucionais, às formas de visibilidade nem aos regimes normativos que caracterizam as políticas contemporâneas de saúde, ela já mobilizava um arranjo de práticas e tecnologias de poder funcionalmente análogo àquele que, hoje, sustenta as estratégias de gestão da vida, revelando a continuidade histórica dos modos pelos quais o biopoder se investe nos processos biológicos enquanto problema político por excelência (Foucault, 2021).

Então, “os traços biológicos de uma população se tornam elementos pertinentes para uma gestão econômica e é necessário organizar em volta deles um dispositivo que assegure não apenas sua sujeição, mas o aumento constante de sua utilidade” (Foucault, 2021: 304). A saúde e o bem-estar da população revestidos pela biopolítica, perfectibilizam-se “como um dos objetivos essenciais do poder político. Não se trata mais do apoio a uma franja particularmente frágil - perturbada e perturbado - da população, mas da maneira como se pode elevar o nível de saúde do corpo social em seu conjunto” (Foucault, 2021: 301). Nesse aspecto, a vida está diretamente associada ao direito humano à saúde, portanto, no locus da União Europeia, os projetos migratórios das mulheres com deficiência revelam-se como um ponto crítico que produz uma miscelânea de racionalidades biopolíticas de governo da vida e da saúde, nas quais se articulam dispositivos migratórios, regimes de saber médico, técnicas de securitização e economias políticas do cuidado. A saúde como “um bem comum da humanidade” é reduzida a mera retórica diante da potência do Leviatã Europeu em fabricar zonas de não-direito e escorraçar para as bordas da trama histórica corpos “desimportantes” para o sustentáculo biopolítico.

Esses corpos, forjadamente marcados pela mobilidade humana, pelo gênero e pela deficiência (e por tantas outras diversidades interseccionais), são inscritos em circuitos biopolíticos de gestão diferencial da saúde que operam por meio de práticas de triagem, elegibilidade e hierarquização terapêutica, nas quais o acesso ao cuidado é condicionado por critérios administrativos, biomédicos e estatísticos que produzem zonas de abjeção. Em outras palavras, a condição de abjeção é atrelada “a todo tipo de corpos cujas vidas não são consideradas ‘vidas’ e cuja materialidade é entendida como não importante” (Butler, 2002: 161). Em adição, a significação de abeto diz respeito às “zonas “não-vivíveis” e “inabitáveis” da vida social que, não obstante, são densamente povoadas por aqueles que não alcançam o estatuto de sujeito, mas cujo viver sob o signo do “inabitável” é necessário para circunscrever o domínio do sujeito” (Butler, 2019^a: p. 04). Sob a

égide da “Europa Fortaleza”, a (sobre)vivência das mulheres migrantes com deficiência é fragmentada pela existência de obstáculos biopolíticos à efetivação do direito humano à saúde, resultantes da articulação entre políticas migratórias securitizadas, regimes diferenciados de cidadania e racionalidades administrativas orientadas pela seletividade de relações adversariais (binômio amigo/inimigo).

A subordinação do acesso aos sistemas públicos de saúde à regularidade documental e ao estatuto jurídico-migratório operacionaliza-se enquanto um dispositivo de triagem, que hierarquiza vidas dignas de proteção e relega essas mulheres a circuitos assistenciais fragmentários, emergenciais e descontinuados, incompatíveis com as demandas específicas de deficiências que requerem acompanhamento longitudinal, tecnologias assistivas e cuidados especializados. A isso somam-se práticas institucionais atravessadas pelo capacitismo, pela racialização e pela generificação da migração, que produzem formas de deslegitimação dos sofrimentos vividos pelo “ser mulher migrante com deficiência”, frequentemente percebidas como corpos excessivamente onerosos ou improdutivos para os Estados europeus de “acolhimento”. Os déficits estruturais que circundam o direito humano à saúde no locus da UE, transformam o direito à saúde em um mecanismo biopolítico de governo das populações, provocando rupturas ardilosamente arquitetadas nos marcos normativos europeus de direitos humanos, com ênfase para o direito humano à saúde, bem como para a proteção às pessoas migrantes com deficiência.

A título exemplificativo: centros de acolhimento para solicitantes de asilo que não dispõem de infraestrutura acessível para usuárias de cadeiras de rodas ou com mobilidade reduzida; exigência de documentação migratória regular para o acesso a tratamentos contínuos, como fisioterapia, terapias ocupacionais ou fornecimento de próteses e órteses; ausência de intérpretes de línguas de sinais e de mediadores interculturais em consultas médicas, inviabilizando a comunicação de sintomas e a compreensão de diagnósticos; interrupção de tratamentos de saúde mental em razão de transferências forçadas entre Estados-membros ou centros de detenção; recusa ou atraso no atendimento em saúde sexual e reprodutiva para mulheres com deficiência intelectual ou psicossocial sob a justificativa de incapacidade de consentimento; e negligência no acompanhamento de gestações de alto risco em contextos de acolhimento precário, nos quais a deficiência é tratada como condição secundária frente às prioridades de controle migratório. Um arsenal de “Estado de Coisas” compromete a efetivação do direito humano à saúde das mulheres migrantes com deficiência na UE.

A problemática da (in)efetivação do direito humano à saúde das mulheres migrantes na União Europeia inscreve-se em uma arena de profunda ambivalência normativo-política, na qual coexistem, de maneira paradoxal, discursos de universalização dos direitos humanos e práticas institucionais orientadas pela racionalidade securitária das políticas migratórias contemporâneas. Embora a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) estabeleça, em seus artigos 21.º, 26.º e 35.º, um complexo axiológico assentado na vedação de discriminações estruturais, na proteção das pessoas com deficiência e na garantia do acesso à saúde enquanto direito humano fundamental, a materialidade das experiências vivenciadas pelas mulheres migrantes revela a persistência de dispositivos jurídicos e administrativos que operam como mecanismos de filtragem biopolítica do acesso à dignidade. O Regulamento de Dublin III (Regulamento UE n.º 604/2013) assume centralidade analítica ao consolidar uma lógica de responsabilização territorial assimétrica entre os Estados-membros, transferindo aos países periféricos das rotas migratórias o ônus do acolhimento, da triagem e da assistência inicial aos requerentes de proteção internacional (União Europeia, 2013).

Tal engenharia jurídico-institucional produz efeitos particularmente gravosos sobre mulheres migrantes com deficiência, cujas demandas de cuidado contínuo, acessibilidade e acompanhamento especializado colidem com estruturas nacionais de saúde frequentemente precarizadas, superlotadas e orientadas por critérios restritivos de elegibilidade. A reforma do Pacto Europeu sobre Migração e Asilo, aprovada em 2024, longe de representar uma ruptura paradigmática com a lógica anterior, reafirma a centralidade da gestão securitária das mobilidades humanas ao ampliar mecanismos de contenção, rastreamento e aceleração procedimental nas fronteiras externas do bloco, aprofundando processos de vulnerabilização institucional que atravessam os corpos femininos migrantes e deficientes (Pacto Europeu sobre Migração e Asilo, 2024).

Consolida-se uma arquitetura jurídica paradoxal: ao mesmo tempo em que o ordenamento europeu proclama a universalidade dos direitos humanos fundamentais, institui mecanismos administrativos que modulam seletivamente o reconhecimento da humanidade política de determinados sujeitos migrantes. As mulheres migrantes com deficiência passam, então, a ocupar uma zona de interseção entre múltiplos regimes de exclusão (de gênero, corporalidade, nacionalidade e mobilidade) tornando-se destinatárias de uma cidadania precária, marcada pela instabilidade do reconhecimento jurídico e pela intermitência do acesso ao cuidado.

Sob uma leitura biopolítica, o espaço europeu contemporâneo revela-se atravessado por tecnologias de governo que administram diferencialmente a precariedade, estabelecendo hierarquias implícitas entre vidas dignas de proteção e vidas passíveis de abandono institucional. O acesso à saúde deixa, assim, de operar exclusivamente como direito universal para converter-se em instrumento de regulação das mobilidades, no qual a proteção sanitária é condicionada pela utilidade econômica, pela regularidade migratória e pela inteligibilidade burocrática dos corpos. A efetivação do direito humano à saúde das mulheres migrantes com deficiência pugna, portanto, não apenas reformas procedimentais no sistema europeu de asilo e acolhimento, mas uma profunda reconfiguração epistemológica das estruturas jurídico-políticas que sustentam a governamentalidade migratória contemporânea.

Percebe-se que as políticas migratórias e de saúde da UE, estruturadas pela lógica biopolítica, produzem violações generalizadas do direito humano à saúde das mulheres migrantes com deficiência, no sentido de que transformam o direito à saúde em dispositivo biopolítico de gestão da vida. Nessa lógica, o direito à saúde resta estéril de sua dimensão enquanto bem comum (acessível a todos e todas) e passa a operar como tecnologia de biopoder que administra quais vidas merecem ser protegidas e em que condições, inscrevendo essas mulheres em zonas de precariedade e vulnerabilidade biopolítica próprias da “Europa Fortaleza”. Sob a perspectiva da precariedade, em certos momentos, algumas “vidas serão altamente protegidas, e a anulação de suas reivindicações à inviolabilidade será suficiente para mobilizar as forças de guerra. Outras vidas não encontrarão um suporte tão rápido e feroz e nem sequer se qualificarão como “passíveis de serem enlutadas” (Butler, 2019b: 52). A vulnerabilidade “depende fundamentalmente das normas existentes de reconhecimento a fim de ser atribuída a qualquer sujeito humano” (Butler, 2019b: 64). Portanto, “a luta pelo reconhecimento exige que cada sujeito reconheça, na reciprocidade, não apenas que o outro precisa de reconhecimento e merece tê-lo, mas também que cada um, de maneira diferente, está compelido pela mesma necessidade, pelo mesmo requisito” (Butler, 2019b: 65).

Torna-se imperativo propor um projeto compartilhado de fraternidade, capaz de des-

obstruir as vias de acesso ao direito à saúde ao deslocar o eixo normativo das políticas públicas da securitização e do controle para o reconhecimento da humanidade enquanto locus de corresponsabilidade, apostando na saúde como direito humano incondicionado e não como instrumento de governamentalidade seletiva de biopolítica da vida. Sob as lentes teóricas do Direito Fraternal, articulado pelo jurista italiano Eligio Resta, a fraternidade surge enquanto aposta, desafio e possibilidade de propor o estilhaçamento de relações adversariais (amigo/inimigo), próprias da “Europa Fortaleza”, onde a operacionalização das categorias guerra e direito reaparecem: “infelizmente, é verdade que isto ocorra e que prevaleça o míope egoísmo de quem pensa sob a perspectiva de pequenas e estéreis devoções. Poderia ser diferente, mas nem sempre essas outras possibilidades são adequadamente cultivadas” (Resta, 2020: 116).

O Direito Fraternal resplandece no mundo real enquanto um grande trunfo da humanidade na seara dos direitos humanos. Assim, “retornamos àquele binômio constituído de direito e fraternidade, que, prima pobre da modernidade, recoloca em jogo um modelo de rega da comunidade política; modelo não vencedor, mas possível” (Resta, 2020, p. 116). O Direito Fraternal é uma aversão ao poder do pater, porque instaura uma atmosfera frater, ou seja, “é um direito jurado em conjunto por irmãos, homens e mulheres, mediante um pacto em que se “decide compartilhar” regras mínimas de convivência. Portanto, é convencional e tem o olhar direcionado ao futuro” (Resta, 2020: 116). Nessa sistemática, “sua “raiz errante” encontra seu terreno em um espaço político aberto, privado daquele território que, mais ou menos artificialmente, justifica o domínio. Não demanda mais justificações do que a com-munitas, justamente a tarefa compartilhada” (Resta, 2020: 117).

Sob a ótica do direito fraternal, a (sobre)vivência das mulheres migrantes com deficiência revela-se como uma ferida aberta nas arquiteturas jurídicas que ainda fazem da cidadania um filtro paradoxal da (des)proteção dos direitos humanos. Seus corpos, atravessados por fronteiras, limitações funcionais e regimes de exclusão, expõem a insuficiência de um direito à saúde que é apresentado como “um bem comum”, mas que insiste em se enraizar em pertencimentos, documentos e *ethé*. O direito fraternal transcende o olhar para além do território e convoca uma proximidade sensível que não se confunde com abstração: reconhece a humanidade como lugar comum, sem dissolver as diversidades interseccionais que singularizam essas mulheres e intensificam sua vulnerabilidade e precariedade. Nessa criticidade fraterna, os direitos humanos deixam de ser promessa metafísica ou linguagem consoladora e passam a adquirir densidade concreta no mundo real, ecológica, relacional, fundada na consciência de que a vida só pode ser ameaçada e protegida pela própria humanidade (Resta, 2020).

Nesse horizonte eivado por limites e possibilidades, a efetivação do direito humano à saúde não se confia a instâncias transcendentais, nem a neutralidades institucionais, mas se inscreve no gesto cotidiano de corresponsabilidade, no encontro entre sujeitos reais, de carne e osso, que escolhem acolher, cuidar e sustentar a vida alheia como extensão da sua (Resta, 2020). Para as mulheres migrantes com deficiência, o direito fraternal afirma que o acesso à saúde não é concessão nem favor, mas expressão sensível de um compromisso fraternal que reconhece, na vulnerabilidade e precariedade compartilhadas, o fundamento mais profundo da distinção entre “ser um ser humano e ter humanidade” (Resta, 2020). O Direito Fraternal converte-se em mecanismo inclusivo, em razão de que “escolhe Direitos Fundamentais e define o acesso universalmente compartilhado a bens “inclusivos”. Bens e direitos fundamentais são inclusivos quando o indivíduo não pode aproveitar sem que, ao mesmo tempo, não aproveitem todos os outros” (Resta, 2020, p. 118).

IV. Considerações finais

A título de conclusão, constata-se que as políticas migratórias e de saúde da União Europeia, quando analisadas sob as lentes teóricas da biopolítica, revelam-se como dispositivos centrais de gestão diferencial da vida, por meio dos quais o direito humano à saúde das mulheres migrantes com deficiência é simultaneamente reconhecido em nível normativo e sistematicamente esvaziado em sua dimensão material. Ao serem atravessadas por critérios de elegibilidade, condicionalidade administrativa, securitização das fronteiras e hierarquização de corpos considerados produtivos ou onerosos, tais políticas convertem o direito à saúde em instrumento de controle, vigilância e normalização, afastando-se radicalmente dos pressupostos do Direito Fraterno.

A chamada “Europa Fortaleza” aprofunda esse cenário ao enrijecer estruturalmente qualquer possibilidade de acolhimento do “ser migrante”, deslocando para as margens do espaço jurídico-político europeu vidas consideradas abjetas. As mulheres migrantes com deficiência são empurradas para zonas de não-direito, ou seja, para as bordas das fronteiras, onde a saúde deixa de ser concebida como direito humano universal e passa a funcionar como variável biopolítica de seleção, contenção e exclusão. Antes, durante e após o movimento migratório, essas mulheres experimentam uma cadeia contínua de violações, na qual a ausência de políticas interseccionais (gênero, migração e deficiência) reforça a desproteção dos direitos humanos, com ênfase para o direito humano à saúde.

