

REVISTA **metodhos** ELECTRÓNICA

Visibilizar personas y reconocer derechos

CONTENIDO

- 3 RICARDO ORTEGA
- 7 JORGE CARLOS TOLEDO SAURI
- 37 JUAN CARLOS ARJONA ESTÉVEZ
- 84 TANIA ESPINOSA SÁNCHEZ
- 122 JUAN JAIME GONZÁLEZ VARAS



métodhos, *Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos*, año 3, núm. 5, julio-diciembre de 2013, es una publicación semestral editada por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) a través del Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos (CIADH). Avenida Universidad 1449, colonia Florida, pueblo de Axotla, delegación Álvaro Obregón, 01030 México, D. F., Tel.: 5229 5600, ext.: 2214, <www.cd hdf.org.mx> y <revistamethodos@cd hdf.org.mx>.

EDITOR RESPONSABLE: Ricardo Alberto Ortega Soriano. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2011-061509513000-203. ISSN 2007-2740, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. RESPONSABLE DE LA ÚLTIMA ACTUALIZACIÓN DE ESTE NÚMERO: Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la CDHDF, Daniel Antonio García Huerta, avenida Universidad 1449, colonia Florida, pueblo de Axotla, delegación Álvaro Obregón, 01030 México, D. F. Fecha de la última modificación: 30 de junio de 2012.

La finalidad de la revista es la de publicar temas de agenda e innovación en derechos humanos, para lo cual se recabarán puntos de vista especializados de personas doctas en la materia; por ello, las opiniones expresadas por las y los autores no reflejan la postura de la CDHDF.

COMITÉ EDITORIAL: Estela Andrea Serret Bravo, Santiago Corcuera Cabezut, Jesús Rodríguez Zepeda, Tania Ramírez Hernández, Luis Daniel Vázquez, Jorge Ulises Carmona Tinoco, Fernando Coronado Franco, María José Morales García, José Luis Gutiérrez Espíndola, Mónica Martínez de la Peña, José Antonio Guevara Bermúdez y Juan Alberto Nava Cortez.

CUIDADO DE LA EDICIÓN: Solar, Servicios Editoriales, S. A. de C. V. DISEÑO Y FORMACIÓN: Ana Lilia González Chávez y Analaura Galindo Zárate. LECTURA DE PLANAS: Karina Rosalía Flores Hernández.

La Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal autoriza a toda persona interesada en reproducir total o parcialmente el contenido e imágenes de la publicación, siempre que en su utilización se cite invariablemente la fuente correspondiente.

Presentación

Ricardo A. Ortega Soriano*

* Director ejecutivo del Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos.



En nuestro país, una de las principales condiciones que impide a distintos grupos de personas en situación de riesgo el efectivo goce y ejercicio de sus derechos humanos es la invisibilidad social e institucional en la que se ven inmersos, pues el proceso de negación, desvaloración e indiferencia al que se enfrentan impone y prolonga la idea de que ciertas colectividades, como las de mujeres, personas con discapacidad, indígenas, personas que viven o sobreviven en la calle, o personas con orientaciones sexuales e identidades de género distintas, deben coexistir al margen de la sociedad en términos políticos, sociales, culturales y económicos; sobre todo en lo que respecta al goce y ejercicio de sus derechos humanos.

La falta de información confiable sobre la exclusión que día a día encaran estos grupos ha derivado en la ausencia de reconocimiento de sus derechos humanos, así como en el incumplimiento de las obligaciones reforzadas a cargo de la autoridad, debido a la condición de vulnerabilidad en que se encuentran, así como en la propia imposibilidad legal y material de exigirlos en virtud de la inexistencia de mecanismos, leyes o políticas públicas que reconozcan las necesidades de quienes los integran. Así, mientras algunos grupos excluidos social y jurídicamente intentan que se les considere como sujetos de derechos, algunos más luchan por delimitar los derechos que les corresponden y por encontrar las vías adecuadas para su garantía.

En este escenario, del cual no escapa la ciudad de México, uno de los principales retos que impone la indiferencia y la subordinación social es la de visibilizar y comprender las dinámicas históricas, sociales y culturales en las que se enmarcan los grupos y personas en situación de desventaja y vulnerabilidad. Una sociedad incluyente y diversa hace necesarias no sólo medidas de asistencia y reacción, sino también políticas de prevención y atención por parte de las autoridades con el objetivo de asegurar el pleno goce y vigencia de los derechos humanos de todas las personas.

A partir de estos planteamientos, el quinto número de *métodhos*. Revista electrónica de investigación aplicada en derechos humanos, en su sección Investigación

ofrece diversos artículos que intentan demostrar la manera en que la identificación y visibilización de ciertos grupos sociales constituyen el primer paso para lograr su reconocimiento como auténticos sujetos titulares de derechos y asegurar una adecuada garantía de sus derechos humanos por medio de la implementación de políticas públicas o, incluso, a partir de mecanismos de interpretación constitucional que redunden en su mayor protección y beneficio.

El primer artículo, “El conflicto de la definición indígena en el orden nacional e internacional”, proporciona un análisis detallado sobre las distintas definiciones desarrolladas en el derecho internacional de los derechos humanos sobre los conceptos *indígena* y *pueblos indígenas*. En el entendido de que el primer paso para el reconocimiento de los derechos indígenas es, justamente, establecer quiénes son las personas pertenecientes al grupo, el autor plantea las complejidades que surgen en torno a la identificación de lo indígena, tanto por la diversidad de pueblos y comunidades, como por las preconcepciones y estigmas fuertemente arraigados en los propios Estados respecto aquellos conglomerados que difieren diametralmente de la forma de vida “occidentalizada o civilizada” al regularse por sus normas internas.

Por otra parte, en el artículo “¿Qué derechos laborales tienen los trabajadores informales del servicio de limpia en la ciudad de México?: el caso de los trabajadores voluntarios y pepenadores” se analiza el estado de los derechos laborales de las y los trabajadores del servicio público de limpia del Distrito Federal desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos. También se expone la preocupante situación del reconocimiento de los derechos de las y los trabajadores voluntarios y pepenadores que subsisten del reciclaje informal, por lo que la autora contrasta el papel que desempeñan las y los trabajadores del servicio de limpia –voluntarios o no– y las y los pepenadores para mantener la ciudad de México en condiciones habitables, con la posición infravalorada e invisible que ocupan respecto del resto de la sociedad, lo que a su vez perpetúa condiciones de discriminación y propicia escenarios viables para la violación de sus derechos humanos.

En tercer lugar se presenta el artículo titulado “El caso *Artavia y otros vs. Costa Rica*: una herramienta para aplicar la reforma constitucional en derechos humanos”, que expone simultáneamente varios temas de especial relevancia. En el contexto de los problemas de infertilidad de las parejas heterosexuales y de los efectos diferenciados que pueden sufrir las mujeres en su salud reproductiva como consecuencia de alguna discapacidad, el autor presenta la solución del Tribunal Interamericano frente al debate sobre la determinación del momento en que empieza la vida humana desde el derecho internacional y, en particular, desde el reconocimiento de los derechos reproductivos en otros derechos de la

Convención Americana a partir los principios de interdependencia, progresividad y no discriminación. Adicionalmente, hace un análisis exhaustivo de las herramientas interpretativas que brinda la sentencia para los tribunales de México en virtud del proceso de reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011.

Para cerrar, en la sección de Ensayos Temáticos se analiza uno de los últimos casos resueltos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a los alcances y límites de la modificación del derecho al nombre de las personas cuando éste no se corresponde con la identidad y concepción social que tienen de sí mismas. Así, el examen realizado por nuestro Máximo Tribunal y recogido en el último de los textos que conforman esta edición, constituye un avance significativo en el reconocimiento auténtico del mencionado derecho en nuestro sistema jurídico.

Sin duda, los temas presentados en este número refrendan la convicción de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) de lograr una sociedad más justa y equitativa a través del reconocimiento de los derechos de todas aquellas personas que todavía hoy permanecen invisibles en la sociedad.

INVESTIGACIÓN

El conflicto de la definición indígena en el orden nacional e internacional

Jorge Carlos Toledo Sauri*

* Licenciado en derecho por la Universidad Marista de Mérida; maestro en derecho por la Universidad Autónoma de Yucatán y candidato a doctor por la Universidad Marista de México. Posgrado en Mediación Mercantil por la Universidad de Barcelona, mediador certificado en el estado de Yucatán; profesor-investigador de la Universidad Marista; titular de la línea de investigación denominada Derechos humanos de los grupos vulnerables; socio fundador del despacho jurídico Toledo Sauri Abogados, S. C. P.

Resumen

La protección del derecho indígena ha tenido grandes avances nacional e internacionalmente. La jurisprudencia y doctrina internacional han intentado dar sentido y alcance al derecho indígena a la luz de otros tratados internacionales y de acuerdo con las circunstancias, cosmovisión y contexto de los pueblos indígenas, pero uno de los retos más grandes ha sido dar una definición para *indígena* o *pueblos indígenas*. Debe tomarse en cuenta que el Estado tiene derecho a la seguridad jurídica frente a las obligaciones internacionales y que debe conocer al sujeto receptor de estos derechos para protegerlo. El objetivo del presente artículo es analizar los avances en las definiciones que ha dado el derecho internacional sobre ambos conceptos para determinar quién o quiénes están sujetos a la protección de los derechos humanos pertenecientes al grupo vulnerable indígena.

Palabras clave: indígena, pueblos indígenas, definición, elementos, identidad, derechos humanos, derecho indígena.

Abstract

The protection of indigenous rights has made great strides nationally and internationally. The international jurisprudence and doctrine has attempted to give meaning of indigenous rights law, together with other international treaties and according to the circumstances, worldview and context of indigenous peoples. One of the biggest challenges has been to give the definition of “indigenous” or “indigenous communities”. It should be noted that the State has the right to legal security against international obligations and must know who is subject of this rights, in order to protect them. This paper aims to analyze the progress of the various definitions or elements that international law gives on the concept of “indigenous” and “indigenous communities” in order to determine who are the subjects of the indigenous human rights as a vulnerable group.

Keywords: indigenous, indigenous communities, definition, elements, identity, human rights, indigenous rights.

Sumario

I. Introducción; II. Necesidad y dificultad para dar una definición de la conceptualización *indígena*; III. Definición de *indígena* en el *corpus iuris* nacional e internacional; IV. Definición de *pueblos indígenas* en el *corpus iuris* nacional e internacional; V. Conclusiones y VI. Bibliografía.

I. Introducción

El 22 y 23 de septiembre de 2014, en la sede de la ONU en Nueva York, se llevará a cabo la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, una reunión plenaria a la que la Asamblea General, en su Resolución A/RES/65/198, convocó con el objetivo de intercambiar puntos de vista acerca de las mejores prácticas sobre derechos de los pueblos indígenas. Desde 2007, cuando se creó el documento final de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, no se había realizado una reunión especializada en la materia de tal magnitud.

Los temas y mejores prácticas sobre derechos de los pueblos indígenas se han ido actualizando y han evolucionado de manera considerable, como la determinación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) de que la consulta previa es “un verdadero instrumento de participación”¹ y, aún más, la reconoció como un principio de derecho internacional público.² Avance trascendental y fundamental para la defensa de sus derechos.

La convergencia entre el reconocimiento actual de los derechos y de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, así como lo divergente, antiguo y vasto de sus costumbres y forma de vida, lleva a una problemática básica que, hasta el día de hoy, no ha podido ser superada: establecer la definición de *indígena* y *pueblo indígena*.

La identificación del indígena y de los pueblos indígenas como sujetos de derecho implica una complejidad particular por la diversidad de pueblos existentes, así como por la visión distorsionada que tienen los Estados como entes soberanos

¹ Corte IDH, *Caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y reparaciones)*, Sentencia del 27 de junio de 2012, Serie C, núm.245. párr. 186.

² *Ibid.*, párr. 164.

receptores de grupos autónomos en su forma de vida “civilizada”, regulada por sus normas internas. Para determinar quién es sujeto de derecho y obligaciones es necesario identificar al menos los elementos que lo componen.

La lucha de clases y de pueblos transmutó las formas de gobierno hasta evolucionar en verdaderos Estados democráticos y representativos. La lucha de las sociedades era la de los grupos vulnerables no cercanos a la autoridad, la de todos, el verdadero ser del derecho. Esta lucha rindió frutos, pero hoy los grupos rezagados en el olvido geográfico y cultural han emprendido una lucha similar para que se les reconozca en el ámbito nacional e internacional. Cabría preguntarse si, con los avances en los instrumentos e interpretación jurisprudencial, habría un sujeto de derecho identificado o identificable que gozara de las prerrogativas indígenas como parte del derecho a la seguridad jurídica del Estado para no caer en responsabilidad internacional.

II. Necesidad y dificultad para dar una definición de la conceptualización indígena

La ciencia del derecho, por su propia naturaleza, conlleva diversas complejidades, pero una de las más recurrentes y comunes es la de intentar definir un concepto o materia. Para ello es necesario distinguir los elementos que contiene el objeto por definir.

El concepto de *persona* como sujeto de derechos y obligaciones tiene como antecedente las normatividades de las organizaciones humanas para regular la vida de los individuos en sociedad. Kelsen estableció el concepto iusfilosófico de *sujeto de derecho* y lo definió como “un centro de imputación de normas”,³ que en la actualidad se aplica a la persona humana o a un conjunto de individuos reconocidos en el derecho como *personas morales*.

La persona, desde la raíz de su concepción latina, es “el resultado de un acto de personificación del orden jurídico”.⁴ Es creación de la cultura –y no de la naturaleza– y, junto con los elementos esenciales interdependientes y conocidos como *derechos humanos*, forma la máscara que cada actor lleva en el drama del derecho.⁵ El personaje interpretado por el indígena tiene características distintivas que deben ser identificadas para su protección.

³ Hans Kelsen, *La teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1946, p. 83.

⁴ Gustavo Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, FCE, 1985, p. 84.

⁵ Guillermo F. Margadant, *El derecho privado romano*, 3ª ed., México, Esfinge, 1968, p. 112.

El concepto de *indio* data de hace más de medio siglo; sin embargo, no podemos negar que la identificación de los pueblos indígenas como grupo especial reconocido en el derecho nacional e internacional es más reciente, aun cuando el nacimiento del derecho internacional tuvo una íntima relación con los argumentos de Francisco de Vitoria a favor de los indios de las Américas, y a pesar de que en la aplicación de una legislación nacional se usaran las Leyes de Indias para regular a los indígenas de acuerdo con sus propias tradiciones y costumbres en los inicios de la Conquista.

Los Estados han sido reacios a consentir dicha autonomía basándose en la teoría de la soberanía de los pueblos. Como señaló Anthony Anghie, el desarrollo de la noción contemporánea de soberanía puede leerse como resultado de un esfuerzo por resolver las contradicciones derivadas del encuentro colonial y de la consecuente necesidad de construir un orden jurídico entre los Estados de matriz europea integrantes de una pretendida “familia de naciones civilizadas”.⁶

La doctrina positivista articuló una “dinámica de diferencia” que condujo a la exclusión de los pueblos no europeos de los atributos de la soberanía internacional, santificando así la adquisición histórica de territorios no europeos por medios coloniales. Suprimidos del centro del derecho internacional, los pueblos no europeos, entre ellos muchos de los pueblos que ahora se consideran *indígenas*, fueron relegados a la periferia del sistema.⁷

Aunado al problema de su definición, se encuentra el estigma de que *indígena* es sinónimo de pobreza, marginación, analfabetismo e ignorancia, entre otros calificativos que disminuyen la intención de autodeterminación indígena. Habrá que romper el paradigma y el tono despectivo atendiendo a la naturaleza del que creó su forma tradicional y no del que le adjudicó un carácter discriminador que no le corresponde.

El establecimiento de un concepto, o cuando menos de los elementos básicos que debe contener la definición de *pueblo indígena*, coadyuva a determinar con claridad a quiénes se aplicarán los derechos establecidos en las normas nacionales e internacionales. Adicionalmente, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos, la categoría “pueblos indígenas” se encuentra diferenciada de otras categorías, como

⁶ Anthony Anghie, “Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 40, núm. 1, 1999, citado en Luis Rodríguez-Piñero, “La OIT y los pueblos indígenas en el derecho internacional. Del colonialismo al multiculturalismo”, *Revista Trace*, núm. 46, Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, 2004.

⁷ Rodríguez-Piñero, *op. cit.*

“comunidades campesinas” o “minorías”. Por esta razón, es necesario identificar los criterios bajo los cuales se puede designar como *indígena* a un determinado grupo humano.⁸

En el presente caso, el Estado se encuentra en mejor posición para determinar quiénes son los sujetos de derecho facultados para la protección de las normas indígenas. El margen de apreciación como criterio hermenéutico puede ser un mecanismo útil para determinar los alcances de estos derechos en una sociedad, y las restricciones o negativas al goce de éstos que se lleguen a imponer, deberán analizarse en relación con la necesidad de una sociedad democrática pluricultural; investigar si son compatibles con los derechos reconocidos en los instrumentos nacionales e internacionales y, finalmente, determinar la conformidad de las restricciones en concordancia con el orden público nacional.⁹

Por supuesto, se pretende que el reconocimiento de pueblo indígena se integre a un *corpus juris* ajeno a las costumbres de los pueblos llamados “civilizados”, por lo que corresponde al Estado reconocer los derechos indígenas con el debido cuidado de que su conceptualización no resulte ofensiva para los propios indígenas, como sucedió con el término *apache*, que se entendió como “el enemigo”, en razón de que la voz *apachu* viene del zuñi y significa “enemigos de los campos cultivados”.¹⁰ Se deben tomar en cuenta las condiciones socioeconómicas, el estado de sus derechos humanos, sus relaciones con los Estados y con los pueblos no indígenas, así como los marcos legales en los cuales se llevan a cabo las políticas gubernamentales actuales.¹¹

En este caso se está ante la distinción de un grupo particular de seres humanos diferenciado de otro que habita el mismo territorio, y si bien la persona humana es el único sujeto de derecho, hay grupos que requieren un tratamiento especial por su condición social de vulnerabilidad; por ejemplo, las personas menores de edad, las mujeres y las personas de la tercera edad. Estos grupos se distinguen

⁸ CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 diciembre de 2009, párr. 24.

⁹ Véase *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 28 noviembre de 2012, serie C, núm. 257, párr. 316.

¹⁰ Philippe Jacquin, *Los indios de Norteamérica. Una explicación para comprender. Un ensayo para reflexionar*, México, Siglo XXI, 2005, pp. 17 y 31.

¹¹ Rodolfo Stavenhagen, “Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional”, en *Revista IIDH*, núm. 10, julio-diciembre de 1989, p. 88, disponible en <<http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1041/5.pdf>>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.

perfectamente uno de otro debido a un elemento natural, como la edad,¹² o a la condición natural de su nacimiento o género en conexión con la discriminación fáctica e histórica de la que han sido víctimas, pero en materia indígena la diferenciación se torna particularmente especial y compleja.

Si bien desde una perspectiva iusnaturalista el hombre es igual a sus pares por naturaleza, también es cierto que su esencia y forma de vivir es diversa entre sí, lo que ha llevado a construir la teoría del derecho a la igualdad y a la no discriminación en un sentido democrático. Por ello se han realizado –entre seres de igual valor y naturaleza– distinciones históricas, culturales y geográficas para diferenciar a un grupo de otro, permitidas por el derecho nacional e internacional. En este sentido, la Corte IDH ha señalado en su jurisprudencia que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana, pues no necesariamente es discriminatoria;¹³ sin embargo, es forzoso que sea razonable, proporcional y objetiva.¹⁴ Aunado a ello, se ha comenzado a utilizar un *test* diferenciado para las categorías expresamente mencionadas en el texto convencional.¹⁵

Particular dificultad presenta identificar a los pueblos indígenas. Las civilizaciones se distinguen entre un Estado y otro por ser diversos en sus prácticas y costumbres, e incluso ocurre dentro de las propias naciones, como en el caso de México. Además, se tiene que tomar en cuenta que esa forma de vida es sumamente cambiante con el tiempo.

