

# INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ESTUDIO DE UN CASO (\*)

IMPACT OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
JURISPRUDENCE. CASE STUDY

INFLUÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA  
DE DIREITOS HUMANOS. ESTUDO DE UM CASO

ANDREA CANABAL MERMOT (\*\*)

**RESUMEN.** El control de **convencionalidad** como mecanismo de comparación y control de la obligación de adecuación del derecho interno a las normas convencionales, en especial la Convención Americana de Derechos Humanos, que viene desarrollándose conceptualmente por la jurisprudencia de la Corte IDH, cobra una relevancia particular para nuestro país a partir de las sentencias recaídas en el Caso **Gelman** Vs Uruguay. Las referidas sentencias no solamente indican a los Estados quiénes deben efectuar dicho control, sino también con qué alcance debe hacerse y la vinculación de la norma interpretada respecto a los Estados parte en el caso y los demás Estados del Sistema Interamericano. Se transita así hacia un sistema integrado de protección de los Derechos Humanos y la formación de un *Ius Constitutionale Commune Americanum*. En el presente estudio se analizan un conjunto de sentencias dictadas por Tribunales de Apelaciones de nuestro país en el que se efectúa el control de convencionalidad *ex officio* y “desde abajo”, aplicando la *ius interpretata*, del Caso Artavia Murillo vs Costa Rica.

**PALABRAS CLAVES.** Control de convencionalidad. Gelman. Ius interpretata. Derechos humanos. Sistema interamericano

---

(\*) El presente aporte fue presentado en el Seminario Internacional organizado por la Corte IDH en el Parlamento, en oportunidad de celebrarse el 156 período de sesiones en Montevideo, Uruguay en el cual expuso la autora en representación de la Universidad de la Empresa.

(\*\*) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Titular de DDHH en la UDE. Correo electrónico: andrea.canabal@gmail.com

**ABSTRACT. Conventionality control** as a mechanism of comparison and control of the obligation to adjust domestic law to conventional rules—in particular to the American Convention on Human Rights, which has been conceptually developed by the Inter-American Court of Human Rights jurisprudence— became notably relevant to our country with the judgments of the Case **Gelman** v. Uruguay. These judgments indicate to States not only who must carry out such control, but also the scope thereof and the connection of the interpreted rule with respect to the States parties to the case and the other States of the Inter-American System. Thus, there is a move towards an “integrated system” for the protection of human rights and the formation of a *Ius Constitutionale Commune Americanum*. This study analyzes a set of judgments delivered by Courts of Appeals in our country in which conventionality control is carried out *ex officio* and “from the bottom”, applying the *ius interpretata*, of the Case Artavia Murillo v. Costa Rica.

**KEY WORDS.** Conventionality control. Gelman. *Ius interpretata*. Human rights. Inter-American system.

**RESUMO.** O controle de convencionalidade como mecanismo de comparação e controle da obrigação de adequação do direito interno às normas convencionais, em especial a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, desenvolvida conceitualmente pela jurisprudência da Corte Interamericana, assume particular relevância para o nosso país com base nas sentenças proferidas no Caso Gelman v. Uruguai. As referidas sentenças não indicam apenas aos Estados que devem realizar tal controle, mas também com que alcance deve ser feito e a vinculação da norma interpretada em relação aos Estados partes no caso e aos demais Estados do Sistema da Convenção Interamericana. Assim, caminha para um “sistema integrado” de Proteção dos Direitos Humanos e a formação de um *Ius Constitutionale Commune Americanum*. No presente estudo, analisa-se um conjunto de sentenças proferidas pelos Tribunais de Apelação do nosso país em que o controle de convencionalidade é realizado *ex officio* e “por baixo”, aplicando o *ius interpretata*, do Caso Artavia Murillo v. Costa Rica.

**PALAVRAS - CHAVE.** Controle de convencionalidade. Gelman. *Ius interpretata*. Direitos humanos. Sistema interamericano

## I. La recepción interna de la norma internacional y su interpretación en el marco del Estado de Derecho

GROS ESPIELL (2009) nos enseña que:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José), en vigencia en 1978 luego de su ratificación por once Estados (art. 74.2), se funda en la necesidad de consolidar en el continente “en el cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. De tal modo la Convención Americana sobre Derechos Humanos se integra en un sistema en el que la Democracia,

los Derechos y Libertades y la Justicia Social constituyen los elementos constitutivos de un necesario Estado de Derecho. (p. 18).

Necesario, enfatizamos, por cuanto así lo exige el artículo 3 lit d de la Carta de la OEA al referirse a la democracia representativa, pues con palabras de JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA “En la actualidad el Estado de Derecho es la cristalización de la Democracia” (CAGNONI, 2009).

Asimismo, afirmaba GROS que

Aunque la expresión Estado de Derecho no se usa en la Convención, ni en el Protocolo de San Salvador, la Corte Interamericana de Derechos Humanos la ha utilizado reiteradamente en sus opiniones consultivas, para caracterizar el sistema internacional regional americano”. Y este Estado de Derecho agrega, “Es un Estado fundado en el Derecho, limitado y condicionado por el Derecho, por el Derecho Interno, pero también por el Derecho Internacional. (pp.18 - 19)

Es decir que nuestro Estado de Derecho, la República Oriental del Uruguay, también está fundado, limitado y condicionado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en especial y en lo que hoy nos corresponde estudiar, por el derecho internacional que enmarca el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, por ser un Estado Parte de ese sistema. Esa delimitación o condicionamiento se produce en virtud de las obligaciones que emergen de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana y los demás tratados de derechos humanos, entre ellas, la de adecuación de la norma interna a la norma internacional, y habiendo aceptado la competencia de la Corte IDH, el acatamiento de las sentencias que emanan de la misma.