A (in)efetivação do direito à saúde não constitui uma falha contingente do sistema europeu, mas um efeito estrutural de políticas que, ao priorizarem a segurança e o controle sobre a vida, corroem as comunicações fraternas e reproduzem uma governança que administra a vulnerabilidade e a precariedade em vez de superá-las. O grande paradoxo dos Direitos Humanos anunciado por Resta está na seguinte premissa: “os Direitos Humanos são aqueles direitos que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, mas que não podem encontrar vigor, também aqui, senão graças à própria humanidade” (Resta, 2020, p. 13). Em outras palavras, a “chave” para resolver tal questão está unicamente na humanidade enquanto *locus* de auto responsabilização.

Referências

- Butler, J. (2019a). *Corpos que importam: os limites discursivos do “sexo”*. São Paulo: n-1 edições.
- Butler, J. (2019b). *Vida Precária: Os poderes do luto e da violência*. Belo Horizonte: Editora Autêntica.
- Camargo, G. F.; Oliveira, L. A. L. de; Marques, Â. C. S. (2025). Potencialidades do conceito de escrevivência para a análise de narrativas sobre a trajetória de mulheres migrantes com deficiência. In: *Revista Rarratio*. nº 6. V. 1. Disponível em: <https://revistanarratio.emnuvens.com.br/narratio/article/view/42/2>.
- Comissão Europeia (2024). *Pacto em matéria de Migração e Asilo Um sistema comum da UE para gerir a migração*. Disponível em: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/pact-migration-and-asylum_pt.
- Conselho da União Europeia. (2025). *Deficiência na UE: Fatos e números*. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/infographics/disability-eu-facts-figures/>.
- Crenshaw, K. (2002). Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. In: *Revista Estudos Feministas*. v. 10, n. 1, p. 175. Dis-

ponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf>.

- Diniz, D. (2007). *O que é deficiência?*. Disponível em: <https://www.ufmg.br/giz/wp-content/uploads/2025/08/O-que-e-deficiencia-Diniz-2007.pdf>.
- European Commission. (2026). *Persons with disabilities*. 2026. Disponível em: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/disability/persons-disabilities-eu_en.
- Foucault, M. (2010). *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. 2ª Edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.
- Foucault, M. (2020). *História da Sexualidade I: A Vontade de Saber*. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra.
- Foucault, M. (2021). *Microfísica do Poder*. Tradução de Roberto Machado. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra.
- Foucault, M. (2008). *Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978)*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes.
- Foucault, M. (1977). *Vigiar e punir*. Petrópolis: Editora Vozes.
- Mello, A. G. de; Nuernberg, A. H. (2012). Gênero e deficiência: interseções Gênero e deficiência: interseções e perspectivas e perspectivas. In: *Estudos Feministas*, Florianópolis, 20(3): 384, setembro-dezembro. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/rDWXgMRz zPFVtTQDLxr7Q4H/?format=pdf&lang=pt>.
- Migration Data Portal. (2023). *Disability and human mobility*. Disponível em: <https://www.migrationdataportal.org/themes/disability-and-human-mobility>.
- Migration Data Portal. (2022). *Visible in advocacy but missing in data: Migrants and persons with disabilities*. Disponível em: <https://www.migrationdataportal.org/blog/visible-advocacy-missing-data-migrants-and-persons-disabilities>.
- Mota, P. H. dos S; Bousquat, A. (2021). Deficiência: palavras, modelos e exclusão. In: *Revista Saúde Debate*. Rio de Janeiro. V. 45, N. 130, P. 847-860, Jul-set. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/MPHb3GxYsc6HRsRQCBwmNVQ/?format=pdf&lang=pt>.
- Organização das Nações Unidas (ONU). (2016). *Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Disponível em: <https://www.mds.gov.br/webarquivos/Oficina%20PCF/JUSTI%C3%87A%20E%20CIDADANIA/convencao-e-lbi-pdf.pdf>.
- Organização Mundial de Saúde (OMS). (2011). *Disability*. Disponível em: https://www.who.int/health-topics/disability#tab=tab_1.
- Prins, B.; Meijer, I. C. (2002). Como os corpos se tornam matéria: entrevista com Judith Butler. In: *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 10, nº 1, 1º semestre. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/vy83qbL5HHNKdzQj7PXDJt/?format=pdf&lang=pt>.
- Resta, E. (2020). *O direito fraterno [recurso eletrônico]*. 2ª Edição. Tradução de: Bernardo Baccon Gehlen, Fabiana Marion Spengler e Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo.
- União Europeia (2000). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.
- União Europeia (2013). *Regulamento de Dublin III (Regulamento UE n.º 604/2013)*. Disponível em: https://www.sef.pt/pt/Documents/Folheto%20Regulamento_DUBLIN.pdf.

Identidad Civil e Identidad Canónica de las Disidencias Sexogenéricas

Análisis del Discurso en el fallo "Rueda, Alba c/ Arzobispado de Salta s/ hábeas data". CSJ CIV 61637/2018/CS1 20/4/2023.

Civil Identity and Canonical Identity of Sex-Gender Dissidence

Analysis of the Discourse in the Ruling "Rueda, Alba c/ Arzobispado de Salta s/ habeas data". CSJ CIV 61637/2018/CS1 20/4/2023.

Gabriela L. Eslava¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2026\)07](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2026)07)

Fecha de recepción: 28.03.2026

Fecha de aceptación: 21.04.2026

RESUMEN:

El trabajo aborda el derecho a la identidad de las disidencias sexo genéricas en tensión con la identidad religiosa, a partir del análisis discursivo de las sentencias judiciales como "discurso de poder", a cuyos efectos se toma la resolución de CSJN Argentina en "Rueda, Alba c/ Arzobispado de Salta s/ hábeas data", que confirmó la incompetencia de los tribunales civiles respecto a los registros eclesiásticos, ante la petición de una persona trans sobre su adecuación a la identidad civil.

¹ Abogada (UNC) Notaria (UNC) Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura (UCC) Especialista en Derecho de Familia (UNR). Vocal de Cámara Civil y Comercial de 8° Nominación de la Ciudad de Córdoba. Doctoranda UBP. Profesora Titular Disciplinar de las asignaturas Obligaciones y Derecho del Consumidor y del Usuario (Universidad Siglo 21). Directora Proyecto de Investigación Transversalidad de los Derechos Humanos. Aportes de la Perspectiva de Género (Universidad Siglo 21).

Correo electrónico: Gabriela-Eslava@mi21.edu.ar. ORCID <https://orcid.org/0009-0002-3591-9247>

ABSTRACT

This paper addresses the right to identity of gender and sexual dissidents in tension with religious identity, utilizing a discursive analysis of judicial rulings as 'discourses of power.' For this purpose, it examines the resolution of the Argentine Supreme Court (CSJN) in 'Rueda, Alba v. Archbishopric of Salta re: habeas data,' which upheld the lack of jurisdiction of civil courts regarding ecclesiastical records following a transgender person's petition for legal identity alignment and adjustment of their civil identity.²

PALABRAS CLAVE: disidencias sexo genéricas, libertad de culto, género, igualdad.

KEY WORDS: Gender and sexual dissidents, religious freedom, gender, equality

I. Introducción

En sistemas democráticos, caracterizados por la división del poder en tres estamentos principales, Ejecutivo, Legislativo y Judicial; las respuestas de los jueces y juezas a los conflictos a través de sus sentencias, constituye una expresión institucionalizada de "discurso de poder".

Para Argibay (2009), la democracia es un concepto complejo asentado en dos pilares, uno formal referido a la soberanía del pueblo que gobierna a través de sus representantes; y otro substancial, comprensivo del gobierno de los valores que la caracterizan. Los más importantes, son la separación de poderes, el estado de derecho, los derechos humanos, la independencia judicial y los principios básicos enunciados en la Constitución.

De allí que, conforme esta perspectiva, el contenido de las sentencias judiciales, no podría prescindir de la consideración a valores como el acceso a justicia y la tutela judicial efectiva, procurando alcanzar estándares de justicia tanto conmutativa, como distributiva o social, lo que demanda poderes judiciales independientes e idóneos, alejados de presiones político-partidarias y de los factores de poder, económicos y sociales (Gelli, 2008: T II 457).

De este modo, las sentencias judiciales constituyen textos institucionalmente legitimados, que imponen sanciones, pero también dicen algo en relación a una persona o un evento (Van Dijk, 1980), al contener una narración de hechos que justifica la aplicación de una norma jurídica. Son instrumentos con distintas interpretaciones de hechos y creencias que manifiestan la manera en que la sociedad es comprendida y definida por lo que jueces y juezas dicen sobre el derecho. Quien sentencia, construye discursos que imponen un modo de clasificar y comprender la realidad, contando incluso con un margen de libertad para determinar qué significado atribuir a un enunciado. Pese al esfuerzo de mantener una noción objetiva del derecho, en base a características neutras, impermeables y exentas de valores morales de los enunciados jurídicos, los agentes del campo dotan de significado a hechos y personas guiados por la influencia de ideologías que determinan sus decisiones. Es en ese sentido, que el análisis crítico del discurso procura sacar a la luz posturas ideológicas camufladas, intentando identificar y describir las relaciones de poder subyacentes (Zambrano Tiznado y Lira Rodríguez, 2022).

2 la traducción del Abstract ha sido realizada con la IA Notebook LM.

Frente la aceptación de que la ausencia total de subjetividad en la magistratura es fácticamente imposible, pero ante la exigencia de objetividad impuesta por la exigencia normativa de imparcialidad, y dejando de lado posturas conforme las cuales se debate si la discusión sobre el alcance de los derechos debe estar en manos de jueces y juezas (Waldron, 2005); el análisis discursivo de las sentencias constituye una herramienta de relevancia para detectar modelos jurídicos o paradigmas de pensamiento implícitos en las decisiones judiciales.

Así, desde la teoría del derecho, pueden darse diversas respuestas a la afirmación según la cual la hermenéutica constitucional, y, por ende, las repuesta que las sentencias judiciales brinden a los conflictos sociales, requiere de una adecuación normativa a valores. Se reedita la clásica discusión entre las dos posturas teóricas clásicas antagónicas: el iusnaturalismo y el positivismo. Según el posicionamiento del juez o jueza en uno o en otro, será el razonamiento sentencial, pero también el análisis discursivo que se realice de él.

Lo dicho requiere de la distinción entre casos fáciles y difíciles, ya que en el primer supuesto la solución devendrá de la aplicación de un juicio lógico de subsunción, en el que los iusnaturalistas verán igualmente un trabajo hermenéutico para analizar la adecuación a los valores morales objetivos referidos; mientras que desde el convencionalismo jurídico se darán otras respuestas como, en el marco de un positivismo renovado, considerar la tarea interpretativa ligada únicamente a la solución de casos difíciles apelando a hechos o fuentes sociales, evitando la argumentación basada en principios (Marmor:2001).

Así, en el pensamiento iusnaturalista, siguiendo a Dworkin en su teoría sobre el derecho como integridad, los juristas se verán sometidos a una labor interpretativa permanente, en la que la atribución de significado a las normas, se resuelve en base a principios, los que a su vez se relacionan con valores moralmente “válidos”, de carácter objetivo y que pueden ser conocidos a través de la razón. Existe para esta postura, una conexión necesaria e intrínseca entre derecho y moral. Por su parte, el positivismo dará una respuesta diferente según la versión que se adopte. Desde un común denominador conforme el cual la respuesta del derecho frente a los casos siempre estará en hechos o fuentes sociales; en su versión fuerte o excluyente, se negará toda conexión entre derecho y moral, incluso en aquellos supuestos en que la normativa constitucional incluya referencias a valores morales, mientras que para la versión incluyente o suave, se admitirá cierta conexión entre derecho y moral, siempre y cuando esos valores morales se enlacen con hechos sociales relevantes como es su inclusión en textos constitucionales (Rodríguez, 2021).

Por su parte, para el análisis de los paradigmas subyacentes a las decisiones judiciales, se tendrá en cuenta que paradigma hace referencia a “un tipo de relación lógica (inclusión, conjunción, disyunción, exclusión) entre un cierto número de nociones o categorías maestras. Un paradigma privilegia ciertas relaciones lógicas en detrimento de otras, y es por ello que un paradigma controla la lógica del discurso. El paradigma es una manera de controlar la lógica y, a la vez, la semántica” (Morin, 2005: 154-155 citado por Urquiza, 2018).

Por un lado, se identifican modelos jurídicos unidimensionales, que “son construcciones teóricas cerradas, cuyo núcleo lo constituyen la norma y el sistema jurídico. El derecho expresa la tesis de la denominada autosuficiencia del fenómeno normativo, se considera

una construcción coherente, unitaria, completa y solidificada” (Martínez Paz, citado por Urquiza, 2018.). En el cruzamiento de categorías conceptuales pre citadas, se observa aquí una respuesta parecida a la del positivismo excluyente.

Como contrapartida, el paradigma multidimensional “se caracteriza por estudiar a los fenómenos jurídicos en forma multidimensional, a través de la interdisciplinariedad. Ésta última se define como “(...) la interacción entre dos o más disciplinas, que, sin perder su identidad, buscan una síntesis integradora. Se caracteriza, además, por el movimiento continuo que surge de los marcos conceptuales y de las cuestiones prácticas del desarrollo de las ciencias y en este caso, de las ciencias jurídicas” (Urquiza, 2018). Una visión del derecho comprensiva de valores, ya sea de carácter objetivo con fundamento metaético, o, anclados en hechos sociales positivadores, parece ser acorde a un paradigma multidimensional. Esto a su vez se condice con las posturas dogmáticas citadas al principio sobre la democracia y la garantía de imparcialidad judicial.

En el presente trabajo se pretende analizar estas categorías frente al discurso sentencial de la Corte Suprema Argentina en la resolución dictada en “Rueda, Alba c/ Arzobispado de Salta s/ hábeas data”, del 20/4/2023, oportunidad en la que la Corte ratificó la incompetencia de los tribunales civiles respecto a los registros eclesiásticos sobre los datos identitarios de una persona trans.

El caso involucra diversos aspectos de relevancia para el análisis discursivo de la sentencia en términos de “discurso de poder” sobre los derechos de las disidencias sexo genéricas, especialmente lo relativo a la identidad y a la libertad de culto, categorías substanciales puestas en tensión; permitiendo también, revisar las decisiones judiciales en términos de reconocimiento de derechos de las llamadas minorías, y su impacto en la salud de las personas, como bienestar psicofísico.

II. Los derechos de las disidencias sexo genéricas frente a la identidad

1. Las disidencias sexo genéricas como “categorías sospechosas”

El reconocimiento de los derechos fundamentales de las disidencias sexo genéricas como colectivo identitario, puede enmarcarse dentro del “fenómeno de los Derechos Humanos”, cuyo hito normativo inaugural se reconoce en la “Declaración de los Derechos Humanos” (ONU, 1048) (Rabossi, 1990: 161).

En lo fáctico, los DDHH aparecen en respuesta a hechos y movimientos históricos que reafirmaron y profundizaron sistemas institucionalizados de discriminación estructural y sometimiento sobre grupos minoritarios, persistentes aún ante hipótesis normativas de igualdad formal.