En varios países de América, los grupos étnicos indígenas, cuyos antepasados construyeron antes de la Conquista y la colonización instituciones jurídicas que se mantienen vigentes, establecieron en cierta medida relaciones especiales de hecho y de derecho a propósito de la tierra que poseían y de la que obtenían sus

¹² La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 1º que “se entiende por *niño* todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

¹³ CIDH, “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación. III. Consideraciones de Derecho”, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, OEA/Ser.L/V/II.106, cap. VI, sección II, punto B.

¹⁴ Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 6 de agosto de 2008, párr. 211. Véase también, de este mismo organismo, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, párr. 84.

¹⁵ Ariel E. Dulitzky, “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 20, disponible en <<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13452/13720>>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.

medios de subsistencia. Estas figuras jurídicas, que traducen el pensamiento y el sentimiento de sus creadores y se hallan revestidas de plena legitimidad, enfrentaron el desgaste de múltiples medidas adoptadas a partir de la Conquista. Sin embargo, han sobrevivido hasta nuestros días. Diversas legislaciones nacionales las han reasumido y cuentan con el respaldo de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que reivindican los intereses legítimos y los derechos históricos de los antiguos habitantes de América y de sus sucesores.¹⁶ La importancia de su subsistencia ha sido reconocida en diversas constituciones, como en el artículo 2º constitucional mexicano, que establece que la nación mexicana “se encuentra sustentada originalmente en sus pueblos indígenas”.

En el ámbito internacional, el preámbulo del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de los Estados Americanos (OEA) reconoce de igual manera su importancia al señalar que “los pueblos indígenas de las Américas constituyen un segmento organizado, distintivo e integral de su población y tienen derecho a ser parte de la identidad nacional de los países, con un papel especial en el fortalecimiento de las instituciones del Estado y en la realización de la unidad nacional basada en principios democráticos”; y recuerda que “algunas de las concepciones e instituciones democráticas consagradas en las constituciones de los Estados americanos tienen origen en instituciones de los pueblos indígenas”.¹⁷

Fuera del ámbito nacional, los pueblos indígenas son reconocidos como verdaderos sujetos de derecho internacional, pues así se estableció en el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la OEA en el numeral 7 de su preámbulo,¹⁸ por los avances logrados por los Estados y los pueblos indígenas, especialmente en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y en distintos instrumentos internacionales, particularmente en la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por lo que resulta indispensable identificar plenamente a este sujeto de derecho.

Sin embargo, las normas internacionales las desarrollaban los Estados y ellos mismos se imponían los alcances y obligaciones jurídicos, situación de la que los pueblos indígenas se han quejado desde hace mucho tiempo, ya que los principa-

¹⁶ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79, párr. 148.

¹⁷ Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de los Estados Americanos, en CIDH, *Informe Anual 1996*, disponible en <http://www.cidh.org/Indigenas/Cap.2g.htm#_ftn1>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.

¹⁸ *Idem.*

les problemas que tienen que enfrentar se deben, precisamente, a sus relaciones con ellos. Aunque es cierto que los grupos indígenas participan en la elaboración de los instrumentos jurídicos, lo hacen en calidad de oyentes, pues tienen voz pero no voto en la decisión final.

Determinar quién es indígena o a quién se debe considerar como tal ha sido materia de debate intenso, no sólo de los doctrinarios especializados en el tema, sino también desde el centro de las comunidades indígenas, en foros nacionales e internacionales. Por ejemplo, muchas de las organizaciones que participaron en la redacción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas han manifestado que el esfuerzo para definir *pueblos indígenas* elimina la posibilidad de autoidentificación y puede ser usado por los Estados para eximirse de la aplicación de la Declaración.¹⁹

Al respecto, el ex relator de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas Rodolfo Stavenhagen afirma:

Este problema surge debido a que la definición de los pueblos indígenas está vinculada con frecuencia a la naturaleza de las relaciones entre el grupo y el Estado, así como con otros grupos, y el problema de la membresía se vincula con frecuencia al goce de ciertos derechos y privilegios, o de manera contraria, a la imposición de determinadas desventajas y limitaciones de los derechos civiles y políticos.²⁰

Otro problema surge de que los pueblos indígenas –y las comunidades que los conforman– tienen una historia propia que se reconfigura a lo largo del tiempo con base en los rasgos culturales que los caracterizan y se adaptan continuamente a los cambios históricos. En este sentido, la Corte IDH ha reconocido, por ejemplo, que en Guatemala los pueblos indígenas, pese a la discriminación étnica a la que históricamente han estado sujetos, “mantienen en todas las regiones una actividad y organización social intensa y una cultura rica y en continua adaptación a las exigencias de los cambios históricos defendiendo y desarrollando su identidad cultural”.²¹

Son diversos los cuestionamientos planteados al diseñar una definición o concepto de *pueblo indígena*. ¿Es indígena el que no vive en su comunidad y se encuentra en las zonas urbanas?; ¿es indígena el que ha transformado sus costumbres o

¹⁹ Virginia A. Leary, *La utilización del Convenio núm. 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p. 25.

²⁰ Rodolfo Stavenhagen, *op. cit.*, *vide supra* nota 11, p. 88.

²¹ CIDH, *Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, capítulo XI, párr. 4.

vestimentas?; ¿es indígena el que se identifica como tal únicamente, o una persona ajena a la comunidad podría ser “adoptado” como indígena?; ¿puede coexistir la individualidad indígena sin el nexo o membresía respecto a un pueblo indígena? Para responder a estas preguntas tendrá que atenderse al individuo y su pensamiento particular para que, junto con la suma de individuos que conformen la colectividad de pensamiento, se determine el ejercicio de libertad a tratar.

III. Definición de *indígena* en el *corpus iuris nacional* e internacional

El concepto de *indio* deriva de una confusión geográfica de los conquistadores, al descubrir un nuevo continente totalmente incierto para ellos. Se aplicó la palabra *indio* a las personas que habitaban en ese momento lo que hoy es el continente americano, porque pensaban que habían arribado a la India, por lo que el término agrupa a los descendientes reales o supuestos de los grupos humanos que ocupaban el territorio antes de las conquista de los españoles, luego conocido como Nuevo Mundo. Posteriormente se utilizó para abarcar a todos los habitantes de la región de América sin distinción de sus culturas particulares, pues engloba el objeto legítimo de colonización: *indio* es el vocablo que define al colonizado,²² es decir, antes del reconocimiento de los elementos actuales que identifican al indígena, los criterios de diferenciación se basaban en factores como el racial.

La palabra *indígena* proviene del latín antiguo *indu* (en, dentro) y *gignere* (engendrar) que significa “originario de ahí”, y se diferencia del *aborigen* europeo en razón de que la primera hace más referencia al sistema colonial. Los términos *indígena*, *nativo*, *indio*, en la idea de los colonizadores y sus descendientes, se utilizaban fácticamente para diferenciarse de aquéllos, y establecían una relación de superioridad/inferioridad respecto a los habitantes originales de los nuevos territorios que se iban agregando a las coronas europeas.²³

Más adelante, mediante la doctrina de la escuela positivista se desarrolló una primera versión del derecho internacional basada en nociones eurocéntricas de “civilización” que promulgó una rígida división de la humanidad en pueblos “civilizados”, “bárbaros” y “salvajes”; entre los pueblos europeos o de ascendencia europea y los pueblos “indígenas” sometidos histórica y contemporáneamente al

²² Guillermo Bonfil, *Pensar nuestra cultura*, México, Alianza, 1991, p. 75.

²³ Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, *Informe final del estudio sobre tratados, arreglos y otros acuerdos constructivos entre Estados y poblaciones indígenas*, 51º periodo de sesiones, Tema 7 del Programa provisional, 1999, párr. 177.

dominio de aquéllos por un “deber sagrado de la familia de las naciones civilizadas”. Es en relación con nociones de tutela como las primeras referencias a los nativos o a los derechos de los aborígenes comenzaron a hacer su aparición en el discurso del derecho internacional de finales del siglo XIX.²⁴

Cabe precisar que las normas que protegen a los pueblos indígenas pasan, históricamente, por la inclusión de otras poblaciones, como las tribales, campesinas o rurales y afrodescendientes que habitan en el continente, como en Colombia, lo que hace necesario el análisis de estos grupos en relación con las comunidades indígenas y su identificación.

En los Estados nacionales como México, los indígenas son relegados con respecto a la comunidad campesina, aún cuando la relación de ésta con la tierra sea meramente de explotación, sin consideración alguna a su personalidad y cosmovisión religiosa. En tiempos revolucionarios, por ejemplo, cuando Venustiano Carranza convocó a un Congreso constituyente en 1916, la cuestión indígena no era tema prioritario. El debate se centró en la discusión sobre dos clases sociales: campesinos y obreros, sin diferenciación alguna, reconociendo el derecho de los primeros sobre la tierra que cultivaban y de los segundos sobre su fuerza de trabajo en los artículos 27 y 123 del naciente texto constitucional.²⁵ Para los constituyentes, los indígenas eran campesinos y, por lo tanto, no ameritaban un tratamiento diferencial al del resto de su clase, pues para Carranza, Villa y Zapata el problema agrario consistía en “emancipar económicamente a los campesinos mediante una distribución equitativa”.²⁶

Por su parte, los pueblos tribales –y en ocasiones los afrodescendientes– son considerados como no indígenas, pero comparten características similares a las de éstos, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones.²⁷ En la Conferencia Internacional del Trabajo de 1989, el representante de la India afirmó: “Mi delegación quiere reiterar que las poblaciones tribales de la India no son comparables, en función de sus problemas, intereses y derechos, con los pueblos indígenas de algunos otros países”.²⁸ Asimismo, la

²⁴ Rodríguez-Piñero, *op. cit.*, p. 60.

²⁵ Emilio Rabasa Gamboa, *Derecho constitucional indígena*, México, Porrúa, 2002, p. 17.

²⁶ Véase Charles C. Cumberland, *La Revolución mexicana. Los años constitucionalistas*, México, FCE, 1975, pp. 214-225, citado en Rabasa Gamboa, *op. cit.*, p. 18.

²⁷ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172, párr. 79.

²⁸ Virginia A. Leary, *op. cit.*, p. 26.

Corte Interamericana, en el Caso del Pueblo Saramaka *vs.* Surinam, identificó los derechos de comunidades tribales afrodescendientes,²⁹ y en Colombia, por su parte, en los casos de los consejos comunitarios de Curbaradó y Jiguamiandó, la Comisión de Expertos consideró que a la luz de los elementos proporcionados, las comunidades negras de dichos poblados parecían reunir los requisitos establecidos por el artículo 1º, párrafo 1, apartado a, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.³⁰

Respecto a las definiciones e identificación de *indio* o *indígena*, la búsqueda es diversa y van desde la corriente sociológica marxista de matriz económica hasta la definición interna con rasgos característicos.³¹ Los Estados han tratado de determinar quiénes son indígenas en su territorio con base en un reconocimiento legal o histórico. En el caso de Canadá se emplean definiciones distintas para los grupos: indios reconocidos por ley, por inscripción en un registro o por un tratado; mestizos (*métis*) e indios no reconocidos legalmente; e *inuits* (bajo responsabilidad especial del gobierno federal).³²

Es práctica común que se quiera identificar al indígena por la lengua que habla, por lo que la mayoría de los datos estadísticos no registran sus rasgos de identidad, sino la lengua en que se expresan, como en México.³³ Caso contrario al del Censo poblacional de Bolivia de 2001, en el que se incluyó el criterio de autoidentificación para establecer los porcentajes de población indígena de más de 15 años de edad.³⁴ La razón es que en México no podía señalarse con orgullo la autoidentificación indígena, como señala Carlos Durand Alcántara:

El marco ideológico liberal, de profunda influencia positivista, llevó a los intelectuales mexicanos del siglo XIX a concebir como un "lastre" la existencia de las poblaciones indígenas, ya que significaban atraso, pobreza, etc., de ahí que, con la lucha de independencia, se pensara que los indios "habían desaparecido" convirtiéndose en "ciudadanos mexicanos", hecho que fue llevado al formulismo jurídico y que se ha mantenido vigente hasta nuestros días.³⁵

²⁹ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 164.

³⁰ OIT, Comisión de Expertos, 76ª sesión, 2005, Observación, Colombia, publicación de 2006.

³¹ Willem Assies, "Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina", en W. Assies, Gemma van der Haar y André Hoekema (eds.), *El reto a la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*, México, El Colegio de Michoacán, 1999, p. 22.

³² Juan Martín Sandoval de Escurdia, "Los pueblos indígenas: un marco conceptual sobre autodeterminación, cultura y autonomía", disponible en <<http://www.diputados.gob.mx/bibliot/publica/inveyana/polisoc/derindi/>>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.

³³ INEGI, *XII Censo general de población y vivienda 2000*, México, INEGI, 2001.

³⁴ CIDH, *op. cit.*, párr. 31.

³⁵ Carlos Durand Alcántara, *Derechos indios en México... Derechos pendientes*, México, Porrúa, 2006, p. 78.

Constitucionalmente, en México no hay una definición científica de *indígena* en el aspecto individual. El artículo 2º constitucional únicamente hace referencia a los pueblos indígenas como un reconocimiento colectivo de los derechos de las personas que habitaban el territorio mexicano desde antes de la Conquista.

Estas poblaciones han subsistido de hecho, y son relativamente reconocidas por la normatividad jurídico-agraria, mientras que constitucionalmente se les ha conceptualizado desde el punto de vista del positivismo jurídico, que no ha hecho sino homogeneizar a las etnias indígenas con el conjunto nacional.

La doctrina ha tratado de conceptualizar al indígena en su individualidad, como el maestro Alfonso Caso, que lo definía como:

Aquel que se siente pertenecer a una comunidad indígena, y es una comunidad indígena aquella en que predominan elementos somáticos no europeos, que habla preferentemente una lengua indígena, que posee en su cultura material y espiritual elementos indígenas en fuerte proporción y que, por último, tiene un sentido social de comunidad aislada dentro de las otras comunidades que la rodean, que lo hace distinguirse asimismo de los pueblos blancos y mestizos.³⁶

En el ámbito internacional, en 1949, en Cuzco, Perú, el II Congreso Indigenista dio a conocer su definición de *indio*:

es el descendiente de los pueblos y naciones precolombinas que tienen la misma conciencia de su condición humana, asimismo considerada por propios y extraños, en su sistema de trabajo, en su lengua y en su tradición, aunque éstas hayan sufrido modificaciones por contactos extraños [...] Lo indio es la expresión de una conciencia social vinculada con los sistemas de trabajo y la economía, con el idioma propio y con la tradición nacional respectiva de los pueblos o naciones aborígenes.³⁷

Pero sin duda una de las definiciones más importantes y reconocidas en el derecho internacional, e incluso por las mismas comunidades indígenas, es la señalada por el ex relator sobre asuntos indígenas de la ONU, José R. Martínez Cobo, en el llamado Informe Cobo: “Desde el punto de vista del individuo, el autóctono es la persona que pertenece a una población autóctona por autoidentificación (conciencia de grupo) y que es reconocida y aceptada por esta población en cuanto uno

³⁶ Francisco Javier Guerrero, “La cuestión indígena y el indigenismo”, en Héctor Díaz-Polanco *et al.* (eds.), *Indigenismo, modernización y marginalidad: una revisión crítica*, México, Juan Pablos, 1984, p. 58.

³⁷ Instituto Indigenista Interamericano, “Acta final del II Congreso Indigenista Interamericano (Cuzco)”, en *Boletín Indigenista*, México, septiembre de 1949.

de sus miembros (aceptación por parte del grupo)".³⁸ En conclusión, y de acuerdo con los lineamientos pronunciados en el Informe Cobo y en el Convenio 169 de la OIT, que se creen los más adecuados conceptualmente, podemos considerar indígena al individuo que se identifica con una colectividad cuya identidad tiene íntima relación con descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenecía el país en la época de la Conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserva sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.³⁹

En todas las definiciones se aprecia que el indígena es la individualización de la pertenencia colectiva de los grupos descritos en las unidades anteriores. Parecería imposible determinar al indígena como un individuo único y aislado de su pueblo para adquirir tal carácter, por ello la mayor parte de las definiciones que ponderan los elementos de los derechos indígenas se centran en el concepto de *pueblos indígenas*.

IV. Definición de *pueblos indígenas* en el *corpus iuris* nacional e internacional

Como se ha mencionado, el indígena tiene protección particular, y el pueblo indígena y tribal no es más que la unión de las identidades particulares para tener, por medio de esta unión, una significación colectiva. Quien se asume indígena se une a las personas que comparten y se someten voluntariamente a una misma historia, costumbre, cultura, política y organización; sin embargo, resulta más común encontrar una definición de pueblo indígena que de indígena como individuo, posiblemente por la significación colectiva de su propia definición.

Rodolfo Stavenhagen afirma que la palabra *pueblo*, al ser un concepto sociológico, se refiere a grupos de humanos que comparten su identidad, mientras que otros autores sólo señalan que el término alude a los habitantes de un territorio.⁴⁰ Muchas veces se identifica a los grupos indígenas como comunidades que conservan

³⁸ ONU, "Study of the problem of discrimination against indigenous populations", Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/Add.4, pp. 31-32, 379-381.

³⁹ OIT, Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989, artículo 1. B, disponible en <<http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.

⁴⁰ Rodolfo Stavenhagen, "El marco internacional del derecho indígena", Seminario Internacional, auditorio Fray Bernardino de Sahagún del Museo Nacional de Antropología e Historia, México, 26-30 de mayo de 1997, en Magdalena Gómez Rivera (coord.), *Derecho indígena*, México, AMNU/INI, 1997, p. 57.

ciertos lazos con quienes fueron conquistados y son consideradas como distintas aunque sigan viviendo en el mismo lugar; casi siempre conforman sólo una parte de la población que alguna vez fue, al igual que conservan sólo un poco o nula extensión del territorio que por tradición les perteneció.⁴¹

En un primer análisis de la identificación de los elementos de “pueblo indígena” es necesario distinguir que se diferencian del concepto *minorías*. La Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, de 1992, señala en su artículo 1º: “Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de los territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad”. Por su parte, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) dice que los Estados no pueden negar el derecho de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas a tener su propia vida cultural, de profesar su religión y emplear su idioma. Como se observa, únicamente se reconoce individualmente a las minorías, pero no se da un concepto concreto de lo que son, y tampoco de lo que ahora interesa: la minoría étnica.