La obligación de adecuación de la normativa interna implica una serie de acciones para el Estado. NIKKEN expresa que de

“...la jurisprudencia internacional pueden extraerse cuatro postulados, a saber: i) la obligación de adoptar medidas legislativas es inmediatamente exigible; ii) se debe legislar para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales sobre derechos humanos; iii) se deben abrogar las normas domésticas incompatibles con las obligaciones internacionales sobre derechos humanos, y, iv) no se debe jamás legislar contra las obligaciones internacionales sobre derechos humanos.” (2013, p.24)

Como expresara, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos deriva hacia el derecho interno, “puesto que la vocación de las obligaciones internacionales sobre derechos humanos es la de cobrar vida y ejecutarse o violarse en el ámbito doméstico.” (NIKKEN, 2013, p.18)

De acuerdo con los principios de buena fé y *pacta sunt servanda*, corresponderá que cobre vida y se ejecute la Convención en el derecho interno, y

que no sea violentado su contenido, dando satisfacción a cada derecho. El cumplimiento de adoptar las disposiciones de derecho interno tiene como fin hacer efectivo el goce de los derechos consagrados en la Convención, es el llamado efecto útil del tratado.

GARCÍA RAMÍREZ y MORALES SÁNCHEZ, refiriéndose a este proceso expresan

Está en marcha, cada vez más intensa y firme, la recepción del orden jurídico internacional en el ordenamiento interno, con múltiples implicaciones. Gravita en las tareas del legislador, llamado a “ajustar” las disposiciones internas; del Ejecutivo, convocado a aplicarlas y a promover políticas públicas con perspectiva de derechos humanos, y del juzgador, que aplica el nuevo derecho, incluso a través del “control de convencionalidad (GARCÍA RAMÍREZ y MORALES SÁNCHEZ, 2013, p.166).

Dicen los autores que este último “es uno de los tantos puentes para el enlace entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el espacio jurídico interno” y los enuncia en su diversidad, así describe los puentes a) constitucional, b) legal, c) jurisdiccional, d) de la política y e) cultural.

El puente de recepción que realiza la jurisdicción se revela como un mecanismo ágil para el tránsito del derecho convencional hacia el interno. La labor de comparación entre la norma convencional y la norma de los Estados la viene realizando la Corte IDH desde siempre, lo que ha cambiado es la “fraseología” como lo expresa HITTERS al referirse al “control de convencionalidad”. Recordemos como en la sentencia del caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile “La última tentación de Cristo”, la Corte IDH entendió violatorio de la Convención un artículo de la Constitución chilena. (2011).

Este control de convencionalidad ha venido desarrollándose progresivamente y ese proceso ha sido descrito con profundidad y detalle en nuestra doctrina nacional por los profesores CORREA FREITAS y RISSO FERRAND, sin perjuicio de que contamos también con la profusa doctrina argentina, chilena, mexicana, etc, toda de gran importancia.

El control de convencionalidad realizado por la Corte IDH es llamado “internacional”, “concentrado” o “desde arriba” según los distintos autores. Siguiendo con la analogía del puente podríamos decir que durante mucho tiempo ese puente fue de una sola vía, de llegada a cada Estado que recepcionaba internamente la jurisprudencia de la Corte IDH, en especial aquella sentencia que recaía en un caso en que era la parte denunciada. Con el tiempo, la Corte con su jurisprudencia ha propiciado un ensanche de ese puente reclamando a los jueces nacionales que desapliquen las normas internas contradictorias con la Convención, dando lugar a un control “nacional”, “difuso” o “desde abajo”.

Uruguay como Estado Parte de la Convención que ha admitido la competencia de la Corte IDH, ha sido denunciado ante el Sistema Interamericano y han recaído cuatro sentencias en su contra, dos en el caso Gelman vs Uruguay, una sentencia en el caso Barbani y otros vs. Uruguay y recientemente una más en Maidanik y otros vs. Uruguay.

La Constitución de nuestro país no ha revelado contradicciones con la Convención. Como expresa el profesor CORREA FREITAS, nuestra Constitución “se ajusta en todos sus términos a los derechos, libertades y garantías consagradas por la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969”. (2015)

El puente legal por su parte ha requerido adecuaciones.

En el sentido señalado, la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso Gelman vs. Uruguay en la sentencia de febrero de 2011 párrafo 228 expresa que:

A la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Parte tienen el deber de adoptar providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención y, una vez ratificada la Convención Americana corresponde al Estado, de conformidad con el artículo 2 de la misma, adoptar todas las medidas para dejar sin efecto las disposiciones legales que pudieran contravenirla ...

La “Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado” - Ley N° 15.848, resulta un ejemplo de oposición entre derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos. Por ello la referida sentencia de condena dispuso en el numeral 11 que:

El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia.”

En la Sentencia Gelman vs. Uruguay de 20 de marzo de 2003, “Supervisión de cumplimiento de sentencia”, párrafo 60, se reitera lo expresado en otras sentencias con relación a que:

los Estados tienen la obligación general contenida en el artículo 2 de la Convención de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados..., lo que

implica, según las circunstancias de la situación concreta, la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

Ello, de conformidad con lo preceptuado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 27, en tanto “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”

Respecto al “control de convencionalidad” la referida sentencia Gelman de 20 de marzo de 2013, reafirma lo expresado en sentencias previas conceptualizándolo “como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal”.