Desde la Escuela de Frankfurt, Axel Honneth, en su obra “La lucha por el reconocimiento”, propone desarrollar una teoría que facilite la comprensión de los conflictos morales y políticos de las sociedades contemporáneas a partir de los derechos humanos. En su “Teoría del Reconocimiento”, Honneth procura elaborar “...una teoría crítica de la sociedad en la que los procesos del cambio social deben explicarse en referencia a pretensiones normativas, estructuralmente depositadas en la relación del reconocimiento recíproco”. El principal objetivo es dar cuenta de la “gramática moral de los conflictos sociales” mediante un concepto de acción social con contenido normativo. Para esto, considera necesario que

la teoría se remita a las expectativas y experiencias contenidas en las interacciones entre grupos sociales, puesto que solamente allí es donde se hace visible la conexión entre pretensiones de reconocimiento y demandas sociales". El punto de partida está dado por mostrar que el desarrollo moral de los conflictos sociales está conectado con la realización de la individualidad; para lo cual propone tres formas sociales de reconocimiento capaces de dar cuenta de todas las motivaciones morales presentes en múltiples luchas sociales: el amor, el derecho y la solidaridad. En cuanto al derecho, espacio que constituye una dimensión universal del reconocimiento, la lucha por el reconocimiento jurídico se muestra como motor del entero orden social, ya que los conflictos que en ella surgen, aluden a obligaciones morales válidas para todos los miembros de la sociedad. Honneth observa en esta postura, una superación de otra precedente, donde el reconocimiento social y jurídico estaba ligado a la idea de estima social, propia de órdenes premodernos en el que los individuos eran valorados en el marco de un sistema de prestigio preestablecido y por su sola pertenencia a los mismos. Por ello, considera que las expectativas de reconocimiento requieren que las personas sean miradas y respetadas en su singularidad. Caso contrario, se genera un tipo de experiencias negativas que se pueden llamar "menosprecio" o "agravio moral" y que constituyen la fuente motivacional de todos los conflictos sociales. Las luchas sociales se interpretan, entonces, "según una gramática cambiante de reconocimiento y de menosprecio" (Honneth 1997: 199), es decir, surgen cuando las personas se sienten privadas de un reconocimiento social que consideran les corresponde y perciben que su identidad y autonomía es puesta en peligro (Robles, 2023, p. 881).

En otras palabras, como exponente de la Teoría Crítica, Honneth utiliza la teoría de los derechos humanos para explicar los cambios sociales a partir de sentimientos de sufrimiento e injusticia de determinados grupos sociales. Desde esta perspectiva, el movimiento de las disidencias sexo genéricas para lograr el reconocimiento de sus derechos humanos fundamentales, constituye sin dudas uno de estos movimientos.

A nivel constitucional, la regulación de los DDHH hace foco en los derechos fundamentales de libertad e igualdad, pero este último, ya no en el sentido de igualdad formal, sino de igualdad real o material. La tutela jurídica de las llamadas categorías vulnerables, toma especial importancia, no sólo en términos normativos de reconocimiento de derechos, sino también en los aspectos prácticos, derivados de la efectivización de esos derechos.

En la Constitución Nacional Argentina, a partir de la reforma de 1994, en el artículo 75 inc. 22, se dió rango constitucional a diversos Tratados de Derechos Humanos, receptando normativa convencional de protección de los DDHH, prohibitiva de la discriminación. Si bien entre los mencionados no se encuentra la específica sobre disidencias sexo genéricas, sí se advierte una orientación hacia la tutela efectiva de los DDHH fundamentales con base en el respeto a la diversidad.

Por "disidencias sexo genéricas" se designa al colectivo o grupo compuesto por personas que no se identifican con ninguna de las categorías binarias, varón o mujer; en sustitución de otras denominaciones, también de amplia aceptación, como, por ejemplo, personas LGBTIQ+ donde el signo más deja abierto el concepto a toda expresión posible de elección sexual y de género.

Otra forma de designarlas ha sido la denominación "minorías sexuales". Se adopta la primera denominación, a fin de contrarrestar lo señalado por Urquiza (2018), cuando

refiere que el término “minoría” se corresponde con una mirada donde la superioridad en número es percibida como una jerarquía, o referencia a la forma dominante. La elección pretende no replicar ese lenguaje de dominación, si bien no obsta a reconocer que la ubicación del colectivo dentro de las minorías vulnerables, facilita su abordaje con preferente tutela.

Asimismo, hablar de “disidencias sexo genéricas” permite poner énfasis en las diferencias conceptuales entre las categorías “sexo” y “género”, remarcando además al disenso como una postura válida y respetuosa de la individualidad humana, así como del libre albedrío como respeto irrestricto al valor libertad.

En tal contexto, desde la teoría de los DDHH, se puede encuadrar a las disidencias sexo genéricas dentro de las llamadas “categorías sospechosas”, en alusión a grupos o colectivos vulnerables que a lo largo de la historia fueron objeto de discriminación estructural, o que, por distintas razones, han visto restringido el conocimiento y acceso a ciertos derechos.

Palacio (2021: tomo I:221), indica que las categorías sospechosas, consisten en fórmulas preferenciales o diferenciadas arbitrariamente según condiciones comunes a sexo, nacionalidad, raza, religión, razones étnicas, posición económica, condición social, caracteres físicos u otras particularidades. Para encuadrar a un determinado grupo en esta categoría, propone las siguientes características: base en rasgos permanentes de las personas que no dependen de su voluntad a riesgo de perder su identidad, sometimiento histórico a patrones de valoración cultural de menosprecio, no responden a criterios de distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales (Comisión IDH, citado por Palacio, 2021: tomo I:222).

Hecho el encuadre, la categoría sospechosa se constituye en un estándar de análisis que “...implica que las leyes que contienen determinadas categorías de clasificación (como ser la religión, el género, el origen nacional, etcétera) pueden presumirse afectadas de inconstitucionalidad y aquél que pretenda sostener su validez deberá demostrar que existen razones públicas imperativas para justificar esa distinción, no bastando justificar que la misma parece razonable o conveniente” (Kantor, 2011, citado por Urquiza, 2018). La persona afectada, asimétricamente, tiene la prerrogativa de no tener que argumentar que ha sido afectado su derecho constitucional a la igualdad de trato ante la ley, pues en el caso de tratos diferentes fundados en categorías sospechosas, se presume que la afectación existió por el sólo recurso a un criterio de esas características. Esto se traduce en un escrutinio estricto al valorar la constitucionalidad de las normas (Saba, 2008).

En cuanto a la repercusión de las categorías sospechosas en el análisis judicial, la propia CSJN argentina, ha dicho que “el fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de desventaja en las que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias como, por ejemplo, razones sociales, étnicas, culturales religiosas, entre otras” (CS, Fallos 340:1795 – 2017, citado por Palacio, 2021 tomo I:223).

En diversas oportunidades la Corte se ha expedido al respecto, pudiéndose citar, entre otros, los fallos Repetto, Inés c. Provincia de Buenos Aires (Fallos 311:2272), Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (Fallos 327:5118), R.A., D. c/ Estado Nacional, Recurso de hecho, R. 350 XLI, Gotts-

chau, Evelyn Patricia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo, Recurso de hecho, G 841. XXXVI y G 835. XXXVI, González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba, (Fallos 323:2659), Sisneros Mirtha Graciela y otros c Taldelva SRL Recurso de hecho S. 932. XLVI.

Señala Saba (2008) que, para la Corte argentina, “o, más específicamente para los jueces Petracchi y Bacque, primero, y para los jueces Argibay y Maqueda, más tarde, las categorías sospechosas en el derecho argentino son fundamentalmente, pero no exclusivamente, un derivado del principio de no discriminación. Por ello, este autor propone transicionar del deber estatal a tutelar el derecho a no ser discriminado, a un deber del Estado de evitar el sometimiento.

De lo dicho surge que realizado el encuadre de las disidencias sexo genéricas dentro de la categoría conceptual sospechosa, estos estándares deberían estar presentes en el juzgamiento de casos que las involucren.

2. Identidad de género e Identidad de Nombre

Una de las principales conquistas normativas de las disidencias sexo genéricas es el reconocimiento del derecho a adecuar el nombre a su identidad de género autopercebida.

En este sentido, en el contexto internacional, podemos citar los Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género - Principios de Yogyakarta (ONU/2007)-, instrumento que contiene pautas orientativas de actuación e interpretación del derecho. En el tema bajo análisis, destaca el Principio N° 3, Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica, que dispone en su punto c la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas necesarias a fin de asegurar que existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona reflejen la identidad de género que la persona define por y para sí.

Se complementa a su vez con el Principio 19, Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión, donde el punto c impone a los Estados adoptar todas las medidas necesarias a fin de asegurar el pleno disfrute del derecho a expresar la identidad o la personalidad, incluso a través de la elección de nombre o cualquier otro medio.

También, en función de la propuesta transversal realizada, destaca el Principio 21, Derecho a la Libertad de Pensamiento, de Conciencia y de Religión, cuya enunciación general indica que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Estos derechos no pueden ser invocados por el Estado para justificar leyes, políticas o prácticas que nieguen el derecho a igual protección de la ley o que discriminen por motivos de orientación sexual o identidad de género”.

En otras palabras, se normativiza a nivel de principio el derecho a “tener un documento de identidad que refleje la identidad de género que la persona define por y para sí”, completándose los principios originales con los Principios Adicionales de Yogyakarta YP+10” (ONU, 2017) donde se reforzó el derecho a la “protección del Estado ante cualquier forma de discriminación, violencia o daño cometido por agentes estatales o cualquier individuo o grupo contra una persona por su orientación sexual o identidad de género”, así como

el “derecho a la integridad psicofísica” (AJUV, 2022).

En la legislación interna, destaca la Ley 26.743 de Identidad de Género (2012), que reconoce a la identidad de género como un derecho humano fundamental, el que podrá o no corresponder con el sexo asignado al momento de nacer. De manera expresa se establece el derecho a que se ajusten los registros que acreditan el nombre, imagen o sexo para reflejar la identidad de género autopercibida, siendo los trámites necesarios a tal fin gratuitos.

III. La temática religiosa y su importancia en la conformación identitaria de las personas

Al amparo de un tema común, la identidad de nombre de las personas pertenecientes a disidencias sexo genéricas que profesan el culto católico, el análisis discursivo del fallo “Alba Rueda...” transversaliza dos temáticas disímiles; los derechos de las disidencias sexo genéricas, y el derecho humano a participar de una religión y profesar el culto que se decida (libertad de culto), en el caso, el catolicismo, religión predominante en la República Argentina.

Por su parte, la identidad de las personas humanas, constituye un instituto complejo con múltiples aristas y dimensiones que integralmente componen un fenómeno jurídico unívoco, comprensivo desde su reconocimiento como derecho subjetivo, a su caracterización como bien jurídico indispensable para la existencia de la personalidad, sin constituir en ese sentido, un derecho propiamente dicho. Es postura de esta autora defender la tesis del doble carácter, siendo además la identidad de nombre, un derecho humano. Para el civilista italiano De Cupis (1845 – 1930), la identidad se define como “el ser sí mismo con los propios caracteres y acciones”. Se destaca así una dimensión individual pero también una social, que es precisamente lo que la convierte en un bien digno de tutela jurídica ante la agresión, y, por ende, trasmutable a un derecho de la personalidad (Cifuentes, 2008: 703-711).

Sin desconocer las discusiones que ha generado la categoría DDHH, específicamente en la búsqueda de un fundamento común que los justifique como un componente esencial del mundo jurídico, “...un lenguaje indiscutible, asumido como universal” (Benhabib, 2008: 175); desde el punto de vista del reconocimiento de derechos y la agencia normativa propia de los DDHH (Sánchez Brígido, 2019), la “identidad de nombre”, en cuanto atributo de la personalidad, involucra el “reconocimiento” de la persona en base a un nombre, tanto frente a sí mismo como frente a la sociedad, lo que es requisito previo a la agencia normativa.

Lo religioso constituye un aspecto determinante de este “ser sí mismo” de la persona frente a su individualidad y también frente a la sociedad. De allí el reconocimiento normativo de la libertad de culto (artículo 14 CN) y el derecho a elegir una religión para profesar como contenido identitario.

Asimismo, el artículo 2 de la CN, indica que el Gobierno Federal sostiene el culto católico apostólico romano. Esta norma demuestra la profunda raigambre católica del país como religión dominante, y obliga a analizar el tema traído a consideración, con especial interés en la ideología subyacente y su influencia en la garantía de imparcialidad de los jueces.

Es de destacar que la corriente neoconstitucionalista refuerza a la libertad de culto como expresión del pluralismo, ya que “históricamente, la religión era algo que se daba por sentado, junto con las normas morales, los supuestos acerca de las relaciones interpersonales y la identidad personal. La modernidad permitió que se pasara del “destino” a la “elección” ... El pluralismo religioso, hoy ya globalizado, debilita lo dado por sentado en materia de fe.” (Urquiza, 2023:3).

Van Dijk (2003: 11-12), habla del “conocimiento sociocultural”, como aquel referido a las creencias generales compartidas por un grupo social o cultural, o incluso con otros grupos de la misma índole. Señala que “desde el nacimiento hasta la muerte, la gente adquiere este volumen de conocimiento, que va desde el idioma(s) y los principios de interacción, a la gente y los grupos con los cuales interacciona; los objetos del entorno; las instituciones de la sociedad, y más adelante, los medios de comunicación o el discurso educativo. Estas creencias compartidas socialmente forman la memoria social. El conocimiento sociocultural se convierte en un sistema central de representaciones mentales en la memoria social”. Por otra parte, el mismo autor alude una forma de conocimiento denominado “Fundamento Común” (Common Ground), referido a un cuerpo de conocimiento enorme que nunca se cuestiona, y que todos los miembros potencialmente competentes de una cultura, aceptan.

Peter Berger (2005, citado por Urquiza, 2023), hablando del pluralismo religioso y su relevancia en las sociedades modernas, indica que “La modernidad no necesariamente conduce a la decadencia de la religión. A lo que sí lleva, más o menos necesariamente, es al pluralismo religioso. Los avances modernos –las migraciones y los viajes masivos, la urbanización, la alfabetización y, lo más importante, la tecnología de las comunicaciones- han generado una situación en que distintas tradiciones religiosas están presentes unas para otras de un modo sin precedentes en la historia. Por razones obvias, esta interacción se ve facilitada cuando la libertad religiosa está protegida legalmente. Pero incluso allí donde los gobiernos intentan, en diversos grados, limitar o suprimir el pluralismo religioso (como sucede en China, India y Rusia) es difícil que lo consigan en las circunstancias actuales”.

Urquiza (2023) trae a colación que “al no existir lo que Alfred Schütz (1899-1959) denominaba el “mundo que se da por sentado”, la modernidad está “cercada de incertidumbre” y las personas buscan mitigarla en las comunidades religiosas basadas en decisiones individuales y no ya en un destino inexorable”. Aclara que toda persona religiosa tendrá, en ciertas oportunidades, conflictos con un régimen democrático cuando la legislación vaya en contra de normas religiosas profundamente arraigadas; como es el caso de los testigos de Jehová con los símbolos patrios.