Ante esta falta de definición, los Estados latinoamericanos dejan de reconocer a los pueblos indígenas como minorías, mientras que en los sistemas europeos el término minorías se aplica a los autóctonos, con derechos individualmente aplicables, por lo que hasta nuestros días es confuso: minorías étnicas o pueblos indígenas. Sin embargo, es necesario establecer que el concepto *etnia* tiende a emplearse para comunidades de cultura no necesariamente ligadas a un territorio o voluntad colectiva de continuidad que permanezca en el tiempo, sino por el uso de una lengua particular o cualquier otra característica específica que identifique su identidad cultural.⁴²

No podría hacerse una definición que abarcara a todos los pueblos indígenas del mundo, pero en el continente americano hay elementos comunes que distinguen a los pueblos originarios anteriores a la Conquista europea. El objetivo de la búsqueda del concepto habrá de ser determinado en este sentido para alcanzar una definición de pueblos indígenas o, al menos, los elementos que contiene en el territorio mexicano o en el continente americano. En lo que respecta a la identificación de un pueblo, la ONU ha establecido, en varias de sus legislaciones, térmi-

⁴¹ Magdalena Gómez Rivera, “Derecho indígena y constitucionalidad: el caso mexicano”, en Magdalena Gómez Rivera (coord.), *op. cit.*

⁴² Guillermo Bonfil, *Identidad étnica y movimientos indios en América Latina*, en Jesús Contreras (comp.), *Identidad étnica y movimientos indios*, Madrid, Revolución, 1998, p. 88.

nos como “el derecho de los pueblos”, y reconocido incluso, en el artículo 1º de la Carta de San Francisco, el “principio de igualdad de derechos de los pueblos y su derecho a la autodeterminación”.

Según este concepto, los pueblos indígenas pretenden fundamentar su propia autodeterminación en el sentido de que podría considerarse como pueblo cualquier forma de comunidad humana que cumpliera con los siguientes requisitos: 1) tener una unidad de cultura, que incluye instituciones sociales que garanticen la permanencia y continuidad de esa cultura; 2) asumir un pasado histórico y proyectar un futuro común; 3) reconocerse en una identidad colectiva y decidir aceptarla y 4) referirse a un territorio propio.⁴³

Aunque los datos estadísticos son muy diversos –no es común que los Estados cuenten con censos inclusivos o diferenciados sobre los pueblos indígenas o las comunidades campesinas o rurales–, podría considerarse que los pueblos indígenas y tribales constituyen al menos 5 000 pueblos con características distintivas y una población de más de 370 millones, en 70 diferentes países.⁴⁴ Esta diversidad no puede capturarse fácilmente en una definición universal, por lo que hay una tendencia a pensar que es innecesario e indeseable contar con una enunciación formal del término *pueblos indígenas*.⁴⁵

En opinión de los indígenas, los derechos de las minorías –además de ser insuficientes y de que los condenan a ser objeto de la acción de los Estados–, no responden a sus reivindicaciones. Fueron los Estados quienes intentaron integrar a sus costumbres y forma de vida a los indígenas. Por ello estos pueblos solicitan una categoría propia, diferenciada, y consideran que lo contrario constituiría una forma de discriminación.

En México, en la reforma de 2001 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se observan tres características distintivas del concepto constitucional de indígena: a) que descende de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización; b) que conservan sus propias institu-

⁴³ Luis Villoro, *Multiculturalismo y derecho*, en Esteban Krotz (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Barcelona, Anthropos/UAM, 2002, p. 215.

⁴⁴ OIT, Programa para Promover el Convenio 169 de la OIT (PRO 69), Departamento de Normas Internacionales de Trabajo OIT, “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio número 169 de la OIT”, 2009, p. 9, disponible en <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_113014.pdf>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.

⁴⁵ *Idem.*

ciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y c) la conciencia de su identidad indígena como criterio fundamental.

El principal objetivo de la reforma constitucional de 2001 fue desarrollar el contenido respecto de los pueblos indígenas, cuyo fin es consagrar la naturaleza pluricultural de la nación, sustentada en la diversidad originaria de sus pueblos. Resulta claro que, en cuanto al tercer punto, éste debe ser un acto exteriorizado, ya que no es posible que el Estado sea quién determine la conciencia de las personas, sino que éstas deben demostrar que no sólo descienden, sino que conservan y practican los sistemas de sus antepasados, al menos en parte.

Esto lo interpretó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) al resolver los amparos directos en revisión 28/2007 y 1851/2007, y reconoció las notables “dificultades que enfrenta una corte de justicia al intentar determinar quiénes son las ‘personas indígenas’ o los ‘pueblos y comunidades indígenas’ a quienes aplican las previsiones constitucionales”.⁴⁶

Es necesario que el legislador ordinario concrete los conceptos, derechos y directrices que contiene el artículo 2º de la Constitución federal, mediante el desarrollo normativo y la vigencia del derecho de los pueblos indígenas. Así, por ejemplo, se advierte que no hay un desarrollo legislativo en materia de territorio indígena considerado en los artículos 2º y 27, en una visión holística de tierra ancestral, elemento indispensable para la existencia y continuidad histórica de estos pueblos. Mientras no haya este desarrollo, o sólo sea parcial, los tribunales de justicia se verán a menudo confrontados directamente con la tarea de delimitar las categorías de los destinatarios en cumplimiento de su deber de atenerse a la fuerza vinculante y a la aplicabilidad directa de muchas de ellas.⁴⁷

En el ámbito internacional es donde se han realizado las iniciativas más prácticas a favor de los indígenas, y si bien en un principio se estableció una fallida y discriminatoria doctrina integracionista con la creación del Convenio 107 de la OIT, posteriormente el camino se enmendó con la realización de numerosos foros de participación mixta compuestos por organizaciones internacionales, Estados, representantes de comunidades indígenas y organizaciones no gubernamentales. En este sentido, el artículo 1º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los

⁴⁶ SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, p. 291, 9ª época, 165 718, Primera Sala, Tesis Aislada, Localización: XXX, diciembre de 2009; Tesis: 1a.CCXII/2009; Rubro: “Personas indígenas. Ámbito subjetivo de aplicación del artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Autodescripción”.

⁴⁷ *Idem*.

Derechos de los Pueblos Indígenas aclara: “los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos”.

La OIT revisó, en 1953, varias definiciones y criterios utilizados por los gobiernos nacionales y los científicos sociales, y concluyó que no había una definición única y universalmente válida de pueblos indígenas. Como consecuencia, propuso una descripción provisional como una orientación empírica para la identificación de los grupos indígenas en países independientes.

Asimismo, el relator especial de la Subcomisión, José R. Martínez Cobo, en su *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, propuso una definición de suma importancia:

Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones y sus sistemas legales.

Esa continuidad histórica puede consistir en la continuación, durante un periodo prolongado que llegue hasta el presente, de uno o más de los siguientes factores:

- a) Ocupación de las tierras ancestrales o al menos de parte de ellas.
- b) Ascendencia común con los ocupantes originales de esas tierras.
- c) Cultura en general, o en ciertas manifestaciones específicas (como religión, vida bajo un sistema tribal, pertenencia a una comunidad indígena, trajes, medios de vida, estilo de vida, etcétera).
- d) Idioma (ya se utilice como lengua única, como lengua materna, como medio habitual de comunicación en el hogar o en la familia o como lengua principal, preferida, habitual, general o normal).
- e) Residencia en ciertas partes del país o en ciertas regiones del mundo.
- f) Otros factores pertinentes.⁴⁸

⁴⁸ Ponencia de José Aylwin O. en la Sesión del Grupo de Trabajo sobre la Sección Quinta del Proyecto de Declaración con especial énfasis en las “Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. De-

De igual manera, en el ámbito internacional resulta indispensable el antecedente del informe de la relatora especial Erica-Irene Daes al dar respuesta al gobierno de Diger respecto a la solicitud de definición de pueblos indígenas, al señalar que “incluso las Naciones Unidas no han considerado nunca oportuno ni necesario tratar de definir la palabra ‘pueblos’, que figura en la Carta de las Naciones Unidas y en los pactos internacionales de derechos humanos, ni la expresión ‘minorías’ que aparece en la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, adoptada recientemente”; sin embargo, se ha tomado en cuenta que en dicho informe modernizó la definición anterior, dada por el relator Martínez Cobo, al establecer el concepto de patrimonio de los pueblos indígenas y señalar:

Por patrimonio de los pueblos indígenas se entiende todos los bienes culturales muebles, definidos en las convenciones pertinentes de la UNESCO; todos los tipos de obras literarias y artísticas, como música, baile, canciones, ceremonias, símbolos y diseños, narración y poesía; todo tipo de conocimientos científicos, agrícolas, técnicos y ecológicos, incluidos medicinas y cultivos y la utilización racional de la flora y la fauna; restos humanos, bienes culturales inmuebles, como lugares sagrados, emplazamientos de valor histórico y enterramientos; y la documentación del patrimonio de los pueblos indígenas en películas, fotografías, cintas de video o magnetofónicas.⁴⁹

Afirmó, asimismo, que las tres cuestiones críticas que, a su juicio, debía resolver el Grupo de Trabajo establecido de conformidad con la Resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos, del 3 de marzo de 1995, eran la libre determinación, la representación y la definición.

Estos puntos llevan a la delimitación del concepto de *pueblo indígena*, sin embargo, los Estados estaban temerosos por su integridad territorial y, por consiguiente, había renuencia a conceder a los indígenas una autonomía interna; el único modo en que los gobiernos pueden garantizar la integridad territorial de

recho a tierras y territorios”, Washington, Salón Simón Bolívar, 7 y 8 de noviembre de 2002. OEA/Ser.K/ XVI. GT/DADIN/doc.96/02 y E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, p. 29, párr. 379.

⁴⁹ ONU, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 47º periodo de sesiones, Tema 15 del Programa provisional, *Discriminación contra las poblaciones indígenas. Protección del patrimonio de los pueblos indígenas. Informe definitivo de la relatora especial, Sra. Erica-Irene Daes, presentado en virtud de la Resolución 1993/4 y de la Decisión 1994/105 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1995/26, 1995, párr. 18, disponible en <<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/3d02b71f4de97cb2802566d4003eff08?Opendocument>>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.*

sus Estados “es compartiendo el poder a todos los niveles, mediante la avenencia, la participación y la transacción”.⁵⁰

Daes se refirió a su documento de trabajo sobre el concepto de *pueblos indígenas* (E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2) y reiteró la conclusión de que no era posible ni útil definirlos, debido a su diversidad.⁵¹ Las razones de la dificultad de realizarlo eran: “No hay una única definición que pueda abarcar la diversidad de los pueblos indígenas de todo el mundo, y todos los intentos de hallar una definición que fuese al mismo tiempo clara y restrictiva habían producido una ambigüedad aún mayor. Además, no era conveniente ni posible llegar a una definición universal”. La única solución inmediata, de acuerdo con la experiencia del Grupo de Trabajo, era de procedimiento, y en determinados casos debería utilizarse la definición de trabajo propuesta por el relator especial Martínez Cobo.⁵²

El Grupo de Trabajo de la ONU sobre Poblaciones Indígenas, el durante 14º periodo de sesiones, celebrado en Ginebra del 29 de julio al 2 de agosto de 1996, en su informe respecto a la discriminación contra las poblaciones,⁵³ presentó a través de la presidenta-relatora Erica-Irene Daes, una visión general de la evolución durante el último año de los acontecimientos relacionados con los pueblos indígenas y abordó los trabajos realizados bajo la encomienda del 13º periodo de sesiones acerca del concepto de “pueblos indígenas” señalado líneas atrás.

En cuanto a la participación indígena, muchos representantes hicieron una declaración conjunta respaldando el informe de Martínez Cobo (E/CN.4/Sub.2/1986/Add.4) y las conclusiones de la presidenta-relatora Daes, en su documento de trabajo sobre el concepto de pueblos indígenas (E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2). Por su parte, otros representantes señalaron que no había ninguna definición de los términos *minorías* y *pueblos* en el derecho internacional y que, por consiguiente, los derechos de los indígenas también podían realizarse sin necesidad de una definición de *pueblos indígenas*. A su vez, otro grupo de representantes indígenas consideró que los criterios del informe de Martínez Cobo y del Convenio núm. 169 de la OIT eran suficientes para determinar si una persona o comunidad era indígena o no.

Por su parte, el ex relator de las Naciones Unidas, Miguel Alfonso Martínez, consideró que la definición del informe Cobos era demasiado amplia al centrar su

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Idem.*

⁵³ El Grupo estuvo compuesto por un comité mixto y plural de los Estados miembros de las Naciones Unidas, Estados no miembros, observadores nacionales e internacionales, así como organizaciones no gubernamentales y de pueblos indígenas.

atención en las realidades indígenas que sufrieron, por un lado, la expansión de los Estados y, por otro, la colonización so pretexto de la evangelización. Sólo debía entenderse como indígenas a los pueblos con territorios ancestrales, pues es en la descolonización como surge el reconocimiento de estos pueblos y las etnias de Asia o África debían ser consideradas como *minorías*.⁵⁴

Algunos representantes indígenas expresaron la opinión de que si se incluía en el proyecto de declaración de derechos en materia indígena una definición explícita, podría ser utilizada para impedir que algunos pueblos indígenas se beneficiaran de las repercusiones morales, políticas y jurídicas de la declaración;⁵⁵ asimismo, coincidieron con la presidenta-relatora en que era difícil establecer una definición *científica* de pueblos indígenas, establecieron una posición común y rechazaron la idea de que los Estados adoptaran una definición oficial. Del mismo modo, las delegaciones gubernamentales expresaron que no era conveniente ni necesario elaborar una definición universal de *pueblos indígenas*.

Por último, en su 15º periodo de sesiones, celebrado en 1997, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que en ese momento no era posible dar una definición de *pueblos indígenas* aplicable en todo el mundo, y que, de hecho, no era necesario para adoptar el proyecto de declaración sobre los derechos de las poblaciones indígenas. En el artículo 8º de dicho proyecto de declaración se establece: “Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo e individual a mantener y desarrollar sus propias características e identidades, comprendido el derecho a identificarse a sí mismos como indígenas y a ser reconocidos como tales”.⁵⁶

Otras instancias internacionales han aplicado criterios similares. Un estudio del Grupo de Trabajo de la ONU sobre poblaciones indígenas concluyó que los factores relevantes para comprender el concepto de *indígena* incluyen: I) prioridad en el tiempo respecto a la ocupación y uso de un territorio específico; II) perpetuación voluntaria de la especificidad cultural, que puede incluir los aspectos de lenguaje, organización social, religión y valores espirituales, modos de producción, formas e instituciones jurídicas; III) autoidentificación, así como reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, en tanto colectividad diferenciada; y

⁵⁴ ONU, *Informe final del estudio sobre tratados, arreglos y otros acuerdos constructivos entre Estados y poblaciones indígenas*, E/CN.4/Sub.2/1999/20.

⁵⁵ *Ibid.*, párrs. 31, 32 y 33.

⁵⁶ ONU, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (DAES), *The Concept of Indigenous Peoples*. Documento de antecedentes preparado por la Secretaría del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Seminario sobre recopilación y desglose de datos relativos a los pueblos indígenas, Nueva York, 19-21 de enero de 2004, ONU, PFII/2004/WS.1/3, disponible en <www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop_data_background.doc>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.

IV) una experiencia de subyugación, marginalización, desposesión, exclusión o discriminación, ya sea que estas condiciones persistan o no. Estos factores, advierte el estudio, no constituyen una definición inclusiva o comprehensiva; son, más bien, elementos que pueden estar presentes en mayor o menor grado en distintas regiones y contextos nacionales y locales, por lo que proveerán guías generales para la adopción de decisiones razonables en la práctica.⁵⁷

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, a su vez, opta por no definir a los beneficiarios de sus disposiciones; no obstante, en su artículo 33.1 establece: “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifestó, asimismo, que no hay una definición científica sobre pueblos indígenas debido a su inmensa diversidad en las Américas y el resto del mundo, una definición estricta y cerrada siempre correrá el riesgo de ser demasiado amplia o demasiado restrictiva.⁵⁸

A pesar de que no se ha consensado una definición de pueblos indígenas, resulta necesario determinar el sujeto de derecho aplicable de protección especial, justamente para hacer efectivos sus derechos, además de la definición proporcionada por el ex relator José Martínez Cobo, la aplicación del artículo 1° del Convenio 169 de la OIT, en el que se han establecido los sujetos que son el objetivo de dicho instrumento.

El Convenio no define estrictamente qué son los pueblos indígenas, sino que describe a quienes pretende proteger, especialmente en el apartado *b*. Con base en el artículo 1° del Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia de la Corte IDH los ha identificado como elementos objetivos y elementos subjetivos de distinción. El primero de ellos incluye:

- a) La continuidad histórica, *v.g.* se trata de sociedades que descienden de grupos anteriores a la Conquista o colonización.

⁵⁷ ONU, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas: “Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene Daes, *On the concept of ‘indigenous people’*”, Documento ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio de 1996, párrs. 69-70. CIDH, *op. cit.*, párr. 30.

⁵⁸ CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales...*, *op. cit.*, párr. 25.

b) La conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región, en una relación omnicompreensiva, ya que no se centraba en el individuo, sino en la comunidad como un todo,⁵⁹ señalando una tradición comunitaria en relación con el uso y posesión de sus tierras⁶⁰ como principal medio de subsistencia, y elemento fundamental de su cultura, cosmovisión y religiosidad.⁶¹

c) Instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte. Estos elementos objetivos se ven completados con el elemento subjetivo, en el que la persona comparte su identidad por medio de tradiciones como la vestimenta, jerarquía e incluso su dialecto, considerado como componente importante de identidad grupal.⁶²

Según se establece en el artículo 1.2 del Convenio 169, el elemento subjetivo es un criterio fundamental⁶³ para clasificar a un grupo como indígena, y consiste en la autoidentificación⁶⁴ de éste como indígena.⁶⁵ El Convenio combina ambos grupos de elementos para llegar a una determinación en casos concretos.⁶⁶ La utilización del término *pueblos*, en lugar de *poblaciones*, utilizado en el Convenio 107 de la OIT, abandona el criterio integracionista y acepta la solicitud de reivindicación de los indígenas y sus organizaciones.

En el sistema interamericano de protección de derechos humanos, la CIDH, en su informe *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales*

⁵⁹ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 15 de junio de 2005, Serie C. 124, párr. 133. Véase *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, vide supra nota 16, párr. 149.

⁶⁰ Corte IDH, *Caso de la comunidad de Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, vide supra nota 16, párr. 149.

⁶¹ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146, párr. 118. Véase *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125, párr. 135.

⁶² CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales...*, op. cit., párr. 29, y Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172, párr. 96.

⁶³ OIT, Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, art. 1.2.

⁶⁴ ONU, Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas*, febrero de 2008, p. 32, disponible en <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6451>>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.

⁶⁵ OIT, *Convenio número 169, sobre pueblos indígenas y tribales: un manual*, 2003, p. 8, disponible en <http://pro169.org/res/materials/es/general_resources/Convenio%20num%20169%20-%20manual.pdf>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.

⁶⁶ OIT, "Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT", Programa para promover el Convenio núm. 169 de la OIT (Pro 169), Ginebra, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, p. 9.

y recursos naturales de 2009, concuerda con el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo en que la comunidad internacional no ha adoptado una definición universal de *pueblos indígenas*, y la opinión que actualmente prevalece es que no se requiere formalizarla para el reconocimiento y la protección de sus derechos.⁶⁷

Por su parte, el proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo 1º, establece los elementos comunes para la identificación de pueblos indígenas y el ámbito de aplicación de los receptores de los derechos establecidos en dicho instrumento, y señala que “se aplica a los pueblos indígenas, así como a los pueblos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otras secciones de la comunidad nacional, y cuyo estatus jurídico es regulado en todo o en parte por sus propias costumbres o tradiciones o por regulaciones o leyes especiales”, tomando en cuenta el elemento de autoidentificación como criterio fundamental para determinar los pueblos a los que se aplican las disposiciones de esta Declaración. Como se observa, no se trata de una definición en sí de lo que es un pueblo indígena, sino que convergen los elementos objetivos y subjetivos que utiliza el Convenio 169 de la OIT para la identificación de los pueblos indígenas.