Ensanchando un poco más ese puente de enlace, establece que

todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”, y que “En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

La misma Corte explica que hay

dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no”, porque “la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional”. Dice la Corte en el párrafo 82 “Esto implica dos manifestaciones distintas en el ejercicio del “control de convencionalidad” en sede nacional que involucra directamente a las partes que intervinieron en el proceso internacional (res judicata); y de manera indirecta a todas las autoridades de los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata).

En el primer caso, si el Estado fue parte, la sentencia resulta “cosa juzgada internacional” y corresponde cumplir y aplicar la sentencia en forma integral y de buena fé, no habría lugar a duda de su fuerza vinculante.

Pero, para la segunda hipótesis, la sentencia Gelman expresa en el párrafo 69.

Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas ..., jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.

Queda claro pues, que el control desde abajo, realizado internamente por los distintos agentes estatales, jueces, legisladores y funcionarios, se cumple en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, debiendo aplicarse en la emisión de la norma, en la aplicación de la misma, en la determinación, es decir en la decisión a adoptarse, y en el juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos. Y dicho control abarca el tratado y los precedentes o lineamientos jurisprudenciales.

La Corte IDH en la sentencia Gelman viene a reafirmar una obligación de creación pretoriana, que impone a los Estados efectuar el control de convencionalidad, que califica como de tipo:

... dinámico y complementario” de las obligaciones convencionales de ... respetar y garantizar derechos humanos”. Control que debe realizarse conjuntamente entre las autoridades nacionales (que tienen la obligación primaria y fundamental en la garantía de los derechos y de ejercer “control de convencionalidad”) y las instancias internacionales —en forma subsidiaria y complementaria—; ...de modo que los criterios de decisión pueden ser conformados y adecuados entre sí, ... mediante el ejercicio de un control “primario” de convencionalidad por parte de todas las autoridades nacionales y, eventualmente, a través del control “complementario” de convencionalidad en sede internacional. En todo caso, no debe perderse de vista que el Estado “es el principal garante de los derechos de las personas” y tiene la obligación de respetarlos y garantizarlos” y expresa más adelante “... se está produciendo un nuevo entendimiento del Sistema Interamericano de Protección de

los Derechos Humanos al concebirse ahora como un “sistema integrado”, debido a que involucra no sólo a los dos órganos de protección a que se refiere la Convención Americana —Comisión y Corte IDH—, sino ahora comprende con particular intensidad y de manera concomitante a todas las autoridades nacionales de los Estados Parte del Pacto de San José, al deber participar activamente en la garantía efectiva de los derechos humanos, sea en su dimensión nacional o internacional a manera de un “sistema integrado” de protección de derechos. ... transitamos hacia un “Sistema Interamericano Integrado” —con un “control de convencionalidad” dinámico y complementario— lo que está forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutionale Commune Americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región.

De lo dicho puede inferirse que ese Derecho Constitucional Común Americano delinearé un arquetipo de Estado de Derecho, y que los Estados del Sistema habrán de consolidarse como tales en la medida que internamente vayan adaptándose progresivamente al mismo, resultando evidente que el rol del juez en ese proceso cobrará cada vez más preponderancia, por resultar a la postre el encargado de hacer valer las garantías del caso.

Como lo señala NOGUEIRA ALCALÁ:

El juez nacional debe aplicar el corpus iuris interamericano y la jurisprudencia de la CIDH, y también los métodos de interpretación desarrollados por la CIDH; la interpretación evolutiva, la interpretación dinámica, el principio favor persona; el principio de progresividad; el principio de ponderación; todo lo que constituye una fuente de ampliación de su poder creador de derecho. El juez nacional puede proponer interpretaciones de la CADH y el corpus iuris interamericano que enriquezcan la visión del mismo, ya que dichas cuestiones no han sido abordadas antes por la CIDH no existiendo pronunciamientos acerca de ellas. En tal sentido el juez nacional puede desarrollar una interpretación innovadora.

Continúa NOGUEIRA expresando:

Las soluciones innovadoras de la judicatura nacional podrán influir a la CIDH, para lo que deberá esperarse que el juez interamericano conozca un caso similar, por lo que el diálogo, mientras ello no ocurra, será solo potencial, o si la CIDH retoma la jurisprudencia nacional en un caso futuro. El diálogo será entonces efectivo.

Vemos así ensancharse aún más el puente que ahora es de doble vía, de la Corte IDH hacia el Estado y del Estado parte hacia la Corte IDH, con proyecciones de un tránsito fluido de *intercambio, de cooperación y coordinación* como dice Nogueira Alcalá.

## II. Estudio de un caso

Veamos ahora qué pasa con nuestra jurisprudencia, cómo ese control desde abajo es realizado por los jueces letrados y los tribunales de apelaciones de nuestro país. Corresponde tener presente, que tal como lo expresó la Corte en la Sentencia Gelman y otras (Radilla Pacheco vs México, Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú), el control de convencionalidad debe ejercerse hoy por los jueces nacionales y demás autoridades “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.

Este marco “de sus respectivas competencias y regulaciones procesales” podría resultar un obstáculo a la aplicación de la Convención o de sus “lineamientos jurisprudenciales”, tal como sucedió con alguna interpretación que efectuara nuestra Suprema Corte de Justicia y que diera lugar precisamente a la sentencia Gelman del año 2013.