Si bien se está haciendo referencia a una minoría religiosa, el comentario luce absolutamente ajustado al caso “Alba Rueda” en el que centraremos el análisis discursivo, toda vez que, si bien trata de una cuestión relacionada con la religión mayoritaria, se refiere a una persona que accede a justicia por su pertenencia a las disidencias sexo genéricas, invocando la afectación de sus derechos fundamentales reconocidos en la legislación interna argentina, en base a la interpretación y alcance de normas religiosas de profundo arraigo.

Concretamente en la sentencia analizada se pone en juego la divergencia entre el nombre actual de la actora en los registros civiles, logrado a partir de su adecuación a su

identidad de género; y el persistente en los registros eclesiásticos católicos, conforme su nombre anterior, correspondiente a su sexo biológico.

Previo a abordar el análisis discursivo sentencial propuesto, cabe destinar algunos párrafos a la potencialidad dañosa del nombre en cuanto a la integridad espiritual de las personas, que lo emparenta y coliga con un efectivo disfrute del derecho a la salud, entendida como un bienestar psicofísico integral.

El tema ha sido trabajado en profundidad por Butler (1997:16), al hablar sobre la vulnerabilidad lingüística a la que estamos sometidos como seres formados en el lenguaje cuyo poder constitutivo nos precede y condiciona.

Debe tenerse en cuenta que el nombre nos es asignado apenas nacemos. Su elección es incluso a veces preexistente al nacimiento, y, por ende, es el resultado de una elección de terceros, cuando el nombrado carece de conciencia plena en su condición de infante. Otro tanto similar acontece con la elección del culto en el que el niño o niña son formados desde sus inicios.

Señala Butler (1997:17-78) que el nombre aporta la posibilidad de existencia social, con el que se nos inicia en la vida temporal del lenguaje, la que además excede los propósitos previos que animan ese nombre, no estamos simplemente sujetos por el nombre con el que somos llamados. Indica que “...ser el destinatario de una alocución lingüística no es meramente ser reconocido por lo que uno es, sino más bien que se le conceda a uno el término por el cual el reconocimiento de su existencia se vuelve posible. Se llega a “existir” en virtud de esta dependencia fundamental de la llamada del Otro. Uno “existe” no sólo en virtud de ser reconocido, sino en un sentido anterior, porque es reconocible”. De este reconocimiento, dado a través de un acto que precede a la voluntad del sujeto, depende necesariamente la posibilidad de agencia futura. De allí la importancia y poder del acto de nombrar, por cuanto el mismo requiere de al menos dos sujetos quién nombra y el nombrado, que, a su vez, tendrá a futuro, en base a ese reconocimiento, la posibilidad de nombrar a otros. Ahora bien, la verdadera performatividad, - o agencia performativa-, del acto de nombrar se advierte no sólo en cuanto al poderío del acto locucionario de quién lo lleva a cabo, esto es de quien nombra, sino también en cuanto al abanico de posibles efectos que se abre a partir de la subjetividad propia del nombrado. Citando a Benveniste, la autora indica que “las condiciones de posibilidad para llegar a ser “yo” en el lenguaje, son indiferentes al “yo” en el que uno se transforma.

Si bien Butler analiza los temas expuestos en el contexto de nombres hirientes o amenazantes entre otros supuestos, centrada en la dañinidad del nombre en cuanto acto lingüístico, los conceptos vertidos guardan relevancia general en torno a la identidad de nombre, y la solicitud de cambio en el marco de la identidad de género.

IV. Análisis del Discurso jurídico en el fallo Rueda Alba c Arzobispado de Salta

1. El caso

El 20/4/2023, la CSJN dictó sentencia en los autos “Rueda, Alba c/ Arzobispado de Salta s/ hábeas data”, resolviendo un recurso extraordinario planteado por la accionante contra la decisión adoptada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, de Salta, decisión en la que confirmó la resolución antecedente, sobre la incompetencia de los

tribunales civiles respecto a los registros eclesiásticos.

Los motivos de queja giraron en ratificar la petición de que se rectifiquen los registros de bautismo y confirmación de la actora, receptando su nuevo nombre e identidad de género auto percibida. Se invocó, a tal efecto, normativa convencional, constitucional, e interna sobre identidad de género, así como de manera analógica, disposiciones del Código de Derecho Canónico sobre reposición de actas bautismales en caso de adopción de personas menores de edad. En subsidio, se solicitó la inconstitucionalidad de la ley 17.032, que aprobó el Acuerdo y Concordato de 1966 entre nuestro país y la Santa Sede, para el caso en que se interpretara que, de las disposiciones pertinentes, se derivaba la posibilidad de “desoir” los derechos constitucionales que se aducían violentados.

En síntesis, el caso involucra en primer lugar, el reparto de competencias entre los Poderes del Estado y la Iglesia Católica conforme el reconocimiento dado a dicha institución en la CN, y el Acuerdo y Concordato de 1966. En segundo lugar, aborda a las disidencias sexo genéricas en los aspectos identitarios y religiosos, desde una perspectiva de DDHH como la identidad, la libertad de culto, la igualdad, y su contracara, derecho a no sufrir discriminación. Finalmente, desde la perspectiva consecuencialista, no puede omitirse del análisis conclusivo a los efectos del reconocimiento identitario sobre la salud de las personas en cuanto a su integridad psicofísica.

En síntesis, a partir del análisis del discurso jurídico empleado en la sentencia, se propone revisar o reflexionar sobre los aspectos subyacentes al contenido sentencial, pero sin dejar de lado, las implicancias, también discursivas, de aquellos aspectos silenciados en caso de detectarse una fundamentación aparente, especialmente sobre la posible afectación de los derechos identitarios de las disidencias sexo genéricas, y a la tensión constitucional denunciada por la accionante, entre la Constitución Nacional y la legislación interna considerada aplicable, que dio fundamento a la resolución.

2. Antecedentes de la Corte Suprema en el tratamiento de cuestiones referidas a la temática religiosa

Un punto de partida necesario es la revisión de los antecedentes de la Corte en cuanto temas religiosos, en lo que se pueden distinguir las resoluciones referidas al culto católico, dominante en Argentina; y por el otro, las correspondientes a minorías religiosas, que guardan interés para el análisis discursivo de la sentencia analizada, en la que aparece otra “minoría”, aunque no religiosa.

El tema es abordado por Urquiza (2023), quién en el primer grupo trae a colación el fallo Castillo (2017), al que califica como heterogéneo con una disidencia parcial nómica ortodoxa; por la mayoría, los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda, en disidencia parcial Rosatti. Su análisis completo excede el marco de este trabajo, resaltándose que, en definitiva, la Corte concluyó validando la expresión del culto católico en las escuelas laicas y públicas, en el horario escolar.

Sobre “minorías religiosas”, la misma autora señala que los fallos de la Corte pueden agruparse “en sentencias que se refieren a los testigos de Jehová, la educación y los símbolos patrios (Asociación de Testigos de Jehová, 2005) y en sentencias que se refieren a los testigos de Jehová y las intervenciones médicas (Albarracini Nieves, 2012)”. En el primer caso, se ubica la sentencia Asociación de Testigos de Jehová (2005) referidas

a las personas testigos de Jehová, la educación y los símbolos patrios, estando la Corte integrada por los jueces Petracchi, Belluscio, Maqueda y Lorenzetti (voto mayoritario), y conjuntamente “según su voto”, pero apoyando la decisión mayoritaria, Fayt y Argibay. Por la disidencia vota la ministra Highton de Nolasco. En opinión de Urquiza (2023), allí se evidenció una profunda disidencia entre los ministros de la Corte, tanto quienes redactaron el voto, como quienes votaron con la mayoría bajo la modalidad “según su voto”, entendiendo que no se había conformado un caso constitucional en el que la Corte debiera fallar, y por tanto sin respuesta al problema de fondo. Veremos que lo mismo ocurrió en la sentencia bajo análisis. Por su parte la ministra Highton, votó abriendo la puerta a la consideración del tema en el marco del reconocimiento de los derechos de las minorías a partir de la reforma constitucional de 1994, a lo que la autora mencionada le otorga un alto valor simbólico. En el segundo caso, (Albarricini Nieves, año 2017), la decisión fue unánime, aunque con un bloque conformado por Highton y Maqueda, mientras que Fayt y Petracchi se pronunciaron según su voto; todos afines a los modelos jurídicos multidimensionales (Urquiza, 2023).

3. Discurso sentencial en Rueda Alba c Arzobispado de Salta

Las reflexiones vertidas, se han pronunciado con un propósito concreto que es el análisis discursivo de la sentencia de la CSJN en “Rueda Alba c Arzobispado de Salta”, por lo que se procurará hacer un análisis descriptivo de la voluntad sentencial y el discurso que le da sustento, transversalizando dicho análisis con algunas observaciones críticas sobre lo dicho, y sus implicancias como “discurso de poder”.

En cuanto a la conformación de la voluntad sentencial, en esta oportunidad la CSJN, integrada por los ministros Lorenzetti, Maqueda, Rosatti y Rosenkrantz, emite una resolución unánime, condensada en un único voto, estructurada en 15 considerandos. Los seis primeros resultan descriptivos de la historia procesal de la causa desde sus inicios hasta la interposición del recurso extraordinario, adentrándose a partir del punto 7 en los argumentos sentenciales propios que dan sustento a la solución adoptada.

Como primer dato relevante, surge una composición de la Corte en cuanto al género de sus integrantes, en su totalidad varones; posiblemente de impacto para el análisis comparativo con otras resoluciones dictadas durante la anterior integración con las ministras Argibay y Highton, en especial el mencionado fallo Albarricini.

En cuanto al contenido, inicia el considerando 7 diciendo:

“Que el recurso extraordinario es admisible en tanto se controvierte la inteligencia que el tribunal apelado otorgó a dicho Concordato y a diversas cláusulas constitucionales y de tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional relativas a la tutela judicial efectiva, al principio de igualdad y no discriminación y a la libertad de culto, y la decisión ha sido contraria al derecho que la actora fundara en ellas (artículo 14, inciso 3°, ley 48)”.

Como nota saliente de este punto, destacamos que allí se detalla con precisión la tensión o conflicto normativo traído a consideración entre las normas del Concordato, y las de la Constitución Nacional y normas convencionales de los Tratados de DDHH. Lo cierto es que los aspectos destacados se ven luego silenciados en el pronunciamiento frente a un abordaje aparente, limitándose los aspectos efectivamente tratados a la libertad de culto.

Por su parte el considerando 8 se desarrolla el principio de neutralidad religiosa adoptado por la Constitución Nacional, dando así contexto a la resolución. Se destacan los párrafos primero y último:

“Que la cuestión a resolver por el Tribunal exige tener presente el Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina de 1966, cuyo artículo I establece: “El Estado Argentino reconoce y garantiza a la Iglesia Católica Apostólica Romana el libre y pleno ejercicio de su poder espiritual, el libre y público ejercicio de su culto, así como de su jurisdicción en el ámbito de su competencia, para la realización de sus fines específicos”, Concordato al que la Constitución Nacional ha reconocido jerarquía superior a las leyes (conf. artículo 75, inciso 22, primer párrafo, de la Ley Fundamental).”

En este párrafo, si bien se señala, conforme el orden jerárquico normativo vigente en el derecho argentino, que el Concordato cuenta con una jerarquía superior a las leyes, implícitamente se dice también que dicha jerarquía no es superior a la Constitución ni a los tratados de DDHH receptados en el artículo 75 inc. 22 CN. Veremos cómo influye este aspecto en el análisis crítico de la decisión adoptada.

Dice el párrafo final:

Tal principio de neutralidad del Estado en materia religiosa no solamente impide que el Estado adopte una determinada posición religiosa -o bien la de los no creyentes, que no sustentan ni niegan idea religiosa alguna- sino que también le impone tolerar el ejercicio público y privado de una religión, exigencia que -como regla- fulmina cualquier intento de inmiscuirse en los asuntos que no exceden del ámbito de la competencia de la iglesia en cuestión. Es esa libertad, precisamente, la que protege a las comunidades religiosas de todos los credos para que puedan decidir por sí mismas, libre de la interferencia estatal, los asuntos de su gobierno, fe o doctrina.

Desde el discurso jurídico, algunas de las expresiones vertidas indican aspectos de relevancia discursiva, como por ejemplo un posicionamiento ideológico entre Nosotros y Ellos (Van Dikj, 2003), implícita al colocar en primer lugar la alusión a que la neutralidad religiosa no impide al Estado (nosotros, los jueces como parte del Estado) de adoptar una determinada posición religiosa, en este caso la católica apostólica romana, conforme las normas constitucionales mencionadas en el desarrollo anterior del voto.

Por otra parte, el uso del término tolerar, encuadra un discurso de poder conforme el cual se abandona la visión de respeto por la otredad, puesta de resalto por Urquiza al analizar el voto de la anterior ministra de la Corte, Helena Highton, en la causa Albarracini del año 2012 (Urquiza, 2023).

Finalmente, la proposición “...exigencia que -como regla- fulmina cualquier intento de inmiscuirse en los asuntos que no exceden del ámbito de la competencia de la iglesia en cuestión”, adolece de una importante vaguedad al hacer referencia a “asuntos que no exceden el ámbito de competencia de la iglesia en cuestión”, lo que se condice con el primer párrafo que transcribiéramos más arriba sobre los términos del artículo I del Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina de 1966, donde se alude al ámbito

de competencia “para la realización de sus fines específicos”.

Vuelve sobre el punto más abajo, al indicar en el considerando 9 que lo dicho implica que los jueces deban deslindar cuándo se está en presencia de competencia eclesiástica y cuando no, diciendo:

“Tal reconocimiento implica la más plena deferencia al ordenamiento jurídico canónico para regir aquello vinculado con la “realización de sus fines específicos”. De ello se sigue que no es admisible que se pretenda canalizar todo disenso individual planteado por algún fiel sobre ciertos aspectos del dogma, doctrina, culto o disciplina —por respetables que pudieran ser— a través del accionar de órganos estatales. Ello implicaría una interferencia inaceptable en la autonomía interna reconocida a la demandada.”

La amplitud de los casos a incluir en “aspectos del dogma, doctrina, culto o disciplina”, son cuestiones que requerían mayor precisión en el fallo, sobre todo a la hora de cotejarlos con los derechos invocados por la accionante, sobre lo que el voto sólo realiza un abordaje superficial y aparente.

En el considerando 10, tras señalar que los registros sacramentales se encuentran exclusivamente regulados por el derecho canónico, -y allí se anticipa la conclusión a la que se llegará-, se consigna lo siguiente:

“...Contrariamente a lo expresado por la demandada, no tienen la virtualidad de probar la “identidad civil” que, en su caso, es acreditada mediante los instrumentos públicos respectivos. En definitiva, la forma y el contenido de los registros sacramentales, como así también lo atinente a su modificación o alteración, son temas exclusivamente vinculados con la realización de los fines específicos de la Iglesia Católica...”.

Aquí, parece que la Corte le hace decir a la accionante lo que no dijo, o al menos al colocar la referencia en primer lugar, lo dota de un énfasis que no tenía, ya que la petición no estaba direccionada a brindar virtualidad a los registros sacramentales sobre la identidad civil, sino a la inversa, a la posibilidad de que su identidad civil condicionara la identidad religiosa en los registros sacramentales.