Ahora bien, la identificación de estos elementos no debe ser restrictiva, pues habrá que considerar que la identidad cultural de dichos pueblos es compartida por sus miembros, pero es inevitable que algunos vivan con menos apego a las tradiciones culturales correspondientes.

Trascendental ha sido el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano jurisdiccional de protección a los derechos humanos, ya que delimitó e incluso definió en su jurisprudencia a los pueblos indígenas para otorgarles una protección territorial en relación con el derecho humano de propiedad al establecer que “los pueblos indígenas *se definen* como aquellos grupos sociales y humanos, identificados en términos culturales y que mantienen una continuidad histórica con sus antepasados, desde la época anterior a la llegada a este continente de los primeros europeos”,⁶⁸ esto con el fin de determinar a los titulares del derecho aplicable.

En cuanto a la autoidentificación colectiva, para la Corte IDH el reconocimiento de cada comunidad indígena “es un hecho histórico social que forma parte de

⁶⁷ ONU, Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas*, febrero de 2008, p. 8, *op. cit.*

⁶⁸ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *op. cit.*, *vide supra* nota 16, p. 24.

su autonomía”,⁶⁹ por lo que corresponde a cada comunidad identificar su propio nombre, composición y pertenencia étnica, sin que el Estado u otros organismos externos lo hagan o lo controviertan: “la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la comunidad, es decir, la forma como ésta se autoidentifique”.⁷⁰

Los precedentes de la Corte IDH son trascendentales en el ámbito interno al representar una jurisprudencia vinculante que los Estados deben tomar en cuenta al reconocer e identificar a los sujetos de derecho indígena que deben proteger de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

v. Conclusiones

Del análisis de la discusión en materia indígena respecto a su propia definición, se concluye que la problemática nace con la naturaleza creadora del propio Estado. Es decir, cuando éste se proclama a sí mismo como dirigente de la convivencia en sociedad y establece las pautas que regirán dentro de un orden democrático, y somete a todos los grupos que ocupan su territorio a sus decisiones. Los pueblos indígenas eran totalmente ajenos a estas decisiones, simplemente eran organizaciones autodeterminadas y diferenciadas de la población que decidió seguir el camino de la vida “civilizada”. Es a partir de los conceptos iusnaturalistas de la democracia, la dignidad e igualdad del hombre, que se debe considerar que estos grupos tienen plena libertad de elegir su forma de autodeterminación y que todos los derechos humanos son aplicables a ellos.

Pero hay una grave distinción: la soberanía estatal no permite detractores. La imposición de una democracia civilizada, reconocida en los tratados internacionales, consigna como consecuencia directa que la solución a la definición de los pueblos indígenas sea el respeto a su autodeterminación no de manera incluyente, sino respetuosa. El único límite debe ser el respeto de los derechos humanos, pues la soberanía radica en el pueblo, no en la forma de organización.

La propia identificación de los indígenas como pueblo o colectividad distinta resulta suficiente para determinar cuáles son pueblos indígenas y cuáles no. Parte de su derecho a la libre determinación es el derecho a determinar la propia identidad sin injerencias externas. Sin embargo, si bien los pueblos indígenas tienen

⁶⁹ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214, párr. 37.

⁷⁰ *Ibid.*, párr. 37.

derecho a identificarse como tales para efecto de las normas internacionales y del derecho nacional sin injerencia de los Estados, también la jurisprudencia internacional ha reconocido que el Estado tiene el derecho, certeza y seguridad jurídica, al estar sujeto a una posible responsabilidad por incumplimiento de una norma internacional.

Por eso el Estado tiene derecho a que la norma identifique plenamente quiénes son sujetos de los derechos contenidos en los instrumentos internacionales en materia indígena. Ahora bien, si es el Estado el que reconoce el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas, éste debe tomar en cuenta que el concepto emana de un tratamiento de individualidad colectiva, es decir, los indígenas se autodeterminan como diferentes respecto de otro grupo; ellos mismos proclaman que en el concepto de autodeterminación se reconozca que un pueblo indígena no puede ser definido, sino simplemente reconocido. La jurisprudencia de la Corte IDH puede ser trascendental para cumplir con este propósito, pues incluso ha delimitado sus componentes para su conceptualización y, por su parte, el Convenio 169 de la OIT distingue sus elementos esenciales.

El reconocimiento subjetivo de quién es indígena determinará la protección de los elementos objetivos de su propia definición. El indígena y el pueblo indígena, por el simple hecho de identificarse como tal, atrae dentro de la esfera de su protección personal y colectiva a los elementos que lo rodean, como el territorio (en propiedad y uso), instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte. El primer paso para la protección y conservación del elemento originario del país es su distinción.

VI. Bibliografía

Anghie, Anthony, "Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law", en *Harvard International Law Journal*, vol. 40, núm. 1, 1999, disponible en <<http://teachers.colonelby.com/krichardson/Grade%2012/Carleton%20-%20Int%20Law%20Course/Week%203/FindingPeripheries.pdf>>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.

Assies, Willem, "Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina", en W. Assies, Gemma van der Haar y André Hoekema (eds.), *El reto a la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*, México, El Colegio de Michoacán, 1999.

Aylwin, José O., Ponencia en la Sesión del Grupo de Trabajo sobre la Sección Quinta del Proyecto de Declaración con especial énfasis en las "Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios". Washington, Salón

- Simón Bolívar, 7 y 8 de noviembre de 2002, OEA/Ser.K/XVI. GT/DADIN/doc.96/02 y (E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4.
- Bonfil, Guillermo, *Identidad étnica y movimientos indios en América Latina*, en Jesús Contreras (comp.), *Identidad étnica y movimientos indios*, Madrid, Revolución, 1998.
- , *Pensar nuestra cultura*, México, Alianza, 1991.
- CIDH, “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación. III Consideraciones de Derecho”, *Informe Anual de la CIDH 1999*, OEA/Ser.L/V/II.106.
- , *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, 30 de diciembre de 2009, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09.
- , *Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001.
- , Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, *Informe Final del Estudio sobre tratados, arreglos y otros acuerdos constructivos entre Estados y poblaciones indígenas*, 51º periodo de sesiones, Tema 7 del Programa provisional, E/CN.4/Sub.2/1999/20, 1999.
- Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 28 noviembre de 2012, serie C, núm. 257.
- , *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 6 de agosto de 2008.
- , *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79.
- , *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 15 de junio de 2005, serie C, núm. 124.
- , *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146.
- , *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214.
- , *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C, núm. 125, párr. 135.
- , *Caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y reparaciones)*, Sentencia del 27 de junio de 2012.
- , *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172.

- _____, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva, OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18.
- Cumberland, Charles C., *La Revolución mexicana. Los años constitucionalistas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975
- Dulitzky, Ariel E., “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, disponible en <<http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13452/1372>>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.
- Durand Alcántara, Carlos, *Derechos indios en México... Derechos pendientes*, México, Porrúa, 2006.
- Gómez Rivera, Magdalena, “Derecho indígena y constitucionalidad: el caso mexicano”, Seminario Internacional, auditorio Fray Bernardino de Sahagún del Museo Nacional de Antropología e Historia, México, 26-30 de mayo de 1997, en Magdalena Gómez (coord.), *Derecho indígena*, México, AMNU/INI, 1997.
- Guerrero, Francisco Javier, “La cuestión indígena y el indigenismo”, en Héctor Díaz-Polanco *et al.* (eds.), *Indigenismo, modernización y marginalidad: una revisión crítica*, México, Juan Pablos, 1984.
- Instituto Indigenista Interamericano, “Acta final del II Congreso Indigenista Interamericano (Cuzco)”, en *Boletín Indigenista*, México, septiembre de 1949.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *XII Censo general de población y vivienda 2000*, México, INEGI, 2001.
- Jacquin, Philippe, *Los indios de Norteamérica. Una explicación para comprender. Un ensayo para reflexionar*, México, Siglo XXI, 2005.
- Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1946.
- Leary, Virginia A. “La utilización del Convenio núm. 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas”, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.
- Margadant, Guillermo F., *El derecho privado romano*, 3ª ed., México, Esfinge, 1968.
- Organización de las Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (DAES), *The Concept of Indigenous Peoples*, documento de antecedentes preparado por la Secretaría del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Seminario sobre recopilación y desglose de datos relativos a los pueblos indígenas, Nueva York, 19-21 de enero de 2004. Documento de la ONU, PFII/2004/WS.1/3, disponible en <www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/workshop_data_background.doc>.
- _____, Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas*, febrero de 2008, disponible en <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6451>>.

_____, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Discriminación contra las poblaciones indígenas. Protección del patrimonio de los pueblos indígenas. Informe definitivo de la relatora especial, Sra. Erica-Irene Daes, presentado en virtud de la Resolución 1993/4 y de la Decisión 1994/105 de la Comisión de Derechos Humanos*, 47º periodo de sesiones, Tema 15 del Programa provisional, E/CN.4/Sub.2/1995/26, 1995, párr. 18, disponible en <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/3d02b71f4de97cb2802566d4003eff08?Opendocument>>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.

_____, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas: “Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene Daes, *On the concept of ‘indigenous people’*”. Documento ONU, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio de 1996.

_____, “Study of the problem of discrimination against indigenous populations”, Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/Add.4.

Organización Internacional del Trabajo, Comisión de Expertos, 76ª sesión, 2005, Observación, Colombia, publicación 2006.

_____, Programa para Promover el Convenio 169 de la OIT (Pro 69), Departamento de Normas Internacionales de Trabajo OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el convenio número 169 de la OIT*, Ginebra, 2009.

_____, Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989, disponible en <<http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.

_____, *Convenio número 169, sobre pueblos indígenas y tribales: un manual*, Suiza, 2003, disponible en <http://pro169.org/res/materials/es/general_resources/Convenio%20num%20169%20-%20manual.pdf>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.

_____, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT, Programa para promover el Convenio núm. 169 de la OIT (Pro 169)*, Ginebra, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.

Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de los Estados Americanos, en CIDH, *Informe Anual 1996*, disponible en <http://www.cidh.org/Indigenas/Cap.2g.htm#_ftn1>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.

Rabasa Gamboa, Emilio, *Derecho constitucional indígena*, México, Porrúa, 2002.

Radbruch, Gustavo, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

- Rodríguez-Piñero, Luis, “La OIT y los pueblos indígenas en el derecho internacional. Del colonialismo al multiculturalismo”, en *Revista Trace*, núm. 46, Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, 2004.
- Sandoval de Escurdia, Juan Martín, “Los pueblos indígenas: un marco conceptual sobre autodeterminación, cultura y autonomía”, disponible en <<http://www.diputados.gob.mx/bibliot/publica/inveyana/polisoc/derindi/>>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.
- Stavenhagen, Rodolfo, “Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional”, en *Revista IIDH*, núm. 10, julio-diciembre de 1989, disponible en <<http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1041/5.pdf>>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.
- _____, “El marco internacional del derecho indígena”, Seminario Internacional, auditorio Fray Bernardino de Sahagún del Museo Nacional de Antropología e Historia, México, 26-30 de mayo de 1997, en Magdalena Gómez Rivera (coord.), *Derecho indígena*, México, AMNU/INI, 1997.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, p. 291, 9ª época, 165 718, Primera Sala, Tesis Aislada, Localización: xxx, diciembre de 2009; Tesis: 1a.CCXII/2009; Rubro: “Personas indígenas. Ámbito subjetivo de aplicación del artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Autoadscripción”.
- Villoro, Luis, “Multiculturalismo y derecho”, en Esteban Krotz (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Barcelona, Anthropos/UAM, 2002.

INVESTIGACIÓN

El caso Artavia y otros vs. Costa Rica: una herramienta para aplicar la reforma constitucional en derechos humanos

Juan Carlos Arjona Estévez*

* Licenciado en derecho y maestro en derechos humanos por la Universidad Iberoamericana, ciudad de México. Becario de la Hubert H. Humphrey Fellow (Fulbright scholar) de 2008 a 2009, adscrito al Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Minnesota. Candidato a doctor por la American University, Washington College of Law, gracias al apoyo financiero del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología y de la Secretaría de Educación Pública.

Resumen

El artículo analiza cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) usa los principios de interdependencia, progresividad y no discriminación de los derechos humanos para extraer los derechos reproductivos de otros derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con la finalidad de que las autoridades mexicanas tengan una guía en su utilización para hacer operativa la reforma constitucional en derechos humanos. Asimismo, estudia el control de convencionalidad y examina por qué en el caso de Costa Rica no se realizó adecuadamente, y menciona las herramientas de las cortes mexicanas para ejercer dicho control en su jurisdicción. Finalmente, se revisa el estudio comparado de la Corte Interamericana sobre temas que aún no han sido desarrollados por el derecho interamericano, a fin de determinar el margen de regulación que tendrían los Estados americanos al respecto.

Palabras clave: interdependencia, progresividad, no discriminación, control de convencionalidad, reforma constitucional en derechos humanos, derechos reproductivos, margen de apreciación.

Abstract

The article analyzes how the Inter-American Court of Human Rights uses the principles of interdependence, progressivity and non discrimination of human rights, to extract the reproductive rights from other human rights recognized in the American Convention on Human Rights, with the purpose of being used as a handbook to operate the human rights constitutional amendment. In addition it studies the conventionality control and examines why in the Costa Rica's case, this control was not use adequately, and mentions which tools have the Mexican courts to exercise such control in its jurisdiction. Finally, the article reviews the comparative study made by the Inter-American Court of Human Rights about topics that has not been developed by the Inter-American Law, with the objective to determine what should be the margin of regulation that the American States should have in this matter.

Key words: interdependence, progressivity, nondiscrimination, conventionality control, human rights constitutional amendment, reproductive rights, margin of appreciation.

Sumario

I. Introducción; II. Interdependencia y progresividad de los derechos humanos; III. Control de convencionalidad: parámetros para su uso; IV. Margen de apreciación; v. No discriminación; VI. Impacto de la decisión en lo concerniente a la interrupción legal del embarazo; VII. Conclusiones y VIII. Bibliografía.

I. Introducción

El 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o Corte Interamericana) resolvió el Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica,¹ y a partir de éste se plantean tres temas de análisis de suma relevancia para la región, y en particular para México, en virtud del proceso de reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011² y de la consulta en trámite en el expediente varios 912/2010.³

La sentencia en comento narra las violaciones a derechos humanos que sufrieron 18 personas en sus derechos reproductivos,⁴ traducidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o Convención Americana) como los

¹ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 28 noviembre de 2012, serie C, núm. 257, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.

² Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011, disponible en <http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011>, página consultada el 4 de diciembre de 2014.

³ Ejecutoria: P. LXVII/2011 (9ª), “Control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos. El mecanismo relativo debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, el cual deriva del análisis sistemático de los artículos 1º y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (varios 912/2010, 14 de julio de 2011)”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, México, Libro I, octubre de 2011, tomo 1, p. 313, Reg. IUS. 23183, párrs. 39 y 42, disponible en <https://www.scjn.gob.mx/libreria/Documents/sjf/10_I_OCT_v2.pdf>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.

⁴ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”)...*, *supra* nota 1, párrs. 144, 279 y 342.

derechos a la integridad personal,⁵ a la libertad personal,⁶ a la protección de la honra y de la dignidad⁷ y el de protección a la familia,⁸ en relación con la obligación de no discriminar a ninguna persona al momento de respetar y garantizar estos derechos.⁹

Las víctimas de las violaciones, es decir las parejas, tienen en común que, por diferentes motivos, no podían reproducirse mediante relaciones sexuales, por lo que buscaron distintos métodos de reproducción asistida, y la única opción viable que tuvieron fue la técnica de reproducción denominada fecundación *in vitro*,¹⁰ método que fue prohibido¹¹ por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de julio de 1978, art. 5.1. “Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal. 1. *Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*”, disponible en <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>, página consultada el 4 de diciembre de 2013; Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”)*..., puntos resolutive, declara, párr. 1.

⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos..., *supra* nota 5, art. 7.1. “Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal. 1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales*”; Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”)*..., *supra* nota 1, puntos resolutive, declara, párr. 1.

⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos..., *supra* nota 5, art. 11.2. “Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. 2. *Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación*”; Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”)*..., *supra* nota 1, puntos resolutive, declara, párr. 1.

⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos..., *supra* nota 5, art. 17.2. “Artículo 17. Protección a la Familia. 2. *Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención*”; Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”)*..., *supra* nota 1, puntos resolutive, declara, párr. 1.

⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos..., *supra* nota 5, art. 1.1. “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. *Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”; Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”)*..., *supra* nota 1, puntos resolutive, declara, párr. 1.

¹⁰ Por fecundación *in vitro* la Corte IDH entiende que es el “procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con esperma en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer”; Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”)*..., *supra* nota 1, párr. 64.

¹¹ *Ibid.*, párrs. 152-160 y 159-160. En el caso se debate si la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica impuso una prohibición absoluta o una prohibición relativa a la técnica de reproducción de fecundación *in vitro*; mientras que las víctimas indicaron que fue absoluta, el Estado indicó que fue relativa, porque previó la posibilidad de una forma en la que este método puede ser utilizado, y consiste en que no se pierdan embriones en el proceso, porque tienen el derecho a la vida. La Corte IDH mencionó que la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica no cumplió con el requisito de previsibili-

el 2000,¹² al considerar que violaba el derecho a la vida del producto de la *fecundación*, y sustentó su razonamiento en el derecho internacional de los derechos humanos, en particular en la Convención Americana, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCYP) y la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CRC).¹³

Como se adelanta, la Corte IDH resolvió sobre un derecho no explícito en la Convención Americana (derechos reproductivos), a partir de reconocer la interdependencia¹⁴ de los derechos humanos. Sin embargo, este análisis no fue suficiente para determinar el alcance de los derechos reproductivos, razón por la que la Corte IDH optó por buscar en el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos¹⁵ (DIDH) el contenido esencial¹⁶ de cada uno de los derechos que le dan sustento, reconociendo la progresividad¹⁷ connatural de los derechos humanos. Esto en sí mismo es un tema de análisis de gran relevancia.

dad porque no queda claro si esa situación es posible, pero lo cierto es que 12 años después de emitida la sentencia, dicha técnica no se realiza en Costa Rica.

¹² *Ibid.*, párr. 72.

¹³ *Ibid.*, párrs. 73 y 75. Este ejercicio que hace la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica puede ser en aplicación del control de convencionalidad difuso, lo que sin embargo, en este caso, no fue realizado de manera adecuada, tal y como lo señala la Corte IDH en párrafos posteriores, a través del método de interpretación sistemática e histórica que realiza de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*infra* nota 18).

¹⁴ Comité ESCR, Observación general núm. 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4, párrs. 3 y 12.

¹⁵ Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, serie A, núm. 16.

¹⁶ Comité ESCR, Observación general 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 14 de diciembre de 1990, E/1991/23, párr. 10; Comité ESCR, Observación general núm. 14 (2000)..., *supra* nota 14, párrs. 20-1, 26 y 43.

¹⁷ Comité ESCR, Observación general núm. 14 (2000)..., *supra* nota 14, párr. 12. El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante Comité ESCR) ha determinado que los derechos humanos deben ser accesibles y de calidad. Estos elementos deben evaluarse según el grado de satisfacción que en un Estado concreto ha brindado en relación con un derecho humano concreto, por lo que si cierto servicio médico ya era ofrecido con un estándar de avances tecnológicos, el servicio debe continuar prestándose en ese mismo nivel. “b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos [...]; d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas” (notas al pie omitidas).