Cuando la ley nacional no se corresponde con la norma convencional o con la interpretación jurisprudencial que de ella ha efectuado la Corte IDH en alguna sentencia o incluso en alguna opinión consultiva, la doctrina nacional se ha planteado si es posible su desaplicación por parte del juez que estuviera entendiendo en el caso.

El Profesor Correa Freitas ha señalado, que cuando cualquier juez, Tribunal de Apelaciones o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo al efectuar el “control de convencionalidad” de una ley o un decreto de un gobierno departamental con fuerza de ley en su jurisdicción, constate su “inconventionalidad” habrá de plantearlo de oficio ante la Suprema Corte de Justicia, conforme al artículo 239 n°1 porque es el órgano competente para desaplicar los actos legislativos contrarios a la Convención Americana y otros Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, en tanto “la SCJ ...es quien tiene la competencia originaria y exclusiva no solo para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes (Constitución, arts. 256 y 257), sino en las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados (Constitución, art. 239 inc 1°)”. (2015). De tal manera que, para el autor, hay un fundamento normativo, la desaplicación de un tratado corresponde a la SCJ porque así está determinado por la Constitución en el artículo 239 inc 1°.

Risso Ferrand se ha manifestado expresando que en tanto no está comprendido el control de convencionalidad en el artículo 256 y siguientes, única excepción prevista por la Constitución para la obligación de aplicar la ley, cualquier juez podría hacerlo si la considera contraria a una norma de DIDH. Pero, sostiene, la mayoría de los casos de inconventionalidad serán además casos de inconstitucionalidad, y la desaplicación de la ley estaría

“alterando la arquitectura constitucional” en la medida que un caso de inconstitucionalidad de una disposición legal sea resuelto por cualquier juez en clara contravención a los artículos 256 y siguientes de la Carta. Si bien reconoce lo opinable del tema, entiende que la competencia para declarar inconvencional la norma cuestionada, está concentrada en la Suprema Corte de Justicia. (2016).

BLENGIO por su parte entiende que no es asimilable el control de convencionalidad con el control concentrado de constitucionalidad, ya que nuestra Constitución es anterior a la Convención y tiene una mirada desde el derecho interno. El desarrollo del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos es posterior a 1969 y por tanto la Constitución de 1967 no pudo prever un mecanismo como el control de convencionalidad y ninguna de las reformas posteriores lo ha contemplado. Por tanto, sostiene que el juez del caso podría desaplicar la ley inconvencional, aplicando directamente la norma convencional por intermedio de la interpretación del principio pro homine. (2022)

Durante el año 2021, se sucedieron una serie de sentencias que ampararon las demandas de personas que pretendían acceder a ciertas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) a través del Fondo Nacional de Recursos, cuyas solicitudes a nivel administrativo habían sido rechazadas al entenderse que sus situaciones no quedaban comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley N° 19.167 regulatoria de las TRHA y su decreto reglamentario número 84/015.

El conjunto de normas que regula la materia y que resulta aplicable al caso, se conforma en primer lugar con el artículo 44 de la Constitución, que establece la obligación del Estado de legislar en cuestiones de salud e higiene públicas y el deber de las personas de cuidar su salud y de asistirse en caso de enfermedad, así como también la obligación del Estado de proporcionar los medios de prevención y asistencia para los indigentes o carentes de recursos suficientes.

En cuanto a las normas legales, principalmente la Ley N° 19.167 de 22 de noviembre de 2013, que tiene por objeto regular las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) acreditadas científicamente, así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realicen.

También debemos mencionar la Ley N° 18.426 de 1° de diciembre de 2008 por la cual “El Estado garantizará condiciones para el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de toda la población.”; la Ley N° 18.211 de 5 de diciembre de 2007 por la que se creó el Sistema Nacional Integrado de Salud y cuyo artículo 45 establece que la reglamentación definirá

taxativamente las prestaciones que serán incluidas en dicho sistema. Asimismo, fue considerada en alguna sentencia la Ley N° 18.335 que refiere a los derechos y obligaciones de pacientes y usuarios de los servicios de salud. Otras normas invocadas en los casos, fueron la Ley N° 15.443 de 5 de agosto de 1983 llamada Ley de Medicamentos, aunque también refiere a procedimientos, y la Ley N° 19.355, norma presupuestal de 19 de diciembre de 2015.

En ese marco normativo, comparecieron ante la justicia de familia, por medio de acciones de amparo (12 acciones revistadas de la Base de Jurisprudencia Nacional), en general mujeres que en virtud de los tratamientos oncológicos a los que iban a someterse, verían reducida o perdida su capacidad reproductiva. De las sentencias relevadas surge que la pretensión de las actoras consistía en que se les brindara el procedimiento de “crioconservación de óvulos”, en tanto era rechazada su solicitud por sus servicios de asistencia sanitaria, por no encontrarse prevista como prestación obligatoria, y por ello reclamaron judicialmente que tal procedimiento fuera costado por el Fondo Nacional de Recursos, acreditando no poseer recursos suficientes para enfrentar el gasto en forma particular.

Las sentencias de primera instancia en su mayoría hicieron lugar al amparo y condenaron según el caso al Ministerio de Salud Pública y/o al Fondo Nacional de Recursos, a financiar la técnica de crioconservación de óvulos de acuerdo con las indicaciones médicas del equipo tratante de las pacientes.