“Por lo demás, la pretendida extensión de los efectos de una ley civil a un ámbito diverso como lo es el eclesiástico, luce incompatible con la libertad religiosa constitucionalmente garantizada. No puede desconocerse que la legislación civil y la legislación canónica regulan materias diferentes ya que el ámbito civil resulta distinto e independiente al religioso (arg. “Sisto y Franzini”, Fallos: 321:92), por lo que es improcedente pretender que la ley civil coincida con la regulación canónica (arg. “Villacampa”, Fallos: 312:122). Tal distinción se compadece con el resguardo de la autonomía de conciencia, de la libertad individual y de cultos, derechos de los que surge el principio de neutralidad religiosa del Estado, como ya se ha señalado en este pronunciamiento.

No se advierte con claridad la conexión lógica entre la premisa inicial y la conclusión arriba-
da, aún pese a la consideración de la segunda premisa, lo que en algún punto podría resul-
tar contrario a considerar este párrafo como una adecuada fundamentación lógica y legal.

Esto se observa también en la parte final del considerando 12 donde se aborda la cuestión referida al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, indicándose a modo de cierre lo siguiente:

“...no se ha verificado en la presente privación de justicia, en cuanto la actora ha recibido una respuesta judicial idónea, oportuna y eficaz que, ponderando la pretensión deducida a la luz de la normativa aplicable, resolvió, de manera razonable, su desestimación”.

La amplitud de los conceptos citados, atenta contra el requerimiento de una respuesta judicial más profunda, acorde a la imparcialidad substancial y a la seguridad jurídica en cuanto a contenidos sentenciales comprensivos de valores constitucionales que consideren el ordenamiento jurídico de manera integral. De allí la respuesta a la pregunta de si ha habido respuesta judicial, resulta afirmativa, pero no ocurre lo mismo con preguntarse si esta respuesta ha sido idónea y eficaz (posiblemente sí oportuna) y mucho menos sobre si constituye una respuesta razonable, aspecto en el que persiste el interrogante.

También, calificar a la respuesta brindada como razonable, implica en cierta forma pronunciarse de manera implícita a favor de la respuesta dada a la accionante por la accionada, sobre lo que se consideró que no había competencia para resolver.

Finalmente, se destina en el considerando 13 un espacio para el derecho de igualdad y no discriminación:

“Que, en las particulares circunstancias de la causa, no cabe formular mayores consideraciones respecto a los planteos de la actora referidos a que la demandada violó su derecho a la igualdad y a la no discriminación en virtud de la negativa del Arzobispado de Salta a modificar sus registros de bautismo y confirmación, sobre la base de sostener que ello menoscaba su “posibilidad como mujer trans de participar de los ritos religiosos de la Iglesia a que pertenezco”.

En efecto, la actora no ha logrado demostrar, siquiera de manera indiciaria, que la negativa de rectificar los registros sacramentales de la específica manera pretendida, o que la anotación marginal en el acta de bautismo, importen un trato discriminatorio respecto de otros miembros de la Iglesia Católica. Por el contrario, la demandada dio fundamentos suficientes para tener por cierto que tanto la referida negativa como la anotación marginal se sustentaron en razones de índole exclusivamente religiosa -la necesidad de mantener la integridad de su doctrina-, es decir, en la realización de los fines específicos de la Iglesia en el ámbito de la autonomía y libertad religiosa que le reconoce la Constitución Nacional y el Acuerdo de 1966, como así también que solo tienen efectos dentro del ejercicio del culto libremente elegido por la demandante.

Estos párrafos finales, trasuntan el discurso de poder implícito de una ideología dominante en la Argentina referida a la tradición católica de nuestra sociedad. Se omite absolutamente la consideración de las disidencias sexo genéricas como colectivo vulnerable o “categorías sospechosas”, que representa un estándar de análisis necesario. Con ello se valida una relación de sometimiento de la categoría sospechosa al grupo dominante.

Al indicar que no se advierte trato discriminatorio respecto a otros miembros de la Igle-

sia Católica, en cierta forma se invierten los roles, por cuanto el tema a analizar era si se configuraba en el caso una hipótesis discriminatoria hacia la accionante como persona trans, y no a la inversa.

De allí que la sentencia contenga un “juicio de indiscriminación” insuficiente, que se traduce en un fundamento incompleto, sesgado y aparente.

Más allá de que un fundamento diferente, que corrija los errores expuestos, pudiera incluso dar lugar a idéntica solución, lo que no es materia de análisis; lo cierto es que, al no haberse contemplado estos extremos traídos específicamente a la consideración del órgano judicial, corresponde cuestionar la afirmación de que en el caso se ha dado cumplimiento a la tutela judicial efectiva.

V. Conclusiones analíticas

La sentencia de la CSJN en “Alba Rueda...” desarrolla ampliamente lo relativo a las normas religiosas, pero sin tener en consideración, -incluso a nivel de la libertad de culto-, la afectación invocada en concreto; ya que la accionante se reconocía así misma como profesante del culto católico y en tal sentido, aducía que la no adecuación de los registros canónicos con su identidad civil, adecuada a la auto percibida, le vulneraban “sus” derechos al libre ejercicio del culto. Poco, casi nada, se desarrolla sobre los derechos de la accionante conforme su pertenencia al colectivo vulnerable invocado y que denuncia en pugna con los términos del Concordato y Acuerdo de la Santa Sede del año 1966.

En segundo lugar, si bien el profuso desarrollo de la libertad de culto en el derecho argentino se realiza con mención a su encuadre en el neoconstitucionalismo, - y con ello se abre la puerta a la consideración de principios constitucionales-, el fallo parece mostrar mayor apego a un modelo unidimensional que al paradigma multidimensional, propio de los modelos jurídicos caracterizados por el reconocimiento y visibilización de las minorías.

Un indicio en torno a ello es la ausencia de análisis del colectivo de las disidencias sexo genéricas desde el estándar de categoría sospechosa, conforme la teoría general de los DDHH.

En cierta manera, el resolutorio parece hacer caso omiso de la evolución social y jurídica de los DDHH y el reconocimiento de las minorías identitarias, que exige un abordaje transversal e interseccional, acorde a un diálogo de fuentes.

Se observa así, un posible anacronismo de la sentencia bajo análisis, incluso en relación a las dictadas en la anterior integración de la Corte, por ejemplo, en la Sentencia Albarracini (2012).

Lo dicho no resulta baladí, por cuanto la historia de lucha por la igualdad real de las personas humanas, está plagada de avances y retrocesos, que el principio de no regresión, no logra a frenar.

Asimismo, se advierte en el discurso un uso de las negaciones, respecto a lo que Van Dijk (2003: 47) señaló como “...Negaciones. Es muy típico en los discursos con prejuicios el juego de la negación, la Negación aparente es la más conocida: yo no tengo nada en

contra de X, pero... Se denomina negación aparente porque sólo la primera parte niega los sentimientos negativos o el racismo respecto a un grupo, mientras que el resto del discurso afirma aspectos muy negativos de los otros. La negación en este caso funciona en primer lugar como una forma de auto-presentación positiva, una forma de mantener las apariencias: los emisores quieren evitar que los receptores tengan una opinión negativa de Ellos...".

Se observa un importante silencio discursivo sobre los derechos invocados en concreto, lo que puede en este contexto resultar una expresión de la hierocracia, sobre lo que cabe traer a colación los dichos de Urquiza (2023:6) en su trabajo sobre minorías religiosas, quién indica que "En la hierocracia en cuanto tal nos encontramos con un poder que, en virtud del principio según el cual 'Dios debe ser más obedecido que los hombres', reclamó frente al poder político, en su terreno propio, un carisma y un derecho propios, encontró obediencia y le puso límites fijos."

De esta manera, el fallo bajo comentario, perpetúa la invisibilización del género, y en especial de las disidencias, como estrategia de poder, que se trasunta en definitiva en una negación de tutela judicial efectiva sobre los derechos involucrados, con potencialidad dañosa en la integridad psicofísica de la persona afectada.

Referencias bibliográficas

- Argibay, C. (2009) C. "El Juez y la Democracia". Revista Jurídica UCES. http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/709/El_juez_y_la_democracia.pdf?sequence=1
- Butler, J (1997). *Lenguaje Poder e Identidad*. Editorial Síntesis SA. Traducción y prólogo: Javier Sáez y Beatriz Preciado.
- Cifuentes S. (2008). *Derechos Personalísimos*. 3° Edición actualizada y ampliada. Ed. Astrea.
- Clerico, L. (2022) Estereotipos de género y violación de la imparcialidad judicial: nuevos estándares interamericanos. El caso "Manuela Vs. El Salvador", Ediciones SAIJ-INFOJUS > Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Marzo 2022 - Volumen 1 - Número 1.
- Eslava, G. (2024) Independencia judicial y enfoque de género en la actividad decisoria de jueces y juezas, en *Independencia Judicial*, Dir. Palacio de Caeiro, S. 1° Edición, ConTexto.
- Gelli, A. (2008) *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, 4° Edición Ampliada y Actualizada, Editorial La Ley, Buenos Aires.
- Marmor, A. (2001) *Interpretación y teoría del derecho*, Gedisa, Barcelona.
- Palacio de Caeiro, S. (2021) *Mujeres y sus Derechos en Argentina, Una revisión en el contexto nacional e internacional*. Tomo I. 1° Edición, Editorial La Ley, Buenos Aires.
- Programa AjuV. (2022) *Acceso a Justicia de Sectores Vulnerables, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Argentina, Oficina de Derechos Humanos. Cartilla de Lenguaje Claro sobre Derechos Vinculados a la Diversidad Sexual, la Expresión e Identidad de Género*.
- Rabossi, E. (1990). "Teoría de los derechos humanos naturalizada" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*.
- Robles, G. (2023). "La teoría del reconocimiento de Axel Honneth". En Camou, A. (coord.)

dinador), Cuestiones de teoría social contemporánea (pp 881-905) - 1a ed. - La Plata : Universidad Nacional de La Plata ; EDULP, 2022. Libro digital, PDF - (Libros de cátedra)

- Rodríguez, J. L. (2021) Teoría analítica del derecho, Marcial Pons.
- Saba, R. P., (2008). Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas? En Gargarella Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo II, Abeledo Perrot.
- Sánchez Brígido, R. (2019) "¿Dejemos de hablar de Derechos Humanos?" en Domeniconi, D. (ed.) Conflictos de derechos fundamentales Lex, Córdoba.
- Urquiza, M.I, (2018) *Respuestas de la Corte Suprema a las Minorías sexuales. Una lectura desde el Modelo Jurídico Multidimensional*. 2018-AnuarioXVII-CIJS -.
- Urquiza, M. I., (2023). *Sentencias clave sobre libertad religiosa en la Corte Suprema del Siglo XXI*. 2023- Anuario-
- Van Dijk, Teun A., (2001), *Ideología y Discurso Una Introducción multidisciplinaria*. Resumen de un curso dictado en la Universitat Oberta de Catalunya (UOC). Universitat Pompeu Fabra, Barcelona E-mail: teun@discursos.org Versión definitiva publicada por Ariel, Barcelona 2003
- Waldron, J. (2005) Derecho y desacuerdos, Madrid, Marcial Pons.
- Zambrano Tiznado y Lira Rodríguez, (2022). Aplicación de una propuesta teórica al estudio discursivo de sentencias judiciales: un estudio de caso. Athenea Digital, 22(1), e3037. <https://doi.org/10.5565/rev/athenea.3037>

Jurisprudencia

- CSJN Rueda, Alba c/ Arzobispado de Salta s/ hábeas data". CSJ CIV 61637/2018/CS1 20/4/2023

Inteligência artificial em perícias médicas: autonomia do paciente, dados sensíveis e responsabilidade do médico perito à luz da Resolução CFM n. 2.454/2026

Artificial Intelligence in Medical Expert Examinations: Patient Autonomy, Sensitive Data and the Responsibility of the Medical Expert in Light of CFM Resolution No. 2.454/2026

Inteligencia artificial en las pericias médicas: autonomía del paciente, datos sensibles y la responsabilidad del perito médico a la luz de la Resolución CFM n.º 2.454/2026

Luana Carolina Bonfada¹; Maurice Rodrigues Uebel²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2026\)08](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2026)08)

Fecha de recepción: 29.04.2026

Fecha de aceptación: 21.05.2026

RESUMO:

Discussões de saúde e, consequentemente, bioéticas se fazem cada vez mais presentes na esfera jurídica, seja para sua resolução enquanto efetividade de direitos, seja em julgamentos de direitos violados. Nesse sentido, tem-se que de extrema pertinência a análise, ainda que sumária, dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados aos cidadãos enquanto pacientes e, da mesma forma, que se caracterizam como dados

1 Doutoranda em Direito pela UNISINOS, bolsista CAPES PROEX. Autora do livro *Cidadania, Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça: A Democratização em Cidades não Sedes de Comarca*, publicado em março de 2025. Mestra em Desenvolvimento Regional, linha de pesquisa Políticas Públicas. Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Atualmente é Pesquisadora no Grupo de Estudos em Gestão e Políticas Públicas e no Grupo de Pesquisa Sistemas Jurídicos Contemporâneos e a Possibilidade de Fundamentação do Biodireito. Advogada; Analista jurídica de médico perito e assistente técnico. E-mail: lcbonfada@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-1195-6177>.

2 Médico graduado em Medicina pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Perito Judicial. Pós-graduado em Perícia Médica pela IBCMED. Mestrando em Atenção Integral à Saúde pela Unijuí. Professor e Preceptor do curso de Medicina da Unijuí. E-mail: mauriceuebel92@gmail.com. <https://orcid.org/0009-0008-4360-6738>.

sensíveis sob a ótica da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Parte-se da premissa de que, embora a tecnologia possa ampliar a eficiência e a sistematização do trabalho pericial, sua utilização não afasta a centralidade do médico perito, nem autoriza a delegação do juízo técnico conclusivo a sistemas algorítmicos. A pesquisa aborda direitos fundamentais, bioética e proteção de dados, com especial atenção à disciplina introduzida pela Resolução CFM nº 2.454/2026, que reconhece a IA como ferramenta de apoio e reafirma o dever de julgamento crítico do médico, a proteção da confidencialidade, a informação ao paciente em hipóteses relevantes e a responsabilidade profissional pelas decisões adotadas com auxílio tecnológico. Conclui-se que a IA pode contribuir legitimamente para a perícia médica, desde que empregada de forma acessória, proporcional e eticamente controlada, com preservação da autonomia técnica e imparcial do perito, do sigilo dos dados sensíveis e da dignidade da pessoa humana.