La sentencia en estudio también requirió que la Corte Interamericana hiciera un análisis acerca del momento en que el derecho a la vida está protegido por la Convención Americana a la luz del DIDH, en virtud de que la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica realizó, a su juicio, un control de convencionalidad del artículo 4.1 de la CADH. En su estudio, la Corte IDH utilizó diversas técnicas de interpretación¹⁸ para desentrañar el contenido de este derecho, e implícitamente dio una guía del proceso en el que enmarcó el control de convencionalidad que deben efectuar las autoridades judiciales.

El Estado indicó que al momento de aplicar el artículo 4.1 de la Convención Americana se cuenta con un margen de apreciación que resulta evidente en esta disposición, en virtud del concepto *en general* que contiene. Si bien la Corte Interamericana no se pronunció al respecto, sí hizo un ejercicio incompleto de lo que podría ser un análisis de margen de apreciación al usar una de las técnicas de interpretación, o bien, en otros contextos, dicho estudio podría identificarse como un dialogo jurisprudencial entre cortes o, en el último de los casos, como el uso de una de las fuentes auxiliares del derecho internacional público reconocidas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.¹⁹

El presente artículo analizará los tres temas que hemos comentado brevemente: *a)* el uso de los principios de interdependencia, progresividad y no discriminación de los derechos humanos para extraer los derechos reproductivos de otros derechos reconocidos en la Convención Americana; *b)* la forma en que se debe ejercer un control de convencionalidad; *c)* la aplicación del margen de apreciación a la luz del principio de no discriminación; y *d)* el impacto de la sentencia en el caso de México.

¹⁸ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro")...*, *supra* nota 1, párrs. 171-264, en particular párr. 173: "En ese marco, a continuación se realizará una interpretación: *I)* conforme al sentido corriente de los términos; *II)* sistemática e histórica; *III)* evolutiva, y *IV)* del objeto y fin del tratado".

¹⁹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38. 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: *a)* las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; *b)* la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; *c)* los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; *d)* las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

II. Interdependencia y progresividad de los derechos humanos

Desde sus primeras sentencias, la Corte Interamericana reconoció implícitamente la interdependencia y progresividad de los derechos humanos. Si bien la Corte IDH no ha definido estas características, su uso le ha permitido identificar los alcances de la responsabilidad internacional de un Estado en un caso concreto, reconocer las afectaciones a las víctimas de derechos humanos que un acto puede tener, y ordenar la debida reparación a cada una de ellas. Asimismo, la Corte Interamericana, como cualquier otro órgano jurisdiccional, debe seguir ciertos criterios competenciales de tiempo, lugar, persona y materia, y así, gracias al reconocimiento de la interdependencia de los derechos humanos, una violación de éstos, que podría quedar fuera de su competencia, se conoce en virtud de la afectación que tiene otro derecho humano, derivada de la interdependencia entre los derechos en juego. Adicionalmente, la Corte IDH también ha operado el principio de progresividad de los derechos humanos con el fin de determinar el nivel mínimo de cumplimiento de cada Estado.

1. Interdependencia

La interdependencia, se dice, es “una medida en que el disfrute de un derecho en particular o de un grupo de derechos depende, para su realización, de otro derecho o grupo de derechos”.²⁰ La Corte Interamericana, desde su primer caso, reconoció que la desaparición forzada es una violación múltiple de derechos humanos, que parte de la privación arbitraria de la libertad de una persona, y a la que se le suma la falta de presentación ante una autoridad judicial y la imposibilidad de interponer recursos judiciales para su protección,²¹ e indica que este solo hecho de “aislamiento prolongado y la incomunicación” detona la violación al derecho a la integridad personal, por ser en sí mismo un tratamiento cruel e inhumano, del cual se presume la práctica de tortura por los diversos testimonios de personas que fueron desaparecidas de manera forzada y que recobraron su libertad.²² Esta argumentación refleja que un acto de detención arbitraria con ciertas caracterís-

²⁰ Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, disponible en <http://www.conatrib.org.mx/html/Paneles/Paneles/PanelIV_PrincipiosUniversalidad_Interdependencia_IndivisibilidadProgresividad_SandraSerranoDanielVazquez.pdf>, página consultada el 25 de julio de 2013.

²¹ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo)*, Sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, párr. 155, en relación con el artículo 7.3 y 7.5 de la Convención Americana, *supra* nota 5, arts. 7.3 y 7.5.

²² Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez, vs. Honduras...*, *supra* nota 21, párr. 156.

ticas también incorpora –por la interdependencia de los derechos humanos– la violación del derecho a la integridad personal.²³

En el caso de la comunidad Yakye Axa, la Corte Interamericana aceptó que el Estado de Paraguay violentó el derecho a la vida de la comunidad reconocido en el artículo 4º de la CADH, al ponerla en “condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna”, al tener que vivir en “condiciones de miseria extrema como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales [...] así como a la precariedad del asentamiento temporal en el cual se han visto obligados a permanecer”.²⁴ Las condiciones que reconoce la Corte IDH como detonantes para la vulneración del derecho a la vida digna es por el incumplimiento del derecho a la salud, a un ambiente sano, a la alimentación, a la educación y a los beneficios de la cultura.²⁵ En otro caso relacionado con una comunidad indígena (Xákmok Kásek), la Corte Interamericana fue más precisa en su análisis para determinar la afectación del derecho a la vida de sus miembros, al indicar que el Estado no proveyó agua en cantidad y calidad suficientes, ni alimentación adecuada, y falló en hacer accesibles los servicios de salud y educación.²⁶

En el primer caso citado, la Corte Interamericana usó la interdependencia de los derechos humanos para ligar la violación de uno (derecho a la libertad: prohibición de detenciones arbitrarias) y para ligar ese acto con otras violaciones a los derechos humanos, como a la integridad personal (prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes), o bien, generar una presunción de violación de otros derechos humanos (prohibición de la tortura y de ejecuciones arbitrarias). En el segundo y tercer caso, la Corte IDH reconoció que no tenía competencia para conocer de violaciones a los derechos económicos y sociales, pero relacionó el incumplimiento de estos derechos con el ejercicio del derecho a la vida, haciendo así operativo el principio de interdependencia de los derechos humanos, y cómo el impacto o negación de uno puede generar la violación de otro.

Estos son ejemplos en los que la Corte Interamericana ha usado derechos reconocidos en la Convención Americana para hacer justiciables otros derechos humanos. Como se verá, en el caso Artavia Murillo, la Corte IDH resolvió que Costa Rica violó los derechos reconocidos en cuatro artículos de la Convención Ameri-

²³ *Idem.*

²⁴ Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125, párrs. 163-164.

²⁵ *Ibid.*, párr. 163.

²⁶ Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214, párrs. 194-217.

cana, al no poder declarar la violación directa de un derecho humano no reconocido explícitamente en la cadh (derechos reproductivos). Y quizá por su falta de reconocimiento explícito, la Corte Interamericana tuvo que recurrir a diferentes argumentos que sostienen la interdependencia de estos derechos –los reproductivos– respecto a otros que sí están convencionalmente reconocidos, como el derecho a la vida privada, a la protección de la familia, a la integridad personal, etcétera.²⁷

a) LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS A PARTIR DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA

Como se ha indicado, las víctimas fueron impedidas de acceder a un método de reproducción asistida. En el caso *Gelman*, la Corte IDH determinó que la libre maternidad “forma parte esencial del desarrollo de la personalidad de las mujeres”,²⁸ argumento en el que se basó para señalar, en el presente caso, que esa libre maternidad o, en otras palabras, el ejercicio de los derechos reproductivos, son parte del derecho a la vida privada. Con ello la Corte Interamericana reconoció que la decisión de reproducirse o no es personal, autónoma y privada, en la que ni el Estado ni ninguna otra persona debe interferir.²⁹ Destaca, además, que los derechos reproductivos en su relación con el derecho a la vida privada incluyen dos aspectos: “I) la autonomía reproductiva, y II) el acceso a servicios de salud reproductiva”, y concluye que los derechos reproductivos, como parte del derecho a la vida privada, se vulneran cuando se impide a la mujeres decidir los medios para controlar su fecundidad.³⁰ La Corte IDH resalta que llega a esta conclusión a partir del reconocimiento de una combinación particular (interdependencia) del derecho a la vida privada “con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los *derechos reproductivos* de las personas”.³¹ En este fallo se reconoce claramente que la decisión de reproducirse es personal, y se advierte tácitamente que no hay ningún interés estatal en controlar la reproducción de las personas, ni que exista una necesidad de ello en un

²⁷ Para revisar ejercicios de justiciabilidad de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres a partir de argumentaciones que recurren a la interdependencia como una de sus herramientas, véase *Rebecca Cook et al., Salud reproductiva y derechos humanos. Integración de la medicina, la ética y el derecho*, Sección 4, Bogotá, Profamilia/Oxford, 2003.

²⁸ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones)*, Sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párr. 97.

²⁹ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”)...*, *supra* nota 1, párr. 143.

³⁰ *Ibid.*, párr. 146.

³¹ *Ibid.*, párr. 144.

Estado democrático de derecho, ni que alguna restricción a este derecho pueda ser proporcional en la decisión de ejercerlos o no.³²

b) LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS A PARTIR DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA

Otra argumentación utilizada por la Corte Interamericana es que los derechos reproductivos forman parte de los derechos de protección a la familia, porque se identifican con el derecho que tienen las personas a decidir el número y espaciamiento de las y los hijos, en particular las mujeres. Si se identifica que las familias pueden conformarse de diferentes maneras –entre ellas una pareja estable con o sin hijos(as), o una persona y su hijo(a)–, la Corte IDH determinó, en este caso concreto, que la imposibilidad legal de ejercer los derechos reproductivos afectó su relación en cuanto al derecho a la protección de la familia, porque les impidió decidir cuántos hijos(as) tener y cuándo. En palabras de la Corte, este derecho es parte integral del derecho a fundar una familia.³³

c) LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS A PARTIR DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

La Corte Interamericana, con las argumentaciones en las que relacionó el derecho a la salud con el derecho a la vida, decidió retomar para ese mismo ejercicio el razonamiento usado en el derecho a la salud y el derecho a la integridad personal. En este caso, sobresalen situaciones de “angustia y ansiedad” derivados de la falta de atención médica, e indica que el Estado tiene la responsabilidad de regular “la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección [del derecho] a la integridad personal”.³⁴ En particular, en materia de derechos reproductivos, hizo el vínculo a partir del derecho a la salud, siguiendo lo dicho por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales al decir que

la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de pla-

³² Más adelante se planteará el debate sobre si existe o no alguna razón por la cual el ejercicio de los derechos reproductivos podrían tener alguna restricción y, en su caso, cuál debería ser el análisis de proporcionalidad.

³³ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros, (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica...*; *supra* nota 1, párr. 145.

³⁴ *Ibid.*, párr. 147.

nificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud.³⁵

Más importante aún es la determinación del contenido del derecho a la salud reproductiva al destacar que se deben proporcionar “técnicas de fecundación *in vitro* de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas”.³⁶

2. Progresividad

Por *progresividad* se entiende que los derechos humanos tienen carácter expansivo, en el sentido de que su alcance y contenido van en incremento conforme evolucionan moral y tecnológicamente las sociedades. Para Sandra Serrano y Luis Daniel Vázquez la progresividad “implica tanto gradualidad como progreso”, y la *gradualidad* consiste en “que la efectividad [de los derechos humanos] no va a lograrse de una vez y para siempre”, mientras que el *progreso* se refiere a que “los derechos humanos siempre deben mejorar”.³⁷

La Corte Interamericana también ha recurrido a la determinación de la responsabilidad de los Estados a la luz de estas características; sin embargo, en el caso *Artavia Murillo y otros* es claro su uso si consideramos que la fecundación *in vitro* es un método de reproducción asistida que no existía al redactarse los instrumentos más importantes de derechos humanos en materia de derechos civiles y políticos, así como de derechos económicos, sociales y culturales,³⁸ y que los avances en materia de atención a la salud en los diferentes Estados no necesariamente se implementaron de inmediato en sus servicios.

La Corte IDH reconoce el derecho a la libertad reproductiva vinculada a la vida privada y el derecho a la salud, e incluye “el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho”. En otras palabras, si el método de reproducción asistida se proporcionaba en Costa Rica antes de la decisión de la Corte Suprema de Justicia, es claro que se debe continuar ofreciendo porque es parte del derecho a la libertad reproductiva.³⁹ Adicionalmente, la Corte IDH observa que la decisión de la Corte Suprema de Justicia tiene un efecto regresivo, porque este servicio que se brindaba en Costa Rica se volvió inaccesible, pues aunque estableció una condi-

³⁵ *Ibid.*, párr. 148.

³⁶ *Ibid.*, párr. 149.

³⁷ Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano, “Los principios de universalidad...”, *op. cit.*, p. 159.

³⁸ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros, (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica...*; supra nota 1. párr. 247.

³⁹ *Ibid.*, párr. 151.

ción que permitiría su aplicación, no ha sido científicamente posible de cumplir después de 12 años.⁴⁰

Es evidente que los derechos reproductivos, en su relación con el derecho a la salud reproductiva y medidas de accesibilidad a personas con discapacidad en sus derechos reproductivos, o que el ejercicio de esos derechos bajo el principio de no discriminación, en particular de las personas con alguna condición de salud o por discapacidad, dependerán de los avances científicos, por lo que si no existiera un mecanismo de reproducción asistida para un tipo de enfermedad o discapacidad concreta, la obligación que se infiere de la decisión de la Corte IDH –según la característica de progresividad– es que el Estado debe investigar al respecto para proporcionar esas opciones a las personas; en cambio, si la herramienta científica ya ofrece posibilidades para su ejercicio, la obligación del Estado según el principio de progresividad, en relación con el principio de no discriminación, es que dichas opciones estén al alcance de las personas que tengan algún problema que les impida ejercer sus derechos reproductivos.

III. Control de convencionalidad: parámetros para su uso

Como es bien sabido, el deber de ejercer un control de convencionalidad por parte de los Estados en el ámbito interno –con esa denominación– surge por primera ocasión en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile.⁴¹ Este control de convencionalidad ha sido ya una exigencia constante de la Corte IDH, primeramente a la autoridad judicial, y ahora, de manera más amplia, a cualquier autoridad.⁴² No es

⁴⁰ *Ibid.*, párrs. 151 y 160.

⁴¹ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 124. “La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe 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”.

⁴² Véase Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay...*, *supra* nota 28, párr. 193; Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párr. 225; Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219, párr. 176; Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216, párr.

el propósito detallar en esta sección el desarrollo jurisprudencial de esta figura que tan largamente ha sido analizada,⁴³ sino explicar el estado de la cuestión y referir por qué algunas determinaciones de esta decisión son relevantes para el caso mexicano.

1. Aspectos generales en el ámbito universal e interamericano

El control de convencionalidad tiene su base normativa en diversos tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos el artículo 2º de la Convención Americana,⁴⁴ el artículo 2º del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁴⁵ el artículo 7.h de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer,⁴⁶ el artículo 3.1 de la Convención Interamericana para la Eliminación

219; Corte IDH, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 1 de septiembre de 2010, serie C, núm. 217, párr. 202; Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párr. 339; Corte IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 20 de noviembre de 2007, serie C, núm. 169, párr. 78; Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162, párr. 173.

⁴³ Osvaldo Gozaíni, “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”, en Susana Albanase (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, pp. 94-112; Néstor Pedro Sagüés, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios constitucionales*, año 8, núm. 1, 2010, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, pp. 117-136; Néstor Pedro Sagüés, “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, disponible en <<http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/Nestor%20Sagues.pdf>>, página consultada el 23 de julio de 2013; Karlos Castilla, “Un control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, México, 2011, pp. 593-624.

⁴⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos..., *supra* nota 5, art. 2º. “Artículo 2º. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁴⁵ Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotavo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, art. 2º. “Artículo 2. Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos”.

⁴⁶ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptado en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entró en vigor el 5 de marzo de 1995, art. 7.h. “Artículo 7º. Los Estados Partes conde-

de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad,⁴⁷ el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁴⁸ el artículo 2.b de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,⁴⁹ el artículo 4º de la Convención sobre los Derechos del Niño,⁵⁰ y el artículo 4.1.a de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,⁵¹ entre otros. En cada uno de estos instrumentos internacionales se indica que los Estados tienen el deber de adoptar medidas de derecho interno con el objeto de respetar y garantizar los derechos humanos, y entre ellas se incluyen las medidas de carácter judicial. El control de convencionalidad es el ejercicio constante

nan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: [...] h) adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención”.

⁴⁷ Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptado en ciudad de Guatemala, Guatemala, el 7 de junio de 1999, en el vigésimo noveno periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entró en vigor el 14 septiembre 2001, art. III.1. “Artículo III.1. Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados Partes se comprometen a: 1) Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad”.

⁴⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976, art. 2.2. “Artículo 2. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

⁴⁹ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 34/180, del 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981, art. 2.b. “Artículo 2. Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: [...] b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer”.