Dos casos fueron desestimados en primera instancia. La sede correspondiente entendió que las situaciones de las peticionantes no estaban contempladas en la norma legal correspondiente (Sentencias 1/2021 y 43/2021 del JLF 1er Turno). Un caso, en que la solicitud refería a un examen médico denominado “Diagnóstico Genético Preimplantacional” previo a la Fecundación in Vitro, fue admitido en primera instancia y desestimado en segunda instancia, al entenderse acreditado que el actor “no carecía de recursos suficientes” (Sent. 156/2021 de TAF 1er. Turno).

Frente a las sentencias mayoritarias que ampararon los derechos de los accionantes, apelaron los demandados, Estado - MSP y/o el Fondo Nacional de Recursos. Este último, persona pública no estatal que financia los tratamientos de alto costo y estudios de medicina especializada con fondos provenientes del Estado -según diversas leyes- aunque puede recibir donaciones de particulares.(1)

---

(1) Puede ampliarse con la lectura de la siguiente normativa: Decreto- ley N° 14.897 de 15 de mayo de 1979 y Ley N° 16.343 de 24 de diciembre de 1992.

No nos detendremos en los cuestionamientos procesales relativos a las excepciones de incompetencia de los juzgados de familia o de la falta de legitimación pasiva de los demandados. Los argumentos de fondo de los apelantes consistieron -principalmente y, en síntesis- en los siguientes:

- a) el artículo 44 de la Constitución “no consagra un derecho subjetivo irrestricto al reclamo de medicamentos o procedimientos” cuando el paciente no posee medios para afrontar el tratamiento, ni tampoco puede extraerse tal derecho del artículo 72;
- b) las prestaciones reclamadas no se encuentran amparadas en la ley,(2) en todo caso, debía requerirse la “inconstitucionalidad” de las normas aplicables, entendiendo que la Sede de primera instancia “desaplicaba” tal normativa invadiendo la competencia de la Suprema Corte de Justicia y vulnerando el principio de separación de poderes;
- c) la preservación de óvulos no consta como técnica con cobertura financiera entre las prestaciones que el MSP ha reglamentado, y
- d) la parte actora no tiene diagnóstico de infertilidad.

Las sentencias 106/2021 y 179/2021 ambas del Tribunal de Apelaciones de Familia de 2do Turno, fueron las primeras en confirmar las sentencias de primera instancia que ampararon las pretensiones y condenaron a los mencionados MSP y FNR. Las sentencias posteriores reiteraron los argumentos de estas primeras con algunos matices que referiremos posteriormente. Si bien hay alguna diferencia entre ellas, se pueden resumir los argumentos esgrimidos en los siguientes:

- A) se trata de la “fundación” de una futura familia, y del derecho a procrear;
- B) la negativa a proceder a la crioconservación de los óvulos vulnera su derecho a procrear y formar una familia debido a las altas posibilidades de infertilidad posterior al tratamiento oncológico al no poder la actora afrontar por sí el costo; dicha técnica es la aconsejada por los médicos para prevenir que su derecho se vea frustrado;
- C) la actora entiende que la maternidad es un derecho del que desea gozar y puede ser vulnerado, por lo que debe preservarse su fertilidad antes de que comience el tratamiento oncológico en virtud del riesgo potencial de afectación que la medicación de este último entraña;

---

(2) De las sentencias no surgen explicitados los aspectos médicos que determinan que unos afirmen que el procedimiento está amparado en el artículo 1º de la Ley N° 19.167 y otros afirmen lo contrario (MSP).

- D) el Estado se encuentra obligado a afrontar el costo de la prestación específica si la persona no tiene recursos para hacerlo, ya que de lo contrario esa persona no accedería a una asistencia sanitaria integral y de calidad, por ser el Estado garante de esos derechos;
- E) en la sentencia 106/2021 se invoca la Sentencia de la SCJ n° 75/2021 dictada en otro proceso de amparo, que declaró inconstitucional el artículo 45 de la Ley N° 18.211 por infringir el artículo 44 inciso segundo de la Constitución;(3) en la sentencia 179/2021 la parte actora interpuso como defensa la inconstitucionalidad del citado artículo 45 de la Ley N° 18.211;
- F) la Constitución establece que la familia es la base de nuestra sociedad y el Estado velará por su estabilidad moral y material (art 40) y la protección especial que se otorga a la maternidad (art 42);
- G) nuestro país ha ratificado múltiples Convenciones Internacionales de derechos humanos que reconocen el derecho a formar una familia y a planificar el número de hijos: artículo 16 de la Declaración Americana, art. 17 de la Convención Americana, Protocolo de San Salvador art. 15, Declaración Universal art 16, PIDCP art 23, PDESC art 10, CEDAW art 16 y 12;
- H) en cuanto al acceso a las técnicas de reproducción asistida recoge la Sentencia pronunciada por la Corte IDH en el Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica párrafos 233 a 253 en forma textual;
- I) el fundamento normativo son las leyes números Ley N° 18.246 y la Ley N° 19.167 entendiendo que la crioconservación de gametos está