RESUMEN:

Las discusiones en materia de salud y, consecuentemente, bioéticas, están cada vez más presentes en la esfera jurídica, ya sea para su resolución en cuanto a la efectividad de derechos, o en el juzgamiento de derechos vulnerados. En este sentido, resulta de extrema pertinencia el análisis, aunque sumario, de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados a los ciudadanos en su condición de pacientes y, asimismo, de aquellos que se caracterizan como datos sensibles desde la perspectiva de la Ley General de Protección de Datos (LGPD). Se parte de la premisa de que, si bien la tecnología puede ampliar la eficiencia y la sistematización del trabajo pericial, su utilización no desplaza la centralidad del perito médico, ni autoriza la delegación del juicio técnico conclusivo a sistemas algorítmicos. El estudio aborda derechos fundamentales, bioética y protección de datos, con especial atención a la normativa introducida por la Resolución CFM n.º 2.454/2026, la cual reconoce la inteligencia artificial como herramienta de apoyo y reafirma el deber de juicio crítico del médico, la protección de la confidencialidad, la obligación de información al paciente en supuestos relevantes y la responsabilidad profesional por las decisiones adoptadas con el auxilio de la tecnología. Se concluye que la inteligencia artificial puede contribuir legítimamente al peritaje médico, siempre que sea empleada de forma accesoria, proporcional y éticamente controlada, preservando la autonomía técnica e imparcial del perito, la confidencialidad de los datos sensibles y la dignidad de la persona humana.

ABSTRACT

Discussions in the field of health, and consequently in bioethics, are increasingly present within the legal sphere, whether for the resolution aimed at ensuring the effectiveness of rights or in the adjudication of violated rights. In this context, it is of utmost relevance to analyze, albeit briefly, the fundamental rights constitutionally guaranteed to citizens as patients, as well as those characterized as sensitive data from the perspective of the General Data Protection Law (LGPD). This study is based on the premise that, although technology may enhance the efficiency and systematization of expert work, its use does not displace the central role of the medical expert, nor does it authorize the delegation of conclusive technical judgment to algorithmic systems. The research addresses fundamental rights, bioethics, and data protection, with special attention to the framework introduced by CFM Resolution No. 2,454/2026, which recognizes artificial intelligence as a supportive tool and reaffirms the physician's duty of critical judgment, the protection of confidentiality, the obligation to inform the patient in relevant circumstances, and professional responsibility for decisions made with technological assistance. It is concluded that artificial intelligence may legitimately contribute

to medical expert examinations, provided that it is employed in an ancillary, proportionate, and ethically controlled manner, preserving the technical autonomy and impartiality of the expert, the confidentiality of sensitive data, and the dignity of the human person.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência artificial. Perícia Médica Judicial. Dados sensíveis. Autonomia do paciente. Médico perito. Responsabilidade ética.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial. Peritaje médico judicial. Datos sensibles. Autonomía del paciente. Perito médico. Responsabilidad ética.

KEY WORDS: Artificial intelligence. Judicial medical expertise. Sensitive data. Patient autonomy. Medical expert. Ethical responsibility..

I. Introdução

A incorporação da inteligência artificial (IA) na medicina representa uma das mais relevantes transformações tecnológicas contemporâneas, produzindo impactos não apenas na assistência em saúde, mas também em atividades técnicas especializadas, como a perícia médica judicial. Nesse contexto, a utilização de sistemas algorítmicos em tarefas de organização documental, apoio à análise de informações clínicas e sistematização de dados processuais impõe reflexão jurídica e ética mais aprofundada, especialmente quando em jogo direitos fundamentais da pessoa examinada e o tratamento de dados pessoais sensíveis.

No campo da saúde, a tutela da dignidade da pessoa humana, da privacidade, da intimidade, da liberdade e da autonomia da vontade do paciente ocupa posição central. Tais garantias assumem especial relevância diante do avanço de ferramentas tecnológicas capazes de processar, correlacionar e reproduzir informações em larga escala, inclusive dados referentes à saúde, qualificados pelo ordenamento jurídico brasileiro como dados sensíveis. A utilização dessas ferramentas, embora potencialmente útil, não se mostra juridicamente neutra, exigindo análise cautelosa acerca de seus limites, de suas finalidades legítimas e da responsabilidade decorrente de seu uso.

Na perícia médica judicial, a questão assume contornos ainda mais delicados. O médico perito lida, com frequência, com processos extensos, documentos clínicos variados, prontuários, exames complementares e informações pessoais sensíveis, em contexto no qual imparcialidade, rigor técnico e fundamentação conclusiva são indispensáveis. Nesse cenário, a IA pode contribuir para maior eficiência e sistematização do trabalho pericial, mas sua utilização não autoriza a transferência do raciocínio técnico conclusivo à ferramenta, nem afasta a responsabilidade pessoal do médico perito pela análise do caso concreto e pela conclusão apresentada ao juízo.

A discussão torna-se ainda mais atual diante da recente edição e publicação da Resolução CFM nº 2.454/2026, que passou a estabelecer parâmetros normativos para a pesquisa, o desenvolvimento, a governança, o monitoramento e o uso responsável da inteligência artificial na medicina, reafirmando seu caráter de ferramenta de apoio e preservando o dever de julgamento crítico, a autonomia técnica e a responsabilidade humana final pelas decisões adotadas. Ainda que o ato normativo se encontre em *vacatio legis* no

momento da presente análise, sua existência representa marco relevante para a compreensão jurídica do tema e reforça a necessidade de examinar, com maior precisão, o uso da IA em contextos sensíveis como o da perícia médica judicial.

Diante disso, o presente estudo tem por objetivo analisar, sob a perspectiva dos direitos fundamentais, da bioética, da proteção de dados e da responsabilidade profissional, os limites éticos e jurídicos do uso da inteligência artificial em perícias médicas judiciais. Em um primeiro momento, examina-se a autonomia da vontade do paciente e a proteção dos dados sensíveis na relação médico-paciente. Em seguida, aborda-se a utilização da IA na prática pericial médica, com especial atenção à necessidade de preservação da autonomia técnica do médico perito, da confidencialidade das informações e da centralidade humana na formação da prova pericial.

Parte-se da premissa de que a inteligência artificial pode representar instrumento legítimo de apoio ao trabalho médico-pericial, desde que empregada de forma acessória, proporcional, eticamente controlada e juridicamente responsável. O que se pretende demonstrar, portanto, não é a inviabilidade do uso dessas tecnologias, mas a impossibilidade de sua utilização acrítica, desmedida ou substitutiva, sobretudo em atividade que exige exame individualizado, fundamentação técnica e responsabilidade direta do profissional perante o Poder Judiciário.

II- Autonomia da vontade do paciente e proteção de dados sensíveis na relação médico-paciente

Prevê o artigo 5º, da Constituição Federal brasileira que aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País será garantida a inviolabilidade à vida e à liberdade, dentre outros. Sequencialmente, estabelece que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante, bem como que é livre a manifestação do pensamento. Estabelece também que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Referencia ainda, que é assegurado a todos o acesso à informação.

Quanto à supremacia dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos deveria inexistir discussão, assim como quanto a sua observância e aplicabilidade em todas as relações humanas e sociais. Consequentemente, tem-se que em caso de afronta ou violação destes, da mesma forma, se terá um atentado à dignidade da pessoa humana, passível, inclusive, de responsabilização.

É preciso, portanto, que se considere como premissa da presente escrita a relação médico-paciente. Partindo-se de tal, atreve-se dizer que é dever do médico, sem qualquer distinção, prezar e garantir a vida de todo e qualquer paciente. Em consonância, está o direito a tratamento digno, em observância à liberdade e à livre manifestação do pensamento do paciente. Não bastasse, nesta relação verifica-se a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, que deve ser respeitada e assegurada por todo e qualquer profissional da saúde, médicos ou auxiliares, uma vez que, senão todos, a maioria dos atendimentos para serem prestados carecem de dados sensíveis dos pacientes.

Por fim e não menos relevante, o direito à informação. É direito de todo paciente o conhecimento e o entendimento prévios das opções terapêuticas, bem como de qual mé-

todo e tratamento será utilizado para o seu caso clínico, além dos riscos e eventuais intercorrências, o que deve ser realizado pelo médico, ao longo dos contatos a serem estabelecidos previamente. Conforme preveem o Código de Ética Médica e recomendações do Conselho Federal de Medicina brasileiros o próprio termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE) se trata de uma construção a ser realizada pelo profissional médico, através de um processo dinâmico que respeite a autonomia do paciente, exigindo que o profissional forneça informações claras e acessíveis sobre o procedimento, riscos, benefícios e alternativas.

Neste sentido, um alerta emergente é sobre a utilização de dados sensíveis dos pacientes na inteligência artificial. Tendo em vista e sendo de pleno conhecimento que inúmeros profissionais médicos contam, demasiadamente, com o auxílio de ferramentas de inteligência artificial na atualidade, seja como método facilitador, seja até mesmo para a elaboração de diagnósticos, fato é que para tanto necessitam fornecer dados sensíveis dos pacientes, justamente para que a plataforma consiga entregar o esperado.

Será então, que nestas situações o direito à informação é assegurado ao paciente? Será que possui ele conhecimento de que seus dados precisaram ser “jogados em rede” para que o rumo de seu tratamento fosse definido? Ou, até mesmo, será que o paciente saberá que seu diagnóstico foi concluído por uma inteligência artificial? E, por fim, será possível a responsabilização do profissional médico que utilizou de tal ferramenta desmedidamente?

Se tratam de questionamentos instigantes que, indubitavelmente, merecerão pesquisas sucessivas para respostas conclusivas. Se trata, contudo, o presente estudo, de uma tentativa de alerta a estes profissionais, para que visem uma formação humanística no sentido de entender qual o real papel da inteligência artificial e a forma a que deve ser utilizada, em atenção, sobretudo, aos princípios da dignidade da pessoa humana. Consequentemente, tal proposta na condição de possível referência para estudo e entendimento como forma de evitar responsabilização futura de tais profissionais se coloca como fundamental.

Com este objetivo, portanto, a pertinência de se atentar aos conceitos e fundamentos constitucionais acima elencados e, sobremaneira, da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) que, foi concebida para abordar lacunas existentes e aprimorar a regulamentação do tratamento de dados pessoais dentro do contexto jurídico brasileiro, objetivando atender a necessidade de regulamentar as relações comerciais, a livre iniciativa, a justa concorrência e o desenvolvimento tecnológico, ao mesmo tempo em que protege os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade da pessoa humana (Leite; De Lamboy; Lapolla, 2019).

Segundo as autoras, a LGPD visa impulsionar o progresso econômico e tecnológico, enquanto protege os direitos essenciais de liberdade, privacidade e autodeterminação da pessoa física. O enorme volume de informações expostas atualmente, seja por meio das mídias sociais, canais corporativos, televisão ou até mesmo mídias impressas, tem se tornado uma preocupação crescente para governos e sociedades. A má utilização dessas informações tem se mostrado um fato alarmante, especialmente com o contínuo avanço das tecnologias da informação em um mundo cada vez mais globalizado (Leite; De Lamboy; Lapolla, 2019).

Previamente a tal análise, se faz pertinente tecer alguns pontos sobre a autonomia da vontade do paciente intrínseca a direito fundamental e dado sensível: primeiramente sob o prisma da evolução da relação médico paciente; posteriormente, enquanto princípio da bioética e, finalmente, no viés da relação necessariamente equilibrada entre a autonomia e a técnica profissional médica, inclusive quando da utilização de ferramentas de inteligência artificial.

Historicamente, vê-se a relação médico-paciente com autoritarismo por parte do profissional, de modo que o paciente nada, ou pouco possuía voz. Segundo Álvaro Henrique Teixeira de Almeida (2025), o primeiro documento histórico que tratou de prever sanção para o médico, em razão das consequências de seu atuar, foi o Código de Hamurabi, em que pese o fato de ter sido elaborado quando ainda vigente a concepção de ser a enfermidade um castigo dos deuses. A ruptura com o pensamento mágico-religioso deu-se com Hipócrates, que trocou os princípios religiosos pela ética, firme na convicção de que a doença em nada tinha a ver com a vontade dos deuses, mas com a realidade, com o cotidiano do indivíduo. Tal ruptura, a toda evidência, por afastar a conotação religiosa que até então se dava à atividade médica, propiciou um ambiente mais favorável para a aceitação da ideia de ser o médico o responsável pelos danos que viesse a causar ao paciente por falta de habilidade ou de conhecimento.

Ainda segundo o autor, há registros históricos que, tanto em Roma quanto na Grécia Antiga, já se imputava aos médicos a responsabilidade por danos advindos de seu atuar negligente ou decorrente de sua imperícia. Ocorre que, no início do século XIX, mais precisamente em 1829, em um movimento que muitos qualificam como um pequeno retrocesso, a Academia de Medicina de Paris adotou um posicionamento através do qual preconizava a exclusiva responsabilidade moral dos profissionais da arte de curar, defendendo, por conseguinte, a prevalência do princípio da beneficência na relação médico-paciente, pelo qual o atuar médico sempre visa o bem estar do seu paciente e, portanto, não pode ele ser responsabilizado por eventual erro. Com efeito, conforme esclarece-nos Miguel Kfoury Neto, a decisão da Academia pretendia, em verdade, “consagrar uma situação especial de imunidade: para que houvesse responsabilidade médica, seria necessário provar-se falta grave, imprudência visível, manifesta imperícia”³.

Complementa Teixeira de Almeida (2025), que em assim sendo, a possibilidade de se responsabilizar os médicos por danos decorrentes de seu atuar, enquanto profissional, estaria adstrita à hipótese de negligência ou de torpeza que qualquer homem pudesse cometer. A culpa médica, ensejadora do dever de indenizar, só se revelaria, pois, quando grave, inescusável e grosseiro fosse o erro, incumbindo ao paciente, sempre, o ônus da prova. Naturalmente que este posicionamento repercutiu e por muitos foi adotado, mas sucumbiu frente à evolução da própria medicina, que alcançou um nível de progresso outrora inimaginável, convolvendo-se de uma técnica e arte em ciência aplicada, em que a aquisição de novos conhecimentos se dá com um dinamismo surpreendente, fazendo

3 Na *Lex Aquilia*, como assevera Miguel Kfoury Neto, “*encontram-se os primeiros rudimentos da responsabilidade médica, prevendo a pena de morte ou deportação do médico culpado de falta profissional*” (KFOURY NETO, Miguel. Op. cit., p.31), aduzindo referido autor que Ulpiano afirmava (Dig. 1, 18, 6, 7) que “*assim como não se deve imputar ao médico o evento morte, deve-se imputar-lhe o que houver cometido por imperícia*”. Conta-nos ainda o magistrado paranaense que na Grécia se foi “*lentamente firmando o princípio de que a culpa do médico não se presume somente pelo fato de não ter ele obtido êxito no tratamento, mas deve ser analisada e individualizada com base na conduta seguida pelo profissional*”. Acrescenta que “*Plutarco relata que, por ordem de Alexandre Magno, um médico foi crucificado porque se dirigiu ao teatro, abandonando seu cliente, que veio a falecer, configurando-se negligência médica*”.

com o que parecia consolidado e duradouro se torne obsoleto.

Neste viés, destaca o autor que a significativa evolução da medicina chega, atualmente, a condições anteriormente imensuráveis, de modo que o avanço tecnológico, como desde o princípio destacado, é o grande responsável, similarmente, pela transformação na relação médico- paciente. Verifica-se que de uma ideia paternalista, passa-se para o que alguns sustentam de contrato impessoal de prestação de serviços. Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2000) as circunstâncias hoje estão mudadas. As relações sociais se massificaram, distanciando o médico de um paciente. A própria denominação do sujeito da relação foi alterada, passando para usuário e prestador de serviços, tudo visto sob a ótica de uma sociedade de consumo, cada vez mais consciente de seus direitos, reais ou fictícios, e mais exigente quanto aos resultados.