⁵⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, art. 4. “Artículo 4. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

⁵¹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General en su Resolución A/RES/61/106, del 13 de diciembre de 2006, art. 4.1.a. “Artículo 4º. Obligaciones generales. 1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención”.

que realizan los organismos internacionales de derechos humanos encargados de la vigilancia del tratado su supervisión⁵² –no sólo la Corte IDH–, sobre la

⁵² El Comité de Derechos Humanos, respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme al artículo 40.4 de este instrumento. Pacto Internacional de Derechos Civiles..., *vide supra* nota 48, art. 40.4. “El Comité estudiará los informes presentados por los Estados Partes en el presente Pacto. Transmitirá sus informes, y los comentarios generales que estime oportunos, a los Estados Partes”. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Comité ESCR) en relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales conforme al artículo 16.2 desarrollado por la Resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas el 28 de mayo de 1985 en la que se delegan esas obligaciones al Comité ESCR, que se creó por virtud de esta resolución: “a) Todos los informes serán presentados al secretario general de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias al Consejo Económico y Social para que las examine conforme a lo dispuesto en el presente Pacto”; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en relación a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial conforme al artículo 9°. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entró en vigor el 4 de enero de 1969, art. 9.2. “Artículo 9.2. El Comité informará cada año, por conducto del secretario general, a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre sus actividades, y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes. Estas sugerencias y recomendaciones de carácter general se comunicarán a la Asamblea General, junto con las observaciones de los Estados Partes, si las hubiere”; el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en relación con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer conforme al artículo 21. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer..., *supra* nota 49, art. 21. “Artículo 21. 1. El Comité, por conducto del Consejo Económico y Social, informará anualmente a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes. Estas sugerencias y recomendaciones de carácter general se incluirán en el informe del Comité junto con las observaciones, si las hubiere, de los Estados Partes”; el Comité contra la Tortura en relación con la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes conforme al artículo 19. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entró en vigor el 26 de junio de 1987, art. 19.3 y 19.4. “Artículo 19.3. Todo informe será examinado por el Comité, el cual podrá hacer los comentarios generales que considere oportunos y los transmitirá al Estado Parte interesado. El Estado Parte podrá responder al Comité con las observaciones que desee formular; 4. El Comité podrá, a su discreción, tomar la decisión de incluir cualquier comentario que haya formulado de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo, junto con las observaciones al respecto recibidas del Estado Parte interesado, en su informe anual presentado de conformidad con el artículo 24. Si lo solicitara el Estado Parte interesado, el Comité podrá también incluir copia del informe presentado en virtud del párrafo 1 del presente artículo”; el Comité contra las Desapariciones Forzadas en relación con la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas conforme a su artículo 29.3. Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por la Asamblea General en su Resolución del 20 de diciembre de 2006. Entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, art. 29.3. “Artículo 29.3. Cada informe será examinado por el Comité, el cual podrá hacer los comentarios, observaciones o recomendaciones que considere apropiados. El Estado Parte interesado será informado de dichos comentarios, observaciones o recomendaciones, a los que podrá responder, por iniciativa propia o a solicitud del Comité”; el Comité de los Derechos del Niño en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al artículo 45. Convención sobre los Derechos del Niño..., *supra* nota 50, art. 45.d “Artículo 45.d El Comité podrá formular sugerencias y re-

legislación⁵³ u otros actos de autoridad, incluida la judicial,⁵⁴ para verificar si estos actos jurídicos son compatibles con las obligaciones que derivan del tratado en cuestión. En relación con la revisión de la legislación, el análisis que hacen los organismos internacionales puede tener tres resultados: *a)* determinar que la normatividad del Estado sea compatible con sus obligaciones internacionales; *b)* que la normatividad admita diversas interpretaciones y que una de ellas le permita ser compatible con sus obligaciones internacionales, y será la que se ordene que se realice en el futuro por parte de las autoridades locales;⁵⁵ y *c)* la norma analizada es contraria a las obligaciones internacionales y no permite una interpretación diversa, por lo que el organismo internacional ordena su desaplicación.⁵⁶

comendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales deberán transmitirse a los Estados Partes interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere, de los Estados Partes”; el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios en relación con la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, conforme al artículo 74. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158, del 18 de diciembre de 1990, art. 74.1 y 74.7. “Artículo 74.1. El Comité examinará los informes que presente cada Estado Parte y transmitirá las observaciones que considere apropiadas al Estado Parte interesado. Ese Estado Parte podrá presentar al Comité sus comentarios sobre cualquier observación hecha por el Comité con arreglo al presente artículo. Al examinar esos informes, el Comité podrá solicitar a los Estados Partes que presenten información complementaria [...] 74.7 El Comité presentará un informe anual a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la aplicación de la presente Convención, en el que expondrá sus propias opiniones y recomendaciones, basadas, en particular, en el examen de los informes de los Estados Partes y en las observaciones que éstos presenten”; el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, conforme al artículo 36. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General en su Resolución del 13 de diciembre de 2006. Entró en vigor el 3 de mayo de 2008, art. 36.1 “Artículo 36.1. El Comité considerará todos los informes, hará las sugerencias y las recomendaciones que estime oportunas respecto a ellos y se las remitirá al Estado Parte de que se trate. Éste podrá responder enviando al Comité cualquier información que desee. El Comité podrá solicitar a los Estados Partes más información respecto a la aplicación de la presente Convención”.

⁵³ Comité contra la Tortura (CAT), Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, adoptadas por el Comité en su 49° periodo de sesiones. CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012, párrs. 8 y 12; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Observaciones finales sobre los informes periódicos decimosexto y decimoséptimo de México, adoptados por el Comité en su 80° periodo de sesiones. CERD/C/MEX/16-17, 6 de marzo de 2012, párr. 11; Comité CRC, Observaciones finales sobre el informe inicial de México, adoptadas por el Comité en su 56° periodo de sesiones. CRC/C/OPSC/MEX/1 y Corr.1, 4 de febrero de 2011, párrs. 9 y 10; Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México...*, *supra* nota 42, párrs. 319-324 y 341.

⁵⁴ Véase *supra* notas 42 y 43.

⁵⁵ Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México...*, *supra* nota 42, párrs. 339-341.

⁵⁶ Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73, párrs. 97 y 98; Comité CAT, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, adoptadas por el Comité en su 49° periodo de sesiones..., *supra* nota 53, párr. 11.

2. Control de convencionalidad en el ámbito interamericano

a) CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LOS ÓRGANOS INTERAMERICANOS

En el caso del sistema interamericano de derechos humanos, siempre ha habido un control concentrado y uno difuso de convencionalidad entre los organismos interamericanos, y tiene su fundamento en el artículo 33 de la Convención Americana,⁵⁷ por lo que tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana pueden interpretar el contenido de la Convención Americana y de cualquier otro instrumento interamericano que reconozca su competencia para el análisis de su contenido,⁵⁸ y excepcionalmente de cualquier otro instrumento

⁵⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos..., *supra* nota 5, art. 33. “Artículo 33. Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [...] y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

⁵⁸ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptado en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985, en el decimoquinto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entró en vigor el 28 de febrero de 1987, art. 8°. “Artículo 8°. Los Estados Partes garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción, el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente. Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados Partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal. Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado”, en relación con las peticiones individuales y de toda la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, por lo que toca a la Comisión Interamericana como parte de su función de “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” y en el caso de la Corte Interamericana a través de su función consultiva. Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, “Protocolo de Buenos Aires”, suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria; por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, “Protocolo de Cartagena de Indias”, aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General; por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, “Protocolo de Washington”, aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General; y por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, “Protocolo de Managua”, adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General, art. 106. “Artículo 106. Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”; y Convención Americana sobre Derechos Humanos..., *supra* nota 5, art. 64. “Artículo 64. 1. Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires; 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro

de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”; Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos..., *supra* nota 45, art. 19.6. “Artículo 19. Medios de Protección. 6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8° y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y, cuando proceda, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en relación con los derechos sindicales (artículo 8°) y derecho a la educación (artículo 13) para la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos en el procedimiento de peticiones individuales y con fundamento en el artículo 106 de la Carta de la Organización de Estados Americanos, artículo 19.7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 19. Medios de Protección [...] 7. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrá formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en el presente Protocolo en todos o en algunos de los Estados Partes, las que podrá incluir en el Informe anual a la Asamblea General o en un Informe Especial, según lo considere más apropiado”, y el artículo 64 de la Convención Americana, tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana pueden interpretar este instrumento fuera del proceso de una petición individual; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar..., *supra* nota 46, arts. 11-12. “Artículo 11. Los Estados Partes en esta Convención y la Comisión Interamericana de Mujeres, podrán requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva sobre la interpretación de esta Convención; Artículo 12. Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7° de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en relación con las peticiones individuales, y con fundamento en el artículo 106 de la Carta de la Organización de Estados Americanos y el artículo 64 de la Convención Americana, tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana pueden interpretar este instrumento fuera del proceso de una petición individual; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entró en vigor el 28 de marzo de 1996, art. XIII. “Artículo XIII. Para los efectos de la presente Convención, el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares”, en relación con las peticiones individuales, y con fundamento en el artículo 106 de la Carta de la Organización de Estados Americanos y el artículo 64 de la Convención Americana, tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana pueden interpretar este instrumento fuera del proceso de una petición individual; Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, adoptado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990, en el vigésimo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entró en vigor el 28 de agosto de 1991, que al ser un Protocolo a la Convención Americana sigue las reglas generales de este tratado. Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptado en ciudad de Guatemala, Guatemala, el 7 de junio de 1999, en el vigésimo noveno periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entró en vigor el 14 septiembre 2001. En este caso la interpretación se hace con fundamento en el artículo 106

interamericano dentro de sus funciones consultivas⁵⁹ o en uso del criterio de interpretación más favorable a la persona establecido en el artículo 29,⁶⁰ lo que implica que al momento de interpretar la Convención Americana, en relación con un Estado Parte en concreto, se puede recurrir a instrumentos interamericanos —e incluso universales—,⁶¹ o bien consultar el contenido de un derecho desarrollado por la normatividad nacional de dicho país, o por los criterios jurisprudenciales emitidos conforme a ellos por sus tribunales.

El control concentrado le corresponde estrictamente a la Corte IDH como órgano terminal de interpretación de los instrumentos interamericanos,⁶² y sirve como

de la Carta de la Organización de Estados Americanos y el artículo 64 de la Convención Americana, tanto la Comisión como la Corte Interamericanas.

⁵⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos..., *supra* nota 5, arts. 41 y 64. “Artículo 41. La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones: [...] c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; [...] e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados Miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten [...]” “Artículo 64. 1. Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”. Un ejemplo de un tratado interamericano que no reconoce la competencia contenciosa ni de la Comisión Interamericana o de la Corte Interamericana, pero que puede ser interpretado por ambos organismos, es la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Véase Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptado por la Asamblea General en Guatemala el 7 de junio de 1999. Entró en vigor el 14 de septiembre de 2001.

⁶⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos..., *supra* nota 5, art. 29. “Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados...”

⁶¹ Corte IDH, “Otros Tratados”, Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 1; Corte IDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, serie A, núm. 10; Corte IDH, El derecho a la información..., *supra* nota 15; Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17; Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18.

⁶² El control concentrado, u original o externo, como lo ha definido el expresidente de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *IUS Revista del Instituto*

órgano corrector de las decisiones de la Comisión Interamericana⁶³ y, con mayor razón, de lo decidido por los tribunales nacionales.⁶⁴ Así, el control de convencionalidad difuso en los órganos interamericanos lo realiza la Comisión Interamericana. Por su parte, el control difuso de convencionalidad interamericano corresponde a las autoridades internas en relación con sus respectivas competencias,⁶⁵ lo que permite que el contenido convencional se vea continuamente ampliado por los derechos reconocidos en los ordenamientos jurídicos de cada país, y por las decisiones de sus tribunales, generando un *ius commune*⁶⁶ interamericano que será, en su caso, revisado y aplicado por la Comisión y la Corte Interamericanas en sus decisiones posteriores.⁶⁷ Esto implica que el desarrollo de los derechos humanos derivados de las convenciones interamericanas fue pensado como mecanismo de amplificación a partir de los sistemas jurídicos internos, en los que cada Estado aporta su grano de arena a la generación de nuevos derechos o contenidos de derechos, por lo que el desarrollo de los derechos humanos en México repercutirá en el sistema jurídico de cualquier país de la región, y viceversa: cualquier ampliación de los contenidos mínimos de un derecho en otro país deberá ser reconocido en México. Las convenciones interamericanas de derechos humanos son, entonces, una caja de resonancia de los diversos sistemas normativos interamericanos, y aún más, son un eco de las obligaciones de normatividad universal en materia de derechos humanos y de las interpretaciones que de ellas derivan por parte de los organismos de vigilancia.

de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, año V, núm. 28, julio-diciembre, 2011, p. 126; Corte IDH, Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la Sentencia de la Corte IDH en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010, párrs. 10-1.

⁶³ Corte IDH, Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005, serie A, núm. 19; Corte IDH, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997, serie A, núm. 15; Corte IDH, *Caso Las Palmeras vs. Colombia (Excepciones preliminares)*, Sentencia del 4 de febrero de 2000, serie C, núm. 67.

⁶⁴ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay (Supervisión de cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013.

⁶⁵ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores...*, *supra* nota 42.

⁶⁶ Néstor Pedro Sagüés, "El control de convencionalidad como instrumentos...", *op. cit.*

⁶⁷ Algunos casos en el que ha sido revisado es en la misma sentencia que se analiza: Corte IDH, *Caso Artaivia Murillo y otros ("Fecundación in vitro")...*, *supra* nota 1; mientras que en otros casos en los que se ha aplicado el criterio emitido por otras cortes, lo podemos observar en Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239.

b) CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LAS AUTORIDADES LOCALES

Como se ha indicado, el deber de ejercer un control de convencionalidad interno por parte de las autoridades locales existe desde la entrada en vigor del tratado, a partir del deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Esta obligación interna, enfocada a medidas de carácter judicial en el ejercicio de un control de convencionalidad, se ve reforzada por el reconocimiento de dos derechos establecidos en la Convención Americana: el derecho a la protección judicial⁶⁸ y el derecho a un debido proceso (garantías judiciales),⁶⁹ en los que su aplicación interna incluye el deber de hacerlo conforme a la Convención Americana. Más aún, el criterio de interpretación a favor de la persona, establecido en el artículo 29 y que obliga a los órganos interamericanos, debe ser atendido también por las autoridades locales al aplicar la Convención Americana. Finalmente, la imposibilidad de presentar peticiones individuales ante la Comisión Interamericana sin agotar previamente los recursos de jurisdicción interna,⁷⁰ se basa en que las autoridades locales judiciales podrán brindar protección judicial de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana.

Así pues, el ejercicio de control de convencionalidad por las autoridades judiciales tiene una base convencional inscrita en los diversos tratados internacionales de derechos humanos, la cual ha sido reforzada por las decisiones de la Corte IDH en el caso del sistema interamericano. Este control de convencionalidad debe realizarse con una interpretación de todo el *corpus iuris* convencional de derechos humanos internacional, conforme a lo más favorable a la persona, y, como se ha dicho, no se limita a las disposiciones de los tratados internacionales, sino que incluye las interpretaciones que de éstas hagan los organismos de vigilancia, en virtud del mandato que, como intérprete autorizado, las mismas convenciones internacionales les ordenan. De ahí se desprende que amplían el contenido convencional.

⁶⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos..., *supra* nota 5, art. 25.1. “Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene *derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo* ante los jueces o tribunales competentes, *que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención*, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁶⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos..., *supra* nota 5, art. 8.1. “Artículo 8°. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída [...] por un juez o tribunal [...] para la determinación de sus derechos y obligaciones”.

⁷⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos..., *supra* nota 5, art. 46.1. Artículo 46. 1. “Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos...”

c) *El control de convencionalidad: una relación horizontal y una relación vertical de las autoridades judiciales y a nivel interamericano*

El ejercicio del control de convencionalidad interamericano se diseñó de manera que promueva el diálogo jurisprudencial a un mismo nivel entre los organismos interamericanos y las autoridades judiciales locales. En ese marco, la Corte Interamericana, al determinar el contenido de ciertos derechos, recurre continuamente a la forma en que los altos tribunales han decidido los mismos casos,⁷¹ y debe tender a fomentar un diálogo horizontal entre altas cortes americanas.

Si bien existe esta relación horizontal del control de convencionalidad, no cualquier interpretación de los organismos interamericanos y las autoridades judiciales locales es válida conforme a la naturaleza y fin de los instrumentos interamericanos. Esto nos lleva a concluir que hay una relación vertical, en la que existe un órgano de salida que determinará la última interpretación. Dentro de la relación entre los organismos interamericanos, la Corte IDH tiene la última determinación en los alcances y aplicación de los instrumentos interamericanos,⁷² y lo mismo sucede con las actuaciones de autoridades judiciales locales al revisar casos concretos.⁷³

d) *El control de convencionalidad: Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*

En líneas anteriores se mencionó que la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica resolvió que la fecundación *in vitro* era inconstitucional porque violentaba el derecho a la vida reconocido en la Constitución y en los tratados internacionales de los que Costa Rica es parte. En virtud de que este alto tribunal consideró en su decisión ejercer un control de convencionalidad de tres tratados internacionales en particular, la Corte IDH debió analizar si fue adecuado y resolver en consecuencia.⁷⁴

⁷¹ La Corte IDH recurrió ampliamente a la forma de decidir de los altos tribunales en la Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas...*, *supra* nota 67, notas 140, 145-146, 161-162 y 169.

⁷² Corte IDH, Control de Legalidad..., *supra* nota 63, opinión 3.

⁷³ Una de las decisiones más recientes en las que, por un lado, se felicitó por el control de convencionalidad fue en el Caso Gelman. Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay...*, *supra* nota 28, párr. 239, pero en este mismo caso cuestionó la falta de este control. Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión...*, *supra* nota 64, párr. 103.

⁷⁴ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros ("Fertilización in vitro") vs. Costa Rica...*, *supra* nota 1, párr. 171.

La Corte IDH se dispuso, por lo tanto, a determinar el contenido del derecho a la vida reconocido en el artículo 4.1 de la Convención Americana, y lo hizo a partir de cuatro métodos de interpretación, *lo cual es un indicativo para las autoridades judiciales nacionales de cómo deben realizar el control de convencionalidad interno.*

- Interpretación conforme al sentido corriente de los términos

El primer método utilizado por la Corte IDH fue el del sentido corriente de los términos.⁷⁵ Inicialmente, lo que tuvo que determinar fue el texto que sería interpretado, por lo que revisó la Convención Americana, que en el apartado de derechos humanos se refiere a las “personas” como sus titulares. En virtud de que la CADH define *persona* como “todo ser humano”,⁷⁶ el concepto por analizar es el de “ser humano”, y recurrió como su contraparte nacional a la literatura científica que debe informar los conceptos de la Convención Americana.⁷⁷ La Corte IDH identificó que en este campo del conocimiento se tenía que informar el contenido del concepto de ser humano desde el momento de la concepción, porque los avances científicos desde 1969 hasta nuestros días han sido sustanciales, en particular desde la aparición de la fertilización *in vitro*.⁷⁸

Sin embargo, la respuesta en el campo científico sobre estos temas no fue nada sencilla. La Corte IDH tuvo que elegir entre dos posturas encontradas sobre el significado que se le quiso atribuir a la palabra *concepción* en la Convención Americana. Por un lado, una postura planteó que la concepción es sinónimo de fecundación, lo que implica la unión de un óvulo con un espermatozoide, y desde ese momento se reconoce el derecho a la vida; por otro lado, se indicó que la concepción requiere, además de un óvulo fecundado, que se implante en el útero de una mujer. La Corte IDH identificó que la primera postura también incorpora en ocasiones una carga metafísica al preembrión,⁷⁹ que de seguirse impondría cierto tipo de creencias a otras personas. A partir de la información que se le presentó a la Corte IDH, ésta concluyó que la concepción sólo puede darse desde el momento

⁷⁵ *Ibid.*, párrs. 174-190.

⁷⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos..., *supra* nota 5, art. 1.2. “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

⁷⁷ La Corte IDH, sin mencionarlo expresamente en esta sección, reconoce el carácter vivo de las normas jurídicas que deben interpretarse en el contexto en que serán aplicadas.

⁷⁸ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fertilización in vitro”) vs. Costa Rica...*, *supra* nota 1, párr. 179

⁷⁹ La Corte IDH recupera el concepto de *preembrión*, que es el proceso en que el óvulo es fecundado hasta convertirse en embrión, lo que puede suceder en un plazo de entre 7 y 14 días. Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fertilización in vitro”) vs. Costa Rica...*, *supra* nota 1, párr. 184.

en que el óvulo fecundado es implantado en el cuerpo de la mujer, lo que concuerda con la definición de la palabra “concepción” en el *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua* vigente al aprobar la Convención Americana y que continúa actualmente.⁸⁰

El otro término en el que se enfocó la Corte IDH, fue fijar lo que debía entender por la frase “en general”, antes de la referencia “desde el momento de la concepción”, que fue establecido en el artículo 4° de la Convención Americana. La Corte IDH sólo destinó unas cuantas palabras para decir que “en general” implica que se permiten excepciones en las que el óvulo fecundado e implantado en el cuerpo de una mujer no sería protegido, pero al no indicarlas la CADH, la Corte IDH omitió referirse en abstracto a algunos ejemplos.⁸¹

- Interpretación sistémica e histórica

La Corte Interamericana optó por recurrir, además, a la interpretación sistémica e histórica, aunque hubiese resuelto a cabalidad con el primer método interpretativo los elementos de debate en este caso. Las razones para hacerlo pueden vislumbrarse en dos sentidos. Primero, porque la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica interpretó la Convención Americana a la luz de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, y segundo, porque a partir de este método de interpretación, la Corte IDH ha construido continuamente el *corpus iuris* de derecho internacional de derechos humanos que conforma el contenido de la Convención Americana.⁸²

Al revisar los diversos cuerpos normativos internacionales, la Corte IDH identificó que la vida prenatal no se encuentra protegida, e incluso que fue excluida de la mayor parte de los instrumentos internacionales de derechos humanos universales y regionales. Al momento de redactar la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la CADH, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el PIDCYP, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, y el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer, fue excluida cualquier referencia al reconocimiento del derecho a la vida desde el momento de la fecundación/concepción, excepto en el caso de la Convención Americana, en la que se agregó una puerta que permite excepciones.⁸³ Adicionalmente, la Corte

⁸⁰ *Ibid.*, párrs. 176-187.