---

(3) habiéndose invocado para ello: 1) el principio pro homine con el contenido que le ha dado la Corte IDH en opinión separada del Juez Rodolfo Pisa Escalante en la Opinión Consultiva n° 5/85 en cita del Dr. Risso Ferrand; 2) la interpretación sistemática de la Constitución invocando a Nogueira Alcalá; 3) el derecho a la salud es un derecho primario y fundamental que impone plena y exhaustiva tutela y que conforme el artículo 44 por su naturaleza, no es susceptible de menoscabo, por lo que no puede ser limitado por criterios técnicos o económicos y que mediante las normas objeto de estudio para su inconstitucionalidad desconocen la supremacía del derecho a la salud de la persona y que de admitir tal posibilidad se estaría asignando a las mencionadas autoridades un poder que claramente carecen y legitimando la violación de derechos constitucionales; 4) estos derechos fundamentales son un límite infranqueable para el legislador; 5) la lógica indica que si la Constitución impone la obligación de asistir en caso de enfermedad, tiene que existir la posibilidad de darle los recursos necesarios a quienes carezcan de ellos para cumplir con la obligación de asistir por parte del Estado a los habitantes; 6) la obligación del artículo 44 es concreta y no requiere reglamentación de especie alguna y que puede aplicarse en forma inmediata; 7) la observación n° 14 del Comité de DESC establece la accesibilidad económica en el sentido de que todas las personas deben tener acceso al nivel más alto posible de servicios de salud independientemente de sus ingresos;

recogida en el artículo 1° de esta última pero no así en el Decreto 84/015 lo implica una limitación legal, pero que el artículo 2° de la Ley N° 19.167 establece una limitación “inconvenional” al limitar las técnicas de reproducción asistida a supuestos de infertilidad, restringiendo además por decreto las que son afrontadas por el FNR, incumpliendo así la interpretación que del artículo 17 de la Convención Interamericana realiza la Corte IDH; la negativa a solventar la TRHA implica la vulneración del derecho humano a ser madre en condiciones de igualdad con quienes por su condición económica que pueden costear dicha técnica y configura un supuesto de actuación manifiestamente ilegítima;

- J) que no implica infringir la competencia exclusiva de la SCJ en materia de inconstitucionalidad ni tampoco la vulneración del principio de separación de poderes, porque implica, sin sustento normativo, radiar de la función jurisdiccional el conocimiento y decisión respecto a actos u omisiones de la Administración que pudieran ser lesivos o amenazar por ilegitimidad manifiesta derechos reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución, lo que es de rechazo en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, y por el contrario hacerlo constituye la razón de ser del medio jurídico actuado en el ámbito de competencia natural del Poder Judicial y constituye la razón de la propia existencia del principio de separación de poderes;

Este último argumento, respecto a la desaplicación por parte de los jueces del Decreto del Poder Ejecutivo N° 84/015 que no incluyó a la crioconservación de óvulos en los procedimientos a financiarse por el Fondo Nacional de Recursos, no ofrece duda. Tratándose de una norma reglamentaria, un acto administrativo que contradice la ley, cualquier juez puede desaplicarla por ilegal, inconstitucional o inconvenional. Tal como lo expresa la sentencia 179/2021 es incorrecto que un acto jurisdiccional sin sustento normativo no pueda conocer “un acto u omisiones de la Administración que pudieran ser lesivos o amenazaran por ilegitimidad manifiesta, derechos reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución”, esa es la competencia natural del Poder Judicial, está obligado a corregir la actuación contraria a derecho y no hay vulneración del principio de separación de poderes.

Como puede advertirse los jueces, han entendido de aplicación directa el artículo 17 de la Convención y la interpretación que la Corte IDH ha realizado sobre el mismo. En tales términos afirman la inconvenionalidad de la norma nacional cuestionada (artículo 2° de la Ley N° 19.167), en cuanto limita los casos de acceso a las TRHA que prevé el artículo 1° de la misma norma.

El artículo 2° titulado “Alcance” establecía

“Las técnicas de reproducción humana asistida podrán aplicarse a toda persona como principal metodología terapéutica de la *infertilidad*, en la medida que se trate del procedimiento médico idóneo para concebir en el caso de parejas biológicamente impedidas para hacerlo, así como en el caso de mujeres con independencia de su estado civil, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.”

Como quedó expresado, para nuestros jueces y ministros de apelaciones, la ley limitaba la posibilidad de acceso a las TRHA cubriendo tan solo aquellos presupuestos de “infertilidad”. No considerar otros casos en la ley, por ejemplo, mujeres con cáncer que hoy son fértiles pero que tal condición se modificará en el futuro como consecuencia de los tratamientos químicos a los que debe someterse, constituía una vulneración de derechos resultando así un trato discriminatorio para quienes no pueden solventar por sí el gasto. Porque las mujeres con cáncer que se someterán a tratamiento oncológico, pero puedan costear la crioconservación de sus óvulos, sí estarán en condiciones en el futuro de ejercer su derecho a procrear, su derecho a ser madre y formar una familia.

Pero la limitación legal a casos de infertilidad implica además la exclusión de otras situaciones, como la de los hombres infértiles que requieren del “Diagnóstico Genético Preimplantacional” previo para la Fecundación In Vitro que tampoco está contemplado en la norma, o el caso del varón trans que requiere el procedimiento de Fecundación In Vitro para su pareja mujer con la técnica de recepción de ovocitos “ROPA”, procedimiento previo que tampoco está incluido. En estos últimos casos citados los jueces de primera instancia y los Tribunales de Apelaciones también ampararon sus derechos fundamentándose en la Convención Americana Artículo 17 y en el caso *Artavia Murillo* y además en las Opiniones Consultivas n° 14 y 24 de Corte IDH y las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos relacionadas.

El tema controversial está anclado en que las sentencias referidas afirman la inconventionalidad de la ley, entendiendo que la misma encierra una hipótesis de discriminación y resulta vulneratoria de los derechos a ser madre, a procrear, a fundar una familia, en los términos en que se han interpretado estos derechos de acuerdo con el contenido interpretativo que la Corte IDH ha desarrollado para el artículo 17 de la Convención en el caso *Artavia Murillo*, y se haya decidido su desaplicación.