Afirma Teixeira de Almeida (2025), que parece nascer e permear uma ideia de participação mútua nesta relação. Conforme o autor, para que o conceito de participação mútua entre o médico e o paciente se concretize torna-se indispensável resgatar a base de tal relação, estruturada na confiança que o enfermo deposita nas mãos de seu médico e, para tanto, imprescindível que a comunicação entre eles se faça de forma clara e objetiva, até porque a participação efetiva do paciente está condicionada à exata compreensão da enfermidade que o acomete e do tratamento proposto, o que nos leva à reflexão a respeito da importância da comunicação entre ambos, com rigorosa observância, notadamente por parte dos médicos, quanto à diversidade cultural e às distintas realidades sociais de seus pacientes, bem como dos princípios que norteiam tal relação, sem se olvidar da imperativa necessidade de se conferir uma feição humanística à tecnologia empregada na medicina, tudo com o escopo de se preservar a dignidade humana.

Quando se fala da relação médico- paciente, não se pode olvidar dos primados bioéticos. Henderson Fürst ao tratar do início da formulação do modelo principiológico da bioética, refere que o surgimento do neologismo Bioética nos EUA se deu em meio a uma série de escândalos nas pesquisas científicas com seres humanos. Diante disso, o Congresso Nacional norte- americano criou a primeira Comissão de Bioética em 1968, sendo que na estrutura administrativa do país, a Comissão é um órgão consultivo tanto do Congresso quanto da Presidência, servindo para estabelecer normas e políticas públicas nos assuntos relacionados à bioética e saúde.

Complementa Fürst que um dos mais famosos relatórios elaborados pela Comissão foi o Belmont Report, de 18 de abril de 1979, que estabeleceu, pela primeira vez, o uso sistemático de princípios para ética em pesquisas biomédicas com seres humanos. Um dos membros da comissão era o professor e filósofo Tom Beauchamp, que teve como primeira tarefa redigir o Relatório de Belmont. Paralelamente, Beauchamp escrevia com seu colega James Childress a famosa obra *Princípios da Ética Biomédica*, cuja primeira edição também foi editada em 1979, tornando-se um dos livros mais citados (e nem sempre lido) da Bioética. Acrescenta Fürst que o livro se dedicou substantivamente ao contexto da assistência médica, desdobrando em quatro princípios, mas com conteúdos semelhantes: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça.

Em estreita relação com a temática da presente escrita, entende-se pertinente considerar dois destes princípios: o princípio da não maleficência, que remonta à tradição hipócrita da ética médica que preconiza: desenvolva o hábito de duas coisas: ajudar e, no

mínimo, não prejudicar. Significa dizer que há no princípio uma obrigação do profissional da saúde de se abster de infringir qualquer dano aos seus pacientes, de evitar causar danos ou colocá-los em risco. Não basta que atue com boas intenções de evitar causar mal ou danos ao paciente; é imperativo que afaste-se a possibilidade de causar mal ou danos ao paciente, considerando-se não apenas a técnica, mas o comportamento profissional e os procedimentos utilizados.

O outro princípio, da beneficência. Em que pese alguns autores considerarem como sinônimo do supracitado ou proverem tratamento conjunto, a doutrina sustenta que se tratam de ideias distintas. Com base no que sustenta Teixeira de Almeida (2025), em seu contexto filosófico e moral, a beneficência é compreendida como a ação de realizar o bem. Alguns a descrevem como uma expressão da benevolência. Esse princípio, que tem raízes em uma cultura paternalista, é considerado o mais antigo na ética médica e foi amplamente enfatizado ao longo de várias décadas. Suas origens podem ser rastreadas até o famoso Juramento de Hipócrates, que proclama: “Eu aplicarei os tratamentos para o benefício dos doentes (...), nunca para causar dano ou mal a alguém e em toda casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo dano voluntário (...)”.

Pode dizer-se assim, que a ciência médica se desenvolveu tendo como fonte de fundamentação o ato de fazer ou promover o bem que, na sua essência, é melhor entendido como o dever de recuperar a saúde e preservar a vida. Ocorre que cada caso deve ser analisado com cautela, a fim de que a pretensão de fazer o bem não se transforme em obsessão de atuar, mesmo que as circunstâncias demonstrem o contrário. É importante destacar que ao longo da história da medicina, o princípio da beneficência frequentemente estava entrelaçado com a limitação da autonomia das pessoas doentes. Em muitos casos, buscava-se proteger o paciente de si mesmo, negando-lhe qualquer participação na tomada de decisões sobre o tratamento a ser seguido. Na prática, esperava-se que o paciente se submetesse integralmente ao plano terapêutico escolhido pelo médico.

Apesar deste modelo ter perdurado por décadas, arrisca-se dizer que a evolução veio benéfica até então, uma vez que construída uma nova perspectiva da primazia da autonomia da vontade do paciente. Ocorre que considerando a magnitude do avanço, especialmente tecnológico, tem-se que tudo o que conquistado pode ser colocado, senão já está, em risco. O limite da decisão profissional do médico deve ser orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, seja quando da simples aplicabilidade da técnica médica, seja quando do exercício norteado pelo uso de IA.

Neste sentido, Fürst elenca que o “enxerto” principiológico Belmont- Beauchamp/Chil-dress demonstrou-se e demonstra-se relativamente insuficiente em situações complexas, uma vez que a etapa seguinte da formulação científica da bioética foi a adjetivação, formulando-se modelos que pouco ou nada contribuíram com a Teoria da Bioética, tais como: bioética autonomista, bioética dos indivíduos, bioética da coletividade, entre outros. Essa insuficiência fica clara quando se analisa a questão da vulnerabilidade. Nem o princípio da Justiça nem o princípio da autonomia podem sozinhos ou combinados resolver uma questão que trate majoritariamente sobre vulnerabilidade. Da mesma forma, segundo o autor, não é possível aplicar tais princípios, genealogicamente criados para a ética biomédica, no cuidado a outros seres vivos. A formulação desses princípios não se coaduna com a amplitude das questões jurídicas e do meio ambiente.

Considerando, portanto, que tampouco os princípios da bioética serviriam suficientemente para orientar todas as relações entre médicos e pacientes, uma vez que imperiosa se faz a análise de cada caso, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), com o intuito de tentar proteger aquilo que através de uma Constituição elaborada por processo democrático não foi, até os dias de hoje, capaz de alcançar, adveio ao ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo que previstos e assegurados constitucionalmente, os direitos fundamentais do paciente em muito neste percurso evolutivo foram e ainda continuam sendo violados. As formas são inúmeras e renderiam outra escrita, mas fato é que o que se deve visar, atualmente, é a conscientização de um atuar profissional respeitoso, que de fato se atente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em análise da LGPD na área da saúde, Ingrid Kemily Strapazzon Pereto e Valkiria Briancini (2025) ressaltam que nos serviços de saúde, hospitais, clínicas, laboratórios de análises clínicas, dentre outros, são recolhidas grandes quantidades de dados e informações sensíveis de cada paciente. Em vista disso é relevante que os profissionais e as instituições tenham plena consciência da importância do cumprimento da lei e da utilização responsável das informações coletadas. Além disso, proteger esses dados é fundamental para garantir a confidencialidade e a integridade das informações médicas dos pacientes.

Dentre os diversos conceitos trazidos pela LGPD, pertinente para a escrita acentuar que, conforme o artigo 5º, inciso II da lei, é considerado dado pessoal sensível aquele de origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. Já na seção II da lei, há disposição expressa sobre o tratamento dos referidos dados, verificando-se que o tratamento de tais somente pode ocorrer quando seu titular ou responsável consentir ou, sem o consentimento, em casos excepcionais, como para tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais da saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária (alínea "f").

Em que pese a própria lei trazer a referida exceção, ou seja, de que em caso de saúde, para serem tratados os dados sensíveis não demandam consentimento de seu titular ou responsável, tem-se que parece inexistir limite de bom senso e ética profissional, especialmente conforme o que se vê diante dos avanços já mencionados. Conforme sustenta Mendes (2014) a classificação de dados pessoais sensíveis abrange informações que requerem uma proteção mais rigorosa, uma vez que a divulgação ou o processamento desses dados pode representar um risco significativo para a identidade da pessoa. Esses dados estão sujeitos a revelar informações com potencial para discriminação ou prejudicar particularmente o indivíduo, com um maior risco de resultar em restrições ao acesso a bens, serviços e ao exercício de direitos.

Por outro lado, sabe-se que é possível se primar pelos princípios constitucionais também quando do uso da IA na relação médico-paciente: desde que haja ciência inequívoca dos limites da aplicabilidade de sua técnica pelo profissional médico e, consequentemente, que valore o paciente como ser humano de direitos. Se demonstrará, sumariamente neste caso, como o uso da IA de tal maneira pode ocorrer, inclusive, na prática de perícias médicas judiciais.

Diante disso, se torna de extrema pertinência a elaboração do presente estudo, com o

objetivo de se tornar uma ferramenta preventiva aos profissionais médicos, especialmente em especialidade que, ao que pesquisado, ainda não debatida: da Medicina Legal e Perícia Médica. Assim como a informação e o consentimento devem ser prestados previamente ao paciente, a busca pela referência correta, de maneira precedente, além das fronteiras da medicina, tomando por instrumento esta pesquisa, por exemplo, deve ser uma premissa, nos dias atuais, de todo profissional médico. A violação do princípio da dignidade da pessoa humana por ignorância não encontra mais qualquer respaldo, de modo que nem mesmo a inteligência artificial servirá de fundamento para eventual atuar profissional assim caracterizado.

III- O uso da inteligência artificial na prática pericial médica: limites éticos e responsabilidade do médico perito

Indiscutível é o fato que profissionais das mais diversas áreas usam, de maneira cada vez mais considerável, a IA como ferramenta de trabalho. Como já referido, quer de maneira auxiliar, quer de forma determinante. O mesmo tem sido cada vez mais frequente na medicina, em que médicos de diversas especialidades se veem obrigados a apelar para tais ferramentas na busca de uma construção diagnóstica sólida e mais eficaz, por vezes diante da ausência de conhecimento técnico crítico e outras em razão da necessidade de busca rápida por alternativas demasiadamente atualizadas.

No contexto brasileiro, a incorporação da inteligência artificial na medicina passou a contar, mais recentemente, com disciplina normativa específica por meio da Resolução do Conselho Federal de Medicina- CFM nº 2.454/2026-, que estabelece parâmetros para a pesquisa, o desenvolvimento, a governança, a auditoria, o monitoramento, a capacitação e o uso responsável dessas tecnologias na prática médica. A normativa reafirma que os sistemas de inteligência artificial devem ser compreendidos como instrumentos de apoio, jamais como substitutos da atuação profissional do médico, preservando-se o dever de julgamento crítico, a autonomia técnica e a responsabilidade humana final pelas decisões adotadas.

Segundo aponta Eduardo Caballero Ardila (2025), o marco inicial do uso da IA na medicina ocorreu na década de 70. Segundo ele, ocorreu com o desenvolvimento do MYCIN na Universidade de Stanford, sendo um sistema especialista que usa IA para identificar as bactérias causadoras de uma infecção e recomendar antibióticos e doses de acordo com o peso do paciente. Desde então, a inteligência artificial tem sido usada para temas como a detecção de surtos de doenças infecciosas com o HealthMap, desenvolvido em 2006 por pesquisadores do Boston Children's Hospital, que, por meio de informações obtidas de diversas fontes sobre doenças infecciosas, podia prever sua disseminação. Com o apoio dessa tecnologia, em 2014 detectou-se o surto de Ebola na África Ocidental dias antes que a OMS anunciasse formalmente a epidemia.

Afirma Ardila (2025) que desde então as ciências da saúde têm recebido apoio permanente e cada vez mais intensivo da IA. Em 2018, um sistema de inteligência artificial previu as probabilidades de vítimas de trauma despertarem de um coma, apresentando uma resposta correta em 90% dos casos. Esse sistema foi desenvolvido após oito anos de pesquisa pela Academia Chinesa de Ciências e pelo Hospital PLA, em Pequim.

Complementa dizendo que o uso da IA no setor da saúde não para de crescer. A Organização Pan-Americana da Saúde (2023) indicou que 76% dos médicos em nível global

utilizam aplicativos médicos para diagnóstico, acompanhamento de pacientes ou educação continuada, segundo uma pesquisa multicêntrica em 15 países. Por outro lado, enfatizou que o uso é desigual, uma vez que nem todas especialidades médicas dispõem da possibilidade do uso em seu atuar.

O que a visão do autor é capaz de elucidar é indubitavelmente surpreendente: a IA é utilizada pela medicina de maneira significativa há cerca de cinquenta anos. Isto é, seu emprego não surgiu com o ChatGPT, em meados de 2022. E, demasiadamente abrupto é o fato que desde aquela época se discutiam questões éticas, como aquelas destacadas no tópico anterior. Ardila (2025) sustenta que o juramento hipocrático de “primeiro, não causar dano” (*primum non nocere*) tem guiado a prática médica durante milênios. Com a irrupção da inteligência artificial nos laboratórios, centros cirúrgicos e sistemas de saúde, esse princípio ético fundamental enfrenta novos e complexos desafios. A IA não é apenas um instrumento; é uma força transformadora cujo potencial para o bem é tão profundo quanto os seus riscos potenciais.

Importantes autores vêm alertando sobre o desenvolvimento descontrolado da inteligência artificial. Entre alguns dos mais relevantes, desejamos destacar Yuval Noah Harari — historiador e escritor israelense, professor na Universidade Hebraica de Jerusalém, reconhecido por *Sapiens: Uma breve história da humanidade* (2014) — que comenta que os avanços não regulados da inteligência artificial criarão um caos social que beneficiará os autocratas e destruirá as democracias. Por sua vez, Geoffrey Hinton, conhecido como o “pai” da inteligência artificial, alerta que a IA é uma tecnologia que funciona melhor do que o cérebro humano e sobre a qual ninguém tem garantias de como poderá ser mantida sob controle. Também o pensador venezuelano Moisés Naím (2023), em conferência realizada no IESA, alertou que nossas sociedades não estão preparadas para o que está por vir como resultado das aplicações da inteligência artificial.

Rafael Dias Ribeiro et al., (2025) alertam, neste sentido, que apesar de a IA apresentar inúmeros benefícios, a sua implementação na medicina também traz desafios significativos. Um dos principais desafios é garantir a qualidade dos dados de entrada, uma vez que os algoritmos dependem fortemente da quantidade e da qualidade dos dados para fornecer previsões precisas, Akay et al., (2023) e Bajgain et al., (2023) complementam a necessidade de revisão foca em como os sistemas baseados em IA podem ser desenvolvidos para melhorar o suporte à decisão clínica, correlacionando as características dos pacientes com os desfechos, ajudando assim os clínicos a tomar decisões informadas. Embora haja potencial significativo, existem ameaças à validade e desafios de tradução clínica.