⁸¹ *Ibid.*, párrs. 188-189.

⁸² *Ibid.*, párr. 192.

⁸³ *Ibid.*, párrs. 194-225, 229-232 y 243.

IDH revisó los criterios relevantes derivados de organismos internacionales de protección de derechos humanos y concluyó que ni el Comité de Derechos Humanos, ni el Comité de los Derechos del Niño extienden la protección del derecho a la vida a la vida prenatal, y más aún, el Comité para Eliminar todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ha establecido que se debe “privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación”.⁸⁴ La Corte IDH hace además referencia a diversas decisiones del sistema europeo de derechos humanos, en las que aclara que no hay una protección absoluta del derecho a la vida prenatal frente a la aplicación del aborto o del uso de técnicas de fecundación *in vitro*.⁸⁵

Una vez concluido el estudio a partir de este método de interpretación, la Corte IDH indicó que la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica se refirió a una intención distinta a la de quienes redactaron los tratados internacionales en las que sustentó su decisión, y más aún, no revisó las interpretaciones que de ellas han generado los órganos encargados de su vigilancia.⁸⁶

- Interpretación evolutiva

La interpretación evolutiva de las disposiciones de la Convención Americana es un ejercicio constante que hace la Corte IDH, al considerar la CADH como un instrumento vivo que tiene que adecuarse a la realidad de “los tiempos y las condiciones de vida actuales”. En este caso, la Corte IDH, consideró que la fecundación *in vitro* no existía en el momento de redactarse la Convención Americana.⁸⁷ Con este método, la Corte Interamericana revisó los diversos tratados internacionales y las decisiones de organismos internacionales, y concluyó que de ninguno de estos instrumentos internacionales se desprendía que el embrión fuera equiparado con un ser humano, o que tuviera derecho a la vida.⁸⁸ Adicionalmente, la Corte revisó la legislación de diversos países, en la que sólo se prohíbe la clonación humana o su uso dirigido “a una reducción embrionaria y la comercialización del material biológico”, o bien se establecen límites de embriones a ser transferidos al útero de la mujer por razones de salud, o regulaciones en relación con la criopreservación.⁸⁹

⁸⁴ *Ibid.*, párrs. 226-8 y 233.

⁸⁵ *Ibid.*, párrs. 234-242.

⁸⁶ *Ibid.*, párr. 244.

⁸⁷ *Ibid.*, párrs. 245-246.

⁸⁸ *Ibid.*, párrs. 248-254.

⁸⁹ *Ibid.*, párrs. 255-257.

- Interpretación conforme al objeto y fin del tratado

Para este tipo de interpretación, la Corte IDH consideró que la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción acepta excepciones, y que el análisis de éstas debe hacerse frente a otros derechos humanos protegidos por la Convención Americana, es decir, realizó un análisis de proporcionalidad y remitió a varias decisiones en las que se equilibra con los derechos de la mujer gestante (o madre).⁹⁰

e) *El control de convencionalidad: regulación del caso mexicano*

México ha tenido un acercamiento al control de convencionalidad desde el inicio del siglo XXI. Inicialmente, a partir del desarrollo de tesis aisladas, previas a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011,⁹¹ en las que se reconocía la importancia de realizar dicho ejercicio, y que tenían fundamento en el mandato de la Corte Interamericana para realizar el ejercicio localmente. Luego de la reforma constitucional de derechos humanos que veremos más adelante, continuaron las tesis en las que se destacó la importancia de ejercer el control de convencionalidad en el caso mexicano, y su ejercicio se vinculó al artículo 133 constitucional, en relación con lo establecido en los párrafos 1 y 2 del artículo 1° de la Constitución

⁹⁰ *Ibid.*, párrs. 259-264.

⁹¹ Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: I.4o.A.91 K, Control de convencionalidad. Debe ser ejercido por los jueces del Estado mexicano en los asuntos sometidos a su consideración, a fin de verificar que la legislación interna no contravenga el objeto y finalidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª Época, Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, tomo XXXI, marzo de 2010, p. 2927, Reg. IUS. 165074; Tesis: XI.1o.A.T.47 K, Control de convencionalidad en sede interna. Los tribunales mexicanos están obligados a ejercerlo, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª Época, Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, tomo XXXI, mayo de 2010, p. 1932, Reg. IUS: 164611.

mexicana.⁹² La reforma constitucional en comento y el asunto Varios 912/2010⁹³ resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación actuaron como un revulsivo adicional que llevó a una nueva época en la jurisprudencia mexicana⁹⁴ y promovió la generación de nuevas tesis y jurisprudencias en relación con el ejercicio del control de convencionalidad.⁹⁵ En dichas tesis, la Suprema Corte de

⁹² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: P. LXV/2011 (9ª), Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son vinculantes en sus términos cuando el Estado mexicano fue parte en el litigio, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Pleno, Libro III, diciembre de 2011, tomo 1, p. 556, Reg. IUS: 160482; Tesis: P. LXVI/2011 (9ª), Criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando el Estado mexicano no fue parte. Son orientadores para los jueces mexicanos siempre que sean más favorables a la persona en términos del artículo 1º de la Constitución Federal, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Pleno, Libro III, diciembre de 2011, tomo 1, p. 550, Reg. IUS: 160584; Tesis: P. LXIX/2011(9ª), Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Pleno, Libro III, diciembre de 2011, tomo 1, p. 552, Reg. IUS: 160525; Tesis: P.LXVIII/2011 (9ª), Parámetro para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Pleno, Libro III, diciembre de 2011, tomo 1, p. 551, Reg. IUS: 160526; Tesis: P. LXVII/2011(9ª), Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Pleno, Libro III, diciembre de 2011, tomo 1, p. 535, Reg. IUS: 160589; Tesis: I.5o.C.14 K (9ª), Control de convencionalidad y no de constitucionalidad en el amparo directo. Cuando se cuestiona la validez de una disposición de observancia general, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Quinto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, Libro VIII, mayo de 2012, tomo 2, p. 1825, Reg. IUS: 160133; Tesis: I.5o.C.15 K (9ª), Control de convencionalidad de una norma general, a través del juicio de amparo directo. Sólo es viable cuando ésta se ha aplicado en el acto reclamado o con motivo de una violación procesal, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Quinto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, Libro VIII, mayo de 2012, tomo 2, p. 1822, Reg. IUS: 160134.

⁹³ Varios 912/2010. 14 de julio de 2011, 10ª Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Libro I, octubre de 2011, tomo 1, p. 313, Reg. IUS: 23183.

⁹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acuerdo general número 9/2011, de veintinueve de agosto de dos mil once, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se determina el inicio de la 10ª época del *Semanario Judicial de la Federación*, disponible en <https://www.scjn.gob.mx/Documents/AGP_9_11-1.pdf>.

⁹⁵ Tesis: VI.1o.A.5 K (10ª), Derechos humanos. El control de convencionalidad *ex officio* que están obligados a realizar los juzgadores, no llega al extremo de analizar expresamente y en abstracto en cada resolución, todos los derechos humanos que forman parte del orden jurídico mexicano, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Sexto Circuito, Libro IV, enero de 2012, tomo 5, p. 4334, Reg. IUS: 2000084; Tesis: III.4o. (iii Región) 1 K (10ª), Control de convencionalidad difuso. Debe ejercerse de oficio por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región con Residencia en Guadalajara, Jalisco, Libro IV, enero de 2012, tomo 5, p. 4321, Reg. IUS: 2000073; Tesis: III.4o. (III Región) 5 K (10ª), Control de convencionalidad. Cómo deben ejercerlo los órganos jurisdiccionales nacionales, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región con Residencia en Guadalajara, Jalisco, Libro IV, enero de 2012, tomo 5, p. 4320, Reg. IUS: 2000072; Tesis: III.4o. (III Región) 2 K (10ª), Control constitucional y control de convencionalidad difuso. Sus características y diferencias a partir de la reforma al artículo 1º de la Constitución Federal, publica-

da en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región con Residencia en Guadalajara, Jalisco, Libro IV, enero de 2012, tomo 5, p. 4319, Reg. IUS: 2000071; Tesis: 1.9o.P.J/1 (10ª), Suplencia de la queja en los conceptos de violación o agravios de la víctima u ofendido en el juicio de amparo en materia penal. Opera conforme al control de convencionalidad (inaplicabilidad del artículo 76 bis, fracción II, de la Ley de Amparo y de las tesis 2a. CXXXVII/2002 y 1a./J. 26/2003), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Noveno Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito, Libro V, febrero de 2012, tomo 3, p. 2218, Reg. IUS: 2000290; Tesis: XVI.1o.A.T.1 K (10ª), Control de convencionalidad *ex officio*. Los Tribunales Colegiados de Circuito, en el marco de su competencia, deben efectuarlo respecto de los preceptos de la ley de amparo, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Sexto Circuito, Libro VI, marzo de 2012, tomo 2, p. 1100, Reg. IUS: 2000334; Tesis: XXIV.1o.1 K (10ª), Control de convencionalidad. Los órganos con funciones jurisdiccionales, al ejercerlo en el ámbito de sus respectivas atribuciones, deben asegurar el respeto de los derechos humanos del gobernado y suprimir aquellas prácticas que tiendan a denegarlos o limitarlos, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Cuarto Circuito, Libro X, julio de 2012, tomo 3, p. 1824, Reg. IUS: 2001089; Tesis: XXX.1o.1 A (10ª), Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Está obligado a efectuar el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Primer Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito, Libro XI, agosto de 2012, tomo 2, p. 2016, Reg. IUS: 2001535; Tesis: XXX.1o.2 K (10ª), Control de convencionalidad. Hipótesis que pueden suscitarse en su aplicación *ex officio* por las autoridades jurisdiccionales y forma en que el tribunal colegiado de circuito debe proceder en cada una de ellas, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Primer Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito, Libro XI, agosto de 2012, tomo 2, p. 1732, Reg. IUS: 2001276; Tesis: IX.2o.3 K (10ª), Control de constitucionalidad y de convencionalidad *ex officio*. Los Tribunales Colegiados de Circuito deben ejercerlo cuando, al resolver un juicio de amparo directo, adviertan que la norma en que fundó su competencia la autoridad responsable para emitir el acto reclamado es inconstitucional e inconvenional, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, Libro XI, agosto de 2012, tomo 2, p. 1707, Reg. IUS: 2001275; Tesis: 1.6o.P.19 P (10ª), Suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo penal. Si el artículo 76 bis de la ley de la materia no la prevé a favor del ofendido, es ilegal que opere, aplicando el control difuso de convencionalidad, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Sexto Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito, Libro XII, septiembre de 2012, tomo 3, p. 2071, Reg. IUS: 2001786; Tesis: 1.7o.A.7 K (10ª), Control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad. Los juzgadores, al ejercerlo, no están obligados a contestar los conceptos de impugnación que al respecto formulen las partes en los procedimientos ordinarios respectivos, dirigidos a controvertir la conformidad de una norma con los derechos humanos reconocidos por la constitución federal y los tratados internacionales, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Séptimo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, Libro XII, septiembre de 2012, tomo 3, p. 1680, Reg. IUS: 2001607; Tesis: XXVII.1o. (VIII Región) 8 K (10ª), Control de convencionalidad y constitucionalidad de normas generales aplicadas en el acto reclamado en un amparo indirecto. Es viable aunque aquéllas no hayan sido reclamadas de manera destacada o sea improcedente el juicio en su contra, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región, Libro XIII, octubre de 2012, tomo 4, p. 2413, Reg. IUS: 2001873; Tesis: IV.3o.A.11 K (10ª), Control de convencionalidad. Puede ejercerse respecto de cualquier actuación u omisión del Estado: actos y hechos, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Tercer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Cuarto Circuito, Libro XV, diciembre de 2012, tomo 2, p. 1305, Reg. IUS: 2002269; Tesis: IV.3o.A.10 K (10ª), Control de convencionalidad. Parámetros para ejercerlo en el ámbito jurisdiccional conforme a la ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en el expediente Varios 912/2010, *Semanario Judicial de la Federa-*

Justicia de la Nación en México desarrolló implícitamente el concepto de bloque de constitucionalidad,⁹⁶ que puede servir como herramienta constitucional que

ración y su Gaceta, 10ª Época, Tercer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Cuarto Circuito, Libro XV, diciembre de 2012, tomo 2, p. 1303, Reg. IUS: 2002268; Tesis: IV.3o.A.19 K (10ª), Control de convencionalidad *ex officio* en el amparo indirecto. Si se impugna la inconstitucionalidad de una ley, el juez de distrito puede aplicarlo si advierte que ésta viola algún derecho fundamental reconocido en la Constitución o en tratados internacionales, sin requerir del agraviado planteamiento expreso al respecto, pero si éste no propone dicho control, aquél no puede efectuar una declaratoria de inconventionalidad ni declarar la inaplicación de la norma, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Tercer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Cuarto Circuito, Libro XV, diciembre de 2012, tomo 2, p. 1301, Reg. IUS: 2002266; Tesis: 1a./J. 18/2012 (10ª), Control de constitucionalidad y de convencionalidad (reforma constitucional de 10 de junio de 2011), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Primera Sala, Libro XV, diciembre de 2012, tomo 1, p. 420. Reg. IUS: 2002264; Tesis: XXVII.1o. (VIII Región) 9 K (10ª), Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad. En el juicio de amparo es innecesario conceder la protección solicitada para que la autoridad jurisdiccional responsable lo efectúe, pues el órgano de amparo puede asumir tal análisis, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región, Libro XVI, enero de 2013, tomo 3, p. 2001, Reg. IUS: 2002487; Tesis: VI.3o.A. J/2 (10ª), Principio *pro homine* y control de convencionalidad. Su aplicación no implica el desconocimiento de los presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de las acciones, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Tercer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Sexto Circuito, Libro XVII, febrero de 2013, tomo 2, p. 1241, Reg. IUS: 2002861; Tesis: IV.2o.A.18 K (10ª), Control de convencionalidad. Cuando el quejoso en sus agravios del recurso de revisión haga valer la inconventionalidad de alguna de las causas de improcedencia previstas en el artículo 73 de la Ley de Amparo, el Tribunal Colegiado de Circuito debe efectuarlo, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Segundo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Cuarto Circuito, Libro XVIII, marzo de 2013, tomo 3, p. 1978, Reg. IUS: 2003004; Tesis: P. V/2013 (10ª), Control difuso de convencionalidad. La inaplicación de la norma cuya inconventionalidad se declara sólo trasciende a una inconstitucionalidad indirecta del acto reclamado al no existir la declaratoria relativa, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Pleno, Libro XVIII, marzo de 2013, tomo 1, p. 363, Reg. IUS: 2003005; Tesis: I.6o.A.5 A (10ª), Control de convencionalidad *ex officio* (control difuso). El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa puede ejercerlo, no sólo respecto de las normas que regulen su actuación, sino de todas las normas generales que le corresponda aplicar para resolver los asuntos de su competencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Sexto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, Libro XXI, junio de 2013, tomo 2, p. 1253, Reg. IUS: 2003838; Tesis: IV.2o.A.27 K (10ª), Control de convencionalidad. Es una obligación ineludible de la autoridad jurisdiccional ejercerlo, aun de oficio, cuyo incumplimiento vulnera el mandato constitucional de proteger y garantizar los derechos humanos y compromete la responsabilidad internacional del Estado mexicano en su conjunto, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Segundo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Cuarto Circuito, Libro XXIII, agosto de 2013, tomo 3, p. 1616, Reg. IUS: 2004187; Tesis: 1a.XIII/2012 (10ª), Corte Interamericana de Derechos Humanos. Efectos de sus sentencias en el ordenamiento jurídico mexicano, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Primera Sala, Libro V, febrero de 2012, tomo 1, p. 650. Reg. IUS: 2000206; Tesis: P. III/2013 (10ª), Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en asuntos donde el Estado mexicano fue parte. Para que sus criterios tengan carácter vinculante no requieren ser reiterados, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Pleno, Libro XVIII, marzo de 2013, tomo 1, p. 368, Reg. IUS: 2003156.

⁹⁶ Es de destacar que al día de hoy, la única tesis que menciona en su rubro el concepto de bloque de constitucionalidad se refiere al Estatuto de Gobierno del Distrito Federal. Tesis: P./J. 18/2007 (9ª), Estatuto

autoriza el ejercicio de control de convencionalidad y los alcances en que puede llevarse a cabo. De estas tesis se desprende que el ejercicio de los tribunales mexicanos requiere revisar las disposiciones que contienen derechos humanos en la Constitución, además de los derechos humanos de los tratados internacionales, más los criterios jurisprudenciales de las autoridades mexicanas y, por último, sumar en la integración decisiones internacionales –aunque la mayoría se refiera a las de la Corte Interamericana.

No obstante lo anterior, no podemos omitir que, recientemente, la Suprema Corte de Justicia de México añadió dos herramientas en relación intrínseca con el ejercicio de este control. Por un lado, aprobó una jurisprudencia cuyo contenido final no es muy claro,⁹⁷ pues pareciera que su sentido es indicar que, al integrar el bloque de constitucionalidad con los derechos humanos de la Constitución y los tratados internacionales, las restricciones vencerán cualquier integración, siempre a favor de la disposición constitucional.⁹⁸ La cuestión que queda en el aire es la jerarquización de las interpretaciones de disposiciones constitucionales e internacionales realizadas por los órganos terminales en cada uno de los aspectos. ¿Seguirán la suerte de lo principal?, es decir, ¿la jurisprudencia internacio-

de Gobierno del Distrito Federal. Junto con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos integra bloque de constitucionalidad en materia electoral, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª Época, Pleno, tomo XXV, mayo de 2007, p. 1641, Reg. IUS: 172524. Existen otras tesis que incluyen en su contenido el concepto de bloque de constitucionalidad, por ejemplo para determinar el derecho al mínimo vital. Tesis: I.4o.A.12 K (10ª), Derecho al mínimo vital. Concepto, alcances e interpretación por el juzgador, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, Libro XVII, febrero de 2013, tomo 2, p. 1345. Reg. IUS: 2002743; o bien para indicar el proceso para ejercer el control difuso. Tesis: I.4o.A.18 K (10ª), Control difuso. Rasgos distintivos de su ejercicio, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, Libro XX, mayo de 2013, tomo 3, p. 1762. Reg. IUS: 2003523. Por último, es importante mencionar que, a partir de la Contradicción de Tesis suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, 293/2011, es posible identificar lo que en la doctrina se ha denominado genéricamente “bloque de constitucionalidad”, y en el caso mexicano “bloque de regularidad constitucional”. Para algunos aspectos desarrollados por la doctrina, véase Rodrigo Uprimny Yepes, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2008.