No surge de las sentencias que la limitación legal inconventional del artículo 2° de la Ley N° 19.167 debiera ser sometida a un procedimiento de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de acuerdo con los artículos 256 y 257 de la Constitución, entendiendo que se vulnera al mismo tiempo el principio de igualdad o el derecho a procrear o el derecho a

fundar una familia, todos amparados por Carta en el artículo 72 por ser inherentes a la persona humana.

Tampoco surge de las sentencias que la limitación legal inconvencional mencionada debiera ser sometida a la Suprema Corte de Justicia por ser una cuestión relativa a un tratado, pacto o convención, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 239 numeral 1° de la Constitución.

Del relevamiento de los argumentos de las sentencias estudiadas resulta principalmente el relacionado a que la negativa a proveer los procedimientos médicos reclamados es un incumplimiento a lo preceptuado en la Convención, a la interpretación que del artículo 17 de la Convención realiza la Corte IDH, la que se transcribe en parte. Sin perjuicio de citarse y transcribirse toda la normativa internacional de Derechos Humanos del Sistema Interamericano y del Sistema Universal relacionada a los derechos a la salud y a la familia.

Un aspecto por considerar es que la ley inconvencional resulta ilegítima por omisión. Porque limita el acceso de los servicios de salud contemplando solo el presupuesto de la infertilidad actual y dejando fuera todos los demás casos que la biología o la psicología puedan presentar como casos médicos que requieren TRHA y que no necesaria o técnicamente puedan definirse como “infertilidad”. Quedan excluidos también exámenes médicos o procedimientos que son previos a la técnica de la FIV y que son requeridos en los casos de personas portadores de ciertas patologías, que al no estar contemplados quedan éstas sin acceso a la prestación.

Si bien no surge de las sentencias estudiadas, hay una fundamentación con base en la Constitución para que ni las partes ni los jueces de oficio, promovieran la inconstitucionalidad de la norma vulneratoria. Nuestra Suprema Corte de Justicia ha sostenido invariablemente que no procede la inconstitucionalidad por omisión. De acuerdo con los artículos 256 y 257 de la Constitución la sentencia de declaración de inconstitucionalidad implica que la norma violatoria de los derechos fundamentales sea desaplicada al caso concreto en el que aquella recae. Supone que la inconstitucionalidad que puede someterse a consideración de la SCJ, debe ser aquella que está contenida o surge de las disposiciones de la norma, en sus “enunciados concretos e identificables”, pero no si se trata de omisiones. Es inconstitucional aquello que la norma establece, pero no puede impugnarse por lo que no dice. Porque la finalidad de la declaración de inconstitucionalidad -en tanto tiene por consecuencia la desaplicación de la norma al caso concreto-, no se cumpliría respecto de aquello que la misma no contempla.(4)

---

(4) Sentencia 415/2018 “De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 256 a 261 de la Constitución, el proceso de declaración de inconstitucionalidad de la Ley uruguaya se es-

Este aspecto no es menor, por cuanto, corresponde al Poder Judicial amparar los derechos de los justiciables.

La norma de derecho interno, la Ley N° 19.167 en este caso, resultó insuficiente, escasa en su alcance, omisa por cuanto no contemplaba derechos que están consagrados en la Constitución, explícita o implícitamente, según fuera el fundamento de cada uno de los accionantes en sus amparos, pero todos inherentes a la persona humana. Sea el derecho a la asistencia sanitaria integral y de calidad, a la igualdad de trato y oportunidades, a la familia, a la maternidad, a procrear, artículos 8, 44, 40, 42, y además los incorporados por el artículo 72 de la Constitución, todos deben ser amparados, todos requieren garantía de efectividad en el goce en un Estado de Derecho. Nuestro artículo 332 impone al juez en el caso de falta de reglamentación, recurrir a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas. Pero no hay en las sentencias argumentos al respecto.

Los Tribunales de Apelaciones aplicaron el “control de convencionalidad” y ampararon los derechos regulados en nuestra Constitución y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en especial los consagrados en el artículo 17 de la Convención Americana, con el alcance que ha dado la Corte IDH en su interpretación jurisdiccional en el Caso Artavia Murillo vs Costa Rica y además en opiniones consultivas.

En suma, los jueces nacionales durante el pasado año 2021, como lo establece la Sentencia del Caso Gelman de 2013, han efectuado el control de convencionalidad en el juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el tratado y según corresponda, los precedentes y lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.

---

tructuró a efectos de impugnar la regularidad constitucional de una Ley (o de un decreto departamental con fuerza de Ley en su jurisdicción) por lo que esa norma establece y no por lo que dejó de establecer. Ello surge inequívocamente de lo expresado en los artículos referidos, en particular de lo establecido en el artículo 257. El artículo 257 de la Carta establece que la pretensión de declaración de inconstitucionalidad de la Ley en el Uruguay supone necesariamente pedir a la Corte ‘la declaración de inconstitucionalidad de una Ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquella’. Tal giro denota desde ya que la inconstitucionalidad que puede someterse a consideración de la Suprema Corte de Justicia debe siempre estar contenida o surgir de ‘disposiciones’, esto es, enunciados concretos e identificables de Leyes o decretos departamental con fuerza de Ley en su jurisdicción (artículo 260), mas no de ‘omisiones’. Ello es ajustado a la finalidad evidente de este proceso: impedir que una persona vea afectada su situación jurídica por Leyes contrarias a la Constitución. El mecanismo constitucional uruguayo excluye, así, del objeto del proceso regulado en los artículos 257 a 259 de la Carta la posibilidad de que se solicite la declaración de inconstitucionalidad de una ‘omisión’, ya que no puede declararse la inaplicabilidad de lo que no existe.”