Complementam os autores que um desafio apresentado em Daley et al., (2022) é que por mais que haja evolução nas tecnologias, ainda existem poucas aplicações que integram IA para suporte à decisão, e que muitos aplicativos apenas registram dados como glicemia e fornecem educação genérica, sem o uso de uma inteligência artificial na personalização do cuidado. Alertam que é necessário um esforço contínuo para melhorar a qualidade dos dados disponíveis e desenvolver novas abordagens para validar os modelos de IA em ambientes clínicos. A colaboração entre pesquisadores, desenvolvedores de IA e profissionais de saúde será essencial para garantir que essas tecnologias possam ser implementadas de forma segura e eficaz.

A partir de tais referências bibliográficas, verifica-se pontos convergentes entre elas: que a IA já é significativamente utilizada na medicina há décadas e que em muito tem contribuído; que desde o princípio do uso se discutem questões éticas envolvidas ao manuseio das ferramentas e que é preciso que se atente para a qualidade dos dados que serão fornecidos às plataformas, bem como que ainda não existe IA com poder decisório. Sinala-se ainda, que tais estudos e todos outros encontrados na busca por referencial teórico apenas tratam da IA em outras especialidades médicas que não a perícia e a medicina legal, demonstrando-se, portanto, a relevância do estabelecimento de tal elo.

Nestes apontamentos residem o que se visa explorar em tal tópico: como estabelecer a observância deles na perícia médica? Sumariamente, ousa-se dizer que a IA é como o microscópio e a penicilina quando surgiram: existia extremo receio em seu uso, mas desde então, seu resultado foi indiscutível, de modo que utilizados até os dias de hoje. Com isso, o que se quer dizer é que o simples fato de uma tecnologia estar à disposição não significa que ela seja irresponsável, pelo contrário. Assim como se administra o microscópio e a penicilina, a IA é mais uma ferramenta no atuar, inclusive do médico perito. Ela se tornou uma ferramenta importante, mas que não será capaz de substituir o médico. Não se descuida, igualmente, que a IA vem evoluindo substancialmente, mas isso tem sido possível justamente pelos dados que fornecemos a ela e que são cruzados e interligados, tornando cada vez mais visível a supremacia do ser humano.

Na perícia médica judicial especificamente, a IA tem sido capaz de oportunizar maior agilidade e aperfeiçoamento. Isso pois, como mencionado anteriormente, existem processos tramitando há anos, de significativo volume, envolvendo as mais diversas discussões jurídicas possíveis. Exemplo disso no atuar no estado do Rio Grande do Sul, é o de um caso em que se deparou, no ano passado, tratando-se de um processo que tramitava em uma comarca de entrância inicial desde 2006, aguardando apenas a realização de perícia médica para a conclusão e julgamento. Em outros casos, lides que sequer envolvem relações de saúde, mas que ao tentar citar o réu, por exemplo, observou-se estar doente e incapaz de entender os atos da vida civil, passando-se a demandar perícia médica. A IA auxilia na lapidação destes documentos processuais, fazendo transcrições, inclusive de documentos já digitalizados no interior dos processos eletrônicos e que demandariam horas a fio para serem integralmente transcritos manualmente.

Em reforço a essa percepção, revisão recente publicada na área de Medicina Legal e Perícia Médica brasileira apontou que a inteligência artificial já vem sendo incorporada à especialidade como recurso apto a ampliar produtividade e acurácia, especialmente no manejo de informações e na elaboração técnica de documentos. Naquele contexto, os autores identificaram uma lacuna regulatória relevante e defenderam que a IA deveria ser compreendida como ferramenta auxiliar, jamais como substituta do juízo crítico e da autonomia do médico perito. Embora tal leitura retrate com fidelidade o cenário imediatamente anterior ao marco normativo recentemente editado e publicado, ainda em vacatio legis neste momento, a publicação da Resolução CFM nº 2.454/2026 desloca o debate da ausência absoluta de regulamentação para a discussão sobre os limites, as condições de uso e a responsabilidade decorrente da adoção dessas ferramentas na prática pericial.

Mais adequado é compreender que a inteligência artificial pode oferecer apoio instrumental à sistematização, ao cotejo preliminar de documentos e à identificação de pontos

que demandem reavaliação técnica, sem que disso decorra qualquer delegação do raciocínio pericial. A conclusão do laudo permanece personalíssima e indelegável, devendo o médico perito exercer exame crítico sobre toda informação produzida ou sugerida por sistemas algorítmicos, à luz das evidências científicas, das boas práticas médicas e dos elementos concretos do caso.

Portanto, também na perícia médica, a IA pode auxiliar de maneira considerável. Basta que o médico perito seja a bússola da utilização. É preciso que o profissional se atente para a forma com que está conduzindo o fornecimento dos dados que estão sob sua responsabilidade, quando mais os dados sensíveis dos pacientes. Caso assim não seja, a IA pode significar o mesmo que toxina botulínica em manuseio por alguém desprovido de conhecimento anatômico: pode dar certo, mas a probabilidade do erro é significativamente maior.

Neste sentido, complementa Ardila (2025) que a diferença crucial no impacto da IA sobre a saúde mundial reside em distinguir aqueles que concebem a saúde como um produto daqueles que trabalham nela como um propósito. O central não é o mercado, mas sim o bem-estar do ser humano. É oportuno recordar Wiener (1964), quando advertia que “o mundo futuro exigirá, antes, um esforço cada vez maior contra os limites de nossa inteligência — e não uma confortável rede na qual nos deitaremos enquanto nossos escravos robóticos cuidam de nós”.

Assim, o desenvolvimento da IA em saúde deve orientar-se por marcos de ética digital. É nesse contexto que Caballero e Estrada (2025) propõem cinco princípios essenciais da cidadania digital: a autonomia, que defende a capacidade de decidir livremente; a beneficência, que impulsiona ações em favor da comunidade; a não maleficência, que obriga a evitar danos no uso da tecnologia; a justiça, entendida como acesso equitativo e responsabilidade intergeracional; e a integridade digital que promove honestidade, respeito e responsabilidade nos ambientes digitais. Somente sob esse marco ético será possível garantir que a inteligência artificial não prolongue a vida unicamente em termos de tempo, mas, que contribua efetivamente para torná-la mais digna, justa e verdadeiramente humana.

O desenvolvimento da inteligência artificial no setor da saúde representa uma oportunidade extraordinária para melhorar a qualidade de vida das pessoas e transformar os sistemas de saúde, desde que sua aplicação se fundamente em um uso ético e responsável. Torna-se imprescindível promover uma IA centrada no ser humano, que coloque no centro de seu desenho e uso a dignidade, os direitos e o bem-estar dos pacientes e periciandos. Somente assim poderemos garantir que a inteligência artificial esteja verdadeiramente a serviço da humanidade — e não que a humanidade fique subordinada à inteligência artificial.

Na perícia médica judicial, tal cautela deve ser ainda mais rigorosa, pois o uso da inteligência artificial pode interferir na formação da prova técnica e, consequentemente, na credibilidade do laudo pericial que é capaz de definir todo o deslinde processual. Por isso, além da observância ao sigilo profissional, exige-se especial atenção à confidencialidade, integridade e segurança dos dados de saúde, sobretudo quando sensíveis, bem como transparência suficiente quanto ao uso relevante dessas ferramentas. A inovação tecnológica somente se mostra legítima quando preserva a dignidade da pessoa huma-

na, não compromete a relação médico-paciente ou perito-periciando e não serve para diluir ou ocultar a responsabilidade profissional do médico.

IV- Considerações finais

O que se verifica, portanto, é que perpassando discussões e debates dos mais variados assuntos, de quaisquer áreas uma condição de sobreposição: o princípio da dignidade da pessoa humana, sua observância e aplicabilidade plenas. Mesmo em tempos de IA, a atenção ao ser humano enquanto ser que vive e não apenas sobrevive deve ser íntegra, seja na qualidade de simples ser humano, ou paciente e/ou periciando.

Ao longo da escrita se pode averiguar que direitos fundamentais previstos constitucionalmente que, em pleno século XXI ainda não atingiram o ápice de seu respeito, passaram a ser tratados, de forma mais detalhada, na legislação esparsa. A LGDP acresceu conceitos e fundamentos no ordenamento jurídico brasileiro capazes de ampliar o rol, também, das responsabilizações por atos atentatórios a tais direitos. Sobreveio à legislação visando maior proteção a tais dados e possibilitando sua aplicação, senão em todos, na maioria dos ramos do direito. Da mesma forma, veio para somar em outras áreas do conhecimento, tal como a medicina.

Sequencialmente, o que se verificou é que os princípios e fundamentos da bioética que transcorrem os limites do tempo ainda são válidos e aplicáveis às relações de saúde e médicas. Da mesma forma que a beneficência e a não maleficência norteiam os princípios éticos da medicina, estão sendo aplicados, a partir da pesquisa e da construção teórica, como norteadores do uso da IA na prática médica. A solidificação de tais conceitos na prática que ainda vem evoluindo dia após dia é de extrema pertinência para reforçar o que deve, ainda, ser considerado com peculiar dignidade na medicina: o ser humano e o seu bem-estar.

Em consonância a tais conceitos e princípios, destacou-se o assustador período a que a inteligência artificial já se faz presente no meio médico. Por conseguinte, apontou-se que ela contribuiu até os dias de hoje, de maneira expressiva na evolução da medicina, em diversas especialidades. De igual maneira isso se percebe nas perícias médicas judiciais, em que a IA pode auxiliar na sistematização documental, no cotejo preliminar de informações e no refinamento argumentativo do laudo, sem substituir o juízo técnico conclusivo do médico perito.

Apesar disso, tem-se que o profissional médico permanece insubstituível. Na perícia médica a IA é incapaz de realizar as avaliações dos periciandos presencialmente, por exemplo. A anamnese do periciando ou o relato dos familiares são indelegáveis. A ótica do perito médico nestas fases da perícia é insubstituível por qualquer ferramenta, seja ela a mais inovadora possível. Assim, o que se verifica é que na perícia a IA contribui, obviamente, de forma significativa. Mas, o atuar do médico perito ainda é e, possivelmente continuará sendo, primordial e imprescindível.

À luz do marco normativo recentemente introduzido pela Resolução CFM nº 2.454/2026, mostra-se mais preciso afirmar que o debate contemporâneo já não reside propriamente na inexistência de balizas normativas para o uso da inteligência artificial na medicina, mas sim na suficiência, na concretização e no controle ético-jurídico de sua aplicação em contextos sensíveis, como o da perícia médica judicial. Nessa seara, a inteligência

artificial pode representar instrumento legítimo de apoio técnico, desde que utilizada de forma acessória, proporcional e criticamente supervisionada pelo médico perito, com estrita observância à proteção dos dados sensíveis, à autonomia da pessoa examinada, à dignidade humana e à responsabilidade profissional integral pela conclusão apresentada ao juízo.

Referências

- Aguiar Jr., R. R. de. (2000). Responsabilidade civil do médico. *Revista do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília*, (5), 151–192. Disponível em: http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/23.pdf
- Barros, T. T. D., Motta, M. V. da, & Muñoz, D. (2026). Inteligência artificial na medicina legal e perícia médica brasileira: Inovação tecnológica em meio à ausência de regulamentação específica. *Perspectivas em Medicina Legal e Perícia Médica*, 11, 260208. Disponível em: <https://doi.org/10.47005/260208>
- Brasil. (2018). *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm
- Cavallero Ardila, E. (2026). Impacto de la inteligencia artificial en la medicina: Finitud o inmortalidad del ser humano? *AULA – Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, 72(1). Disponível em: <https://doi.org/10.33413/aulahcs.2026.72i1.456>
- Conselho Federal de Medicina. (2026). *Resolução CFM nº 2.454, de 11 de fevereiro de 2026: Normatiza o uso da inteligência artificial na medicina*. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2026/2454_2026.pdf
- Conselho Federal de Medicina. (2018). *Resolução CFM n. 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM n. 2.222/2018 e 2.226/2019: Código de ética médica*. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>
- Conselho Federal de Medicina. (2016). *Recomendação CFM n. 1/2016: Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica*. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf
- Fürst, H. (2023). *Teoria do biodireito*. Belo Horizonte, MG: Letramento
- Inteligência artificial na medicina legal e perícia médica brasileira: Inovação tecnológica em meio à ausência de regulamentação específica. (s.d.). *Perspectivas Médicas*. <https://www.perspectivas.med.br/articles/inteligencia-artificial-na-medicina-legal-e-pericia-medica-brasileira-inovacao-tecnologica-em-meio-a-ausencia-de-regulamentacao-especifica/>
- Leite, L. V., De Lamboy, C., & Lapolla, M. (2019). *Manual de implementação da Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo: Clube de Autores. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=ken0DwAAQBAJ>
- Mendes, L. S. (2014). *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: Linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva.
- Pereto, H. K. S., & Briancini, V. (2024). A Lei Geral de Proteção de Dados na área da saúde. In *Direito, democracia e tecnologia* (Vol. 7, pp. 59–75). Santo Ângelo: Editora Metrics. Disponível em: <https://editorametrics.com.br/media/pdfs/243/JNjg5UnUcDsa.pdf>
- Processo judicial em segredo de justiça. (2026). Comarca de São Pedro do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil.
- Teixeira de Almeida. (2025). *Autonomia da vontade no âmbito da relação médico-paciente:*

Informação, consentimento, confidencialidade e privacidade [Tese de doutorado, Universidade de Lisboa].

• Ribeiro, R. D., Gomes, V., Gomes, D., Gomes, G., De Souza, E. V., Gomes, A., Sousa, R. de C. V., & Gomes, L. H. (2025). Impacto da inteligência artificial na medicina: Revisão bibliográfica sobre diagnóstico, tratamento e sistemas de apoio à decisão. *Lumen et Virtus*, 16(44), 217–233. Disponível em: <https://doi.org/10.56238/levv16n44-018>

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 - UNIJUI, 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 UNIJUI/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 insacriável 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 desregular 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 desperta 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 gravosas 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 manifiestamente 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 vertebrata 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.
- Verdura 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 ejercer 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 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.

DIRECTRICES para AUTORAS/ES

En los siguientes links se puede consultar información de interés para quienes estén interesadas/os en publicar en la Revista Derecho y Salud:

- Sobre la Revista: <https://bit.ly/3CFpA4x>
- Directrices para autoras y autores: <https://bit.ly/3k5ymBr>
- Buenas prácticas editoriales: <https://bit.ly/31w0YO3>

La misma información está disponible escaneando con su dispositivo móvil los siguientes Códigos QR:

- Sobre la Revista:



- Directrices para autoras y autores:



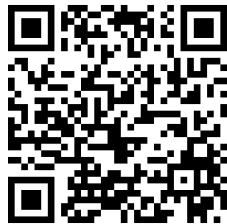
- Buenas prácticas editoriales:



REDES SOCIALES

La Revista Derecho y Salud interactúa con autoras/es y lectoras/es a través de su página en la red social LinkedIn (<https://www.linkedin.com/company/rdys/>) y en X (@rdys_ubp).

Acceso disponible, también, escaneando el siguiente Código QR:



LinkedIn



Twitter



UNIVERSIDAD
Blas Pascal



Saber y Saber Hacer