Pero, resulta muy significativo que en este año 2022, la Ley N° 20.062 de 22 de julio de 2022, modificó la Ley N° 19.167 incorporando un inciso segundo al artículo 2° que establece:

La técnica de criopreservación de gametos también podrá aplicarse a todo paciente oncológico que, encontrándose en edad reproductiva (post púber hasta los cuarenta años), y de acuerdo con lo informado por su médico tratante y contando con el aval de la Dirección Técnica del prestador en el que se llevará a cabo el procedimiento, pudiera ver mermada o afectada drásticamente su fertilidad como consecuencia del tratamiento oncológico.

No resultan de los antecedentes parlamentarios consideraciones a la Convención Americana o a la jurisprudencia de la Corte IDH. Sin embargo, la Ley N° 19.167 resultó modificada y hoy contempla la crioconservación de óvulos para pacientes oncológicas. Entonces, el puente se ensancha también por la vía legal, y hay, aunque no una recepción propiamente dicha del derecho internacional en el derecho interno al adecuarse esta ley, sí puede considerarse una influencia, quizá mediada a través de la jurisprudencia nacional.

Quedan contempladas en la normativa actualizada las pacientes oncológicas, otras situaciones permanecen pendientes de ser incorporadas a la ley. No obstante, el tránsito en los puentes jurisdiccionales y legales se acelera para llegar al destino de mayor protección y más efectividad en el goce de los derechos humanos.

### III. Conclusiones

- 1) La acción de amparo se muestra cada vez más como un mecanismo idóneo para la efectividad de los derechos. Si bien ya tiene una tradición fuerte en nuestro país para lograr el acceso a medicamentos y procedimientos médicos de alto costo, en casos como los mencionados, se ampararon a la vez los derechos reproductivos, a fundar una familia y a su protección, el derecho a procrear, todos ellos relacionados de la libertad, la autonomía y de la identidad de la persona.<sup>(5)</sup>
- 2) Nuestros jueces de primera instancia y Tribunales de Apelaciones -como ha dicho la profesora Laura Clérico- “los jueces que están desperdigados por ahí”, en el control de convencionalidad desde abajo, recogieron los argumentos de la Corte IDH, ya sea tomando directamente párrafos de sus Sentencias que desarrollan los contenidos y alcance de los derechos cuya protección se reclamaba, como también contenidos de Opiniones

---

(5) Puede ampliarse en: Caso Artavia Murillo vs Costa Rica . Párr.137, 143 y 145.

Consultivas, y los incorporaron constituyéndolos en fundamentos de sus fallos.

- 3) En las sentencias estudiadas, considerando que la familia, la maternidad y la salud tienen consagración constitucional en los artículos 40, 42 y 44, y también en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, han interpretado estos derechos con el alcance y contenido que surgen de la Convención y de su interpretación jurisprudencial por la Corte IDH.
- 4) Nuestros jueces han amparado los derechos entendiendo que hubo vulneración por omisión, al impedir el acceso a la prestación sanitaria a quienes no tenían diagnóstico de infertilidad en contravención al artículo 17 de la Convención Americana aplicando así directamente el Pacto de SJC sin acudir a los mecanismos de integración de la ley que propone nuestra Constitución en el artículo 332.
- 5) Simultáneamente el puente de recepción legal del Derecho Internacional de los Derechos Humanos revisó el contenido de la ley y amplió el ámbito de protección. Se espera que en el futuro la ley abarque la totalidad de los casos que requieran de la TRHA.

### **Referencias bibliográficas**

- BLENGIO VALDÉS, Mariana (2022). Manual de Derechos Humanos. IV Edición. Pp. 224 -232.
- CLÉRICO, Laura (2020). *Las opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus impactos*. <https://bit.ly/3FZWIs2>
- CAGNONI, José Aníbal, (2009). El Estado de Derecho como forma de Estado. El Estado de Derecho en el Derecho Internacional en El Estado de Derecho En el Derecho Internacional y en el Derecho Nacional.
- CORREA FREITAS, Rúben (2015). Conferencia pronunciada en el Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (UDELAR) el 7 de octubre de 2015. Estudios de Derecho Administrativo. Número 13. 2016. pp 5 -42.
- GARCÍA RAMÍREZ, S Y MORALES SÁNCHEZ, J, (2013). Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: Libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad. Cuestiones Constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Vol 2013, numero 29 (julio- diciembre 2013) pp. 163 -218. <https://bit.ly/3UzPE9Y>
- GROS ESPIELL, Héctor, (2009) El Estado de Derecho en el Derecho Internacional en El Estado de Derecho en el Derecho Internacional y en el Derecho Nacional.

- HITTERS, Juan Carlos (2011). El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 2/2011. pp. 875 – 895.
- NIKKEN, Pedro, (2013). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno. *Revista IIDH Vol 57*. pp 11-68. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32270.pdf>
- RISSE FERRAND, Martín, (2016). El Control de Convencionalidad. Conferencia Magistral. *Revista de Derecho Público. Año 25. Número 50*. Diciembre- 2016. pp. 193 – 201.