⁹⁷ La jurisprudencia aún no ha sido publicada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁹⁸ Si bien en los debates del 3 de septiembre de 2013 sobre la Contradicción de Tesis suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, 293/2011, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación indicó que su voto era a favor del sentido descrito, lo hizo con la precisión de que “el tratamiento de las restricciones con base en la Constitución, en principio en el artículo 1º y de ahí a donde den, porque sí sabemos que hay otras restricciones constitucionales, pero siempre se habrán de ponderar”. Si ésta es la postura de la mayoría de las y los demás ministros de la Suprema Corte de Justicia de México, permitiría integrar la idea del bloque constitucional internacional a partir de la ponderación, disponible en <https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/03092013PO.pdf>.

nal siempre será vencida por las restricciones constitucionales, o incluso por la jurisprudencia nacional? La otra herramienta consiste en reconocer el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, independientemente de si el Estado mexicano es parte en el litigio o no.

Ahora bien, la multicitada reforma constitucional en derechos humanos del 10 de junio de 2011 introdujo en el sistema jurídico mexicano una nueva interacción entre el derecho constitucional y el internacional de los derechos humanos, al reconocer que ambos cuerpos normativos tendrán una integración total y, excepto en lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de México, las normas inferiores y actos de autoridad deberán ser leídos inicialmente conforme al contenido de ambos textos, y su interpretación será conforme a lo que sea más favorable a la persona humana. La figura de bloque de constitucionalidad en los términos expresados en líneas anteriores, y la obligación de hacer una interpretación conforme, ofrecen una herramienta constitucional a las autoridades judiciales para ejercer el control de convencionalidad, que refuerza las cláusulas de adopción de medidas judiciales establecidas en los tratados internacionales de derechos humanos, así como el mandato de la Corte Interamericana en este tema en concreto.

Si bien las dos jurisprudencias y las tesis a las que se ha hecho referencia indican un camino a seguir para el ejercicio del control de convencionalidad, las autoridades judiciales mexicanas no deben dejar de lado el ejercicio que hace la Corte Interamericana al analizar una norma o decisión interna a la luz de los instrumentos interamericanos, y tendrán que buscar una solución que les permita aplicar el texto constitucional y las jurisprudencias recién emitidas, y ejercer el control de convencionalidad como lo espera la Corte IDH, ya que se presume que existen barreras si se entiende que las restricciones constitucionales siempre prevalecerán sobre las internacionales, e incluso sobre los criterios internacionales emitidos, por ejemplo, por la Corte Interamericana.

IV. Margen de apreciación

En el presente caso (Artavia Murillo y otros), el Estado basó sus argumentaciones en dos momentos diferentes: en la teoría del margen de apreciación, en una primera ocasión lo argumentó en relación con el fondo del asunto, mientras que en la segunda se enfocó en las medidas de reparación que debe tomar en consideración esta teoría al ser diseñada. La teoría del margen de apreciación consiste en “la capacidad de maniobra que se permite a los Estados [para la] observancia

[de sus obligaciones internacionales]”.⁹⁹ En primer lugar, el Estado indicó que la Convención sobre los Derechos del Niño permite a los Estados desarrollar medidas de protección a los menores aun cuando no hayan nacido, y destacó que la única forma de evitar la aplicación de esta teoría es el consenso sobre lo que está sujeto a apreciación: “debe ser claro y evidente”, lo que no sucede en este caso al haber debates en torno al momento en que el embrión puede ser reconocido como ser humano, o con posibilidad de vida humana.¹⁰⁰ Y concluye el Estado que este margen de apreciación no debe ser opacado por la omisión legislativa en otros Estados en relación con este método de reproducción asistida.¹⁰¹

La Corte IDH no hizo precisiones sobre el margen de apreciación, pero al referirse a la interpretación evolutiva, se incluyeron algunas referencias a esta teoría desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos. En las citas se indicó un tema similar respecto a que, cuando se inicia la vida humana, está sujeta a la determinación estatal, porque no ha sido resuelta en los Estados en virtud de que hay diferentes posturas en torno a su definición científica y legal. Sin embargo, aclaró que este margen de apreciación tiene que darse en la esfera de interpretación evolutiva del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales,¹⁰² por lo que debe analizarse si en su aplicación hay un equilibrio justo entre los derechos humanos que puedan estar en contradicción.¹⁰³ Y si bien la Corte IDH señaló que no se referiría a dicho margen de apreciación,¹⁰⁴ sin duda en su análisis de interpretación evolutiva sobre las regulaciones y prácticas en torno a la fecundación *in vitro* revisó lo que podría ser el contexto en las Américas, y así limitar el margen de apreciación estatal de Costa Rica.¹⁰⁵

Sin embargo, en su análisis la Corte IDH sólo se refiere a siete de los treinta y cinco países que conforman la Organización de Estados Americanos para determinar que, en esos casos, se permiten diferentes formas de reproducción asistida, incluida la fecundación *in vitro*, y menciona que, en otro número importante de

⁹⁹ Carlos Brokmann Haro, “La doctrina del margen de apreciación como instrumento de la protección de los derechos humanos”, en *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 3, núm. 8, 2008, pp. 64-65, disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/8/art/art3.pdf>>.

¹⁰⁰ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fertilización in vitro”)*..., *supra* nota 1, párrs. 169-170.

¹⁰¹ *Ibid.*, párr. 170.

¹⁰² *Ibid.*, párrs. 237 y 240.

¹⁰³ *Ibid.*, párrs. 238-239.

¹⁰⁴ *Ibid.*, párr. 316.

¹⁰⁵ *Ibid.*, párrs. 245-246.

países (sin indicar cuáles o cuántos), dicha práctica no está prohibida.¹⁰⁶ Con esto podemos decir que el margen de apreciación se encuentra en el análisis de la Corte IDH, pero sujeto al carácter evolutivo de los instrumentos interamericanos de derechos humanos, bajo el análisis de ponderación de los derechos que se contraponen, lo cual implicaría que las autoridades judiciales, en el ámbito interno, al realizar el control de convencionalidad, deberán recurrir a los criterios de interpretación usados por la Corte IDH en este caso (Artavia Murillo y otros), y que además deberán hacerlo a la luz del derecho comparado (en particular el constitucional) para ir creando un *ius commune* interamericano e ir acotando la diferencias discriminatorias en la región respecto a la aplicación de los derechos humanos, y sólo seguir desarrollando distintas medidas que amplíen el alcance y contenido de los derechos humanos con base en este margen de apreciación.

v. No discriminación

El caso Artavia Murillo y otros presentó definiciones importantes en torno a un análisis con enfoque diferencial. Para ello decidió recurrir a la definición de no discriminación y determinar la que afectó en el presente caso, para concluir que fue de tipo indirecta, porque si bien la prohibición del método de reproducción asistida conocido como fecundación *in vitro* fue generalizada, impactó de forma desmedida en personas con una discapacidad¹⁰⁷ o condición de salud reproductiva,¹⁰⁸ y por razones de sexo, porque impidió a las mujeres a optar por este tipo de reproducción.¹⁰⁹

¹⁰⁶ *Ibid.*, párrs. 255-256.

¹⁰⁷ “[de la] Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se desprende el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva”. *Ibid.*, párr. 289.

¹⁰⁸ Se definió como enfermedad “la incapacidad de lograr un embarazo después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”. *Ibid.*, párr. 288.

¹⁰⁹ La Corte IDH incluye este tipo de discriminación en su análisis de género, lo que consideramos incorrecto porque es una función biológica la que permitiría exclusivamente a las mujeres utilizar este método de reproducción asistida para embarazarse, lo que no es posible para los hombres. Más adelante se hará referencia a la discriminación por razón de género en torno a los papeles socioculturales de paternidad o maternidad, según el caso. *Ibid.*, párrs. 286, 288-293 y 299-300, en relación con la discriminación por razón de sexo.

1. Discriminación por razones de discapacidad o por condiciones de salud

La razón por la que esta medida es discriminatoria contra personas con una discapacidad reproductiva o por una condición de salud, es porque se considera que quienes recurren a este método de reproducción asistida no han podido o no podrían reproducirse por sí mismos, por lo que la fecundación *in vitro* es su única opción, que en este caso quedó cancelada por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en vez de desarrollar medidas específicas a favor de este grupo poblacional que requiere atención diferenciada.¹¹⁰

2. Discriminación por razones de género

La Corte IDH señala que la medida que prohíbe la reproducción por el método de fecundación *in vitro* es discriminatoria por razones de género, y hace un análisis sobre las cargas sociales tanto en hombres como en mujeres en relación con la reproducción humana.¹¹¹ En este apartado, la Corte Interamericana se percibe un tanto incómoda en su análisis, primero porque confunde la discriminación por razón de género con discriminación por razón de sexo;¹¹² y segundo, porque aclara que sus elementos de análisis no buscan confirmar los estereotipos de género que imponen cargas sociales a hombres y mujeres que no pueden reproducirse.¹¹³

En el análisis que presenta la Corte Interamericana, más que referirse a esas cargas sociales, pudo resaltar el impacto personal de quienes buscan ser padre o madre biológicos: por un lado las mujeres, que deben llevar el proceso de embarazo en su útero, y que debido a las condiciones en que operan sus órganos reproductivos, les es imposible implantar un óvulo fecundado de forma natural; y, por otro lado, los hombres, que proveen los espermatozoides con los que se fecundará el óvulo, pero que por diferentes circunstancias no logran hacerlo en los órganos sexuales de su pareja.¹¹⁴ Luego se indica que, socialmente, el hombre que no puede fecundar los óvulos de una mujer siente impotencia en relación con su masculinidad y su papel de padre, mientras que a la mujer que no puede albergar en su útero un óvulo fecundado para llevar a cabo el proceso de embarazo, le genera sentimientos negativos en torno a su feminidad y su decisión de ser madre.

¹¹⁰ *Ibid.*, párrs. 314 y 293.

¹¹¹ *Ibid.*, párrs. 294 y 302.

¹¹² Véase nota *supra* 109.

¹¹³ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros ("Fertilización in vitro")...*, *supra* nota 1, párr. 302.

¹¹⁴ *Ibid.*, párr. 64.

La descripción que hace la Corte IDH en este caso para motivar su decisión se basa en opiniones y estudios sobre la carga sociocultural de tener que ser padre o ser madre, que es incompatible con lo que se busca resaltar: la imposibilidad de serlo en una relación de pareja como una decisión elegida de forma autónoma, y el impacto diferenciado que tiene en hombres y en mujeres por razones de género, tal como se hace en las conclusiones de las investigaciones del Departamento de Salud Reproductiva e Investigaciones Conexas de la Organización Mundial de la Salud que se citan en la decisión.¹¹⁵

3. Discriminación por situación económica

La prohibición de la fecundación *in vitro* tuvo un efecto diferenciado en las diversas parejas que en Costa Rica buscaron en este método la forma de reproducirse. Como se indicó, este método está permitido en diversos países del mundo con diferentes regulaciones. Las parejas en Costa Rica con recursos económicos para buscar en otros países este método de reproducción sintieron una angustia menor por la prohibición que aquellas que no tenían los medios para viajar a otros países. Y a las parejas que optaban por buscar este método de reproducción asistida, les generó estrés tener que destinar grandes cantidades de dinero para ello, pues implicaba gastos en viajes, hospedaje y alimentación en otro país, y el pago al médico(a) responsable de su tratamiento.¹¹⁶

VI. Impacto de la decisión en lo concerniente a la interrupción legal del embarazo

El presente caso (Artavia Murillo y otros) tiene un papel relevante en la forma en que la Corte Interamericana aborda el tema de derechos reproductivos, y en particular el de la interrupción del embarazo. En primer lugar, la Corte IDH descartó cualquier protección al óvulo fecundado, y dio reconocimiento legal a la aproximación científica en la que el óvulo fecundado puede tardar entre siete y 14 días en implantarse en el útero de la mujer, momento en que se da la concepción.¹¹⁷ ¿Cuál es la repercusión de esta determinación? Que las píldoras denominadas “del día siguiente” que las mujeres podrían usar para evitar quedar embarazadas no son incompatibles con el reconocimiento del derecho a la vida desde el momento de la concepción.

¹¹⁵ *Ibid.*, párr. 295.

¹¹⁶ *Ibid.*, párrs. 279 y 303-304.

¹¹⁷ *Ibid.*, párrs. 189, 184, 264 y nota al pie 278.

La Corte IDH también indicó que la protección del derecho a la vida, por lo general desde el momento de la concepción, trae en sí misma un reconocimiento de que permite excepciones.¹¹⁸ En esta ocasión, la Corte Interamericana no quiso pronunciarse sobre el alcance de dichas excepciones, porque implicaría un análisis en abstracto, pero en el contexto general de la decisión se puede presumir que la interrupción del embarazo en algunas circunstancias es convencionalmente válido.¹¹⁹

Si bien en alguna sección del fallo pareciera que la interrupción del embarazo es válida en algunas circunstancias, la construcción argumentativa de la Corte IDH en diversos apartados plantea que la decisión sobre la autonomía reproductiva es de la mujer gestante,¹²⁰ lo que abre la puerta a la consideración de que la interrupción del embarazo puede ser la más amplia posible, y sólo quedaría determinar qué entiende por protección gradual¹²¹ del producto de la concepción. Además, la Corte IDH resaltó que esta autonomía reproductiva va vinculada al acceso a los servicios de salud reproductiva que el Estado debe de proporcionar.¹²²

VII. Conclusiones

La sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Artavia y otros vs. Costa Rica* brinda herramientas interpretativas y de contenido sustantivo en derechos que deben ser consultados y utilizados por los tribunales nacionales. Los instrumentos que ofrece la sentencia se pueden desglosar de la siguiente forma. En primer lugar, muestra cómo en los tribunales nacionales se debe hacer el control de convencionalidad y cómo determinar el bloque de constitucionalidad en la forma en que el derecho interpretado es construido a partir de los tratados internacionales en dónde está reconocido, más los criterios de los organismos internacionales que velan por su cumplimiento, así como de las demás declaraciones y principios que se aprueban en diferentes organizaciones internacionales.

En adición a esta construcción del *corpus iuris* de derechos humanos (bloque de constitucionalidad), la Corte IDH también plantea a los tribunales nacionales la forma en que el derecho internacional debe ser interpretado, por ejemplo al revisar el sentido literal del dispositivo internacional, pero que debe ser completado

¹¹⁸ *Ibid.*, párrs. 188-189, 263-264.

¹¹⁹ *Ibid.*, párrs. 228, 243

¹²⁰ *Ibid.*, párrs. 143, 146, 148, 150.

¹²¹ *Ibid.*, párrs. 264.

¹²² *Ibid.*, párrs. 146-147, 150.

por los trabajos preparatorios, la adecuación a los tiempos en que se aplica la norma y el *corpus iuris* de derechos humanos.

En la construcción del *corpus iuris* de derechos humanos, la Corte Interamericana recurre también al uso de las características de interdependencia, progresividad y no discriminación de los derechos humanos, a efecto de determinar el contenido esencial del derecho y, de ahí, derivar el *corpus iuris* de derechos humanos aplicable.

El contenido sustantivo de la sentencia aborda un tema que genera amplios debates en las distintas disciplinas sociales y científicas, y se refiere al momento en que empieza la vida humana, para establecer el momento en que el derecho a la vida debe ser protegido. La razón por la que la Corte IDH tuvo que abordar este tema fue por los problemas de infertilidad de las parejas heterosexuales. Lo que la Corte Interamericana concluyó fue que la protección del derecho a la vida en el derecho internacional de los derechos humanos se inicia hasta la concepción, lo que implica que un óvulo fecundado es implantado en el útero de una mujer. Menciona, además, que esta protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción es gradual y admite excepciones, aunque no las ejemplificó. También destacó que la decisión sobre el ejercicio de los derechos reproductivos de las mujeres es exclusivamente de ellas. Y, finalmente, identificó que los problemas de salud o de discapacidad que afectan la reproducción humana tienen consecuencias diferenciadas en hombres y mujeres, que el Estado debe garantizar el derecho a la salud reproductiva de estas personas, y que debe evitar tomar medidas regresivas en su garantía.

VIII. Bibliografía

Brokmann Haro, Carlos, “La doctrina del margen de apreciación como instrumento de la protección de los derechos humanos”, en *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 3, núm. 8, 2008, disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/8/art/art3.pdf>>.

Castilla, Karlos, “Un control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, México, 2011.

Comité contra la Tortura (CAT), Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, adoptadas por el Comité en su 49º periodo de sesiones, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012.

Comité CRC, Observaciones finales sobre el informe inicial de México, adoptadas por el Comité en su 56º periodo de sesiones, CRC/C/OPSC/MEX/1 y Corr.1, 4 de febrero de 2011.

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 14 de diciembre de 1990, E/1991/23.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 de agosto de 2000. E/C.12/2000/4.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Observaciones finales sobre los informes periódicos decimosexto y decimoséptimo de México, adoptados por el Comité en su 80º periodo de sesiones, CERD/C/MEX/16-17, 6 de marzo de 2012,
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de julio de 1978, disponible en <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada en ciudad de Guatemala, Guatemala, el 7 de junio de 1999, en el vigésimo noveno periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entró en vigor el 14 septiembre 2001.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entró en vigor el 28 de febrero de 1987.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entró en vigor el 5 de marzo de 1995.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 34/180, del 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General en su Resolución A/RES/61/106, del 13 de diciembre de 2006.
- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.
- Cook, Rebecca, *et al.*, *Salud reproductiva y derechos humanos. Integración de la medicina, la ética y el derecho*, Sección 4, Bogotá, Profamilia/Oxford, 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73.
- Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154.

- _____, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 28 noviembre de 2012, serie C, núm. 257, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.
- _____, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239.
- _____, *Caso Boyce y otros vs. Barbados (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 20 de noviembre de 2007, serie C, núm. 169.
- _____, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220.
- _____, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214.
- _____, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125.
- _____, *Caso Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones)*, Sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221.
- _____, *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219.
- _____, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 1 de septiembre de 2010, serie C, núm. 217.
- _____, *Caso La Cantuta vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162, párr. 173.
- _____, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73.
- _____, *Caso Las Palmeras vs. Colombia (Excepciones preliminares)*, Sentencia del 4 de febrero de 2000, serie C, núm. 67.
- _____, *Caso Radilla Pacheco vs. México (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209.
- _____, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216.
- _____, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo)*, Sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4.
- _____, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18.*
- _____, *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre*

- Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005, serie A, núm. 19.
- _____, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, serie A, núm. 16.
- _____, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-15/97, del 14 de noviembre de 1997, serie A, núm. 15.
- _____, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989, serie A, núm. 10.
- _____, “Otros Tratados”, Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 1.
- _____, Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010, párrs. 10-11.
- Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.
- Ejecutoria: P. LXVII/2011 (9ª), “Control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos. El mecanismo relativo debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, el cual deriva del análisis sistemático de los artículos 1º y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Varios 912/2010 del 14 de julio de 2011)”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, México, Libro I, octubre de 2011, tomo 1, p. 313, Reg. IUS. 23183, párrs. 39 y 42, disponible en <https://www.scjn.gob.mx/libreria/Documents/sjf/10_I_OCT_v2.pdf>, página consultada el 4 de diciembre de 2013.
- García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, núm. 28, México, julio-diciembre de 2011, p. 126.
- Gozaíni, Osvaldo, “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”, en Susana Albanase (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, adoptado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990, en el vigésimo

periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entró en vigor el 28 de agosto de 1991.

Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotavo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.

Sagüés, Néstor Pedro, "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", en *Estudios constitucionales*, año 8, núm. 1, 201, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca.

———, "El 'control de convencionalidad' como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano", disponible en <<http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012derhumancontrolconvencionalidad/Nestor%20Sagues.pdf>>, página consultada el 23 de julio de 2013.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acuerdo general número 9/2011, de veintinueve de agosto de dos mil once, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se determina el inicio de la 10ª Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, disponible en <https://www.scjn.gob.mx/Documents/AGP_9_11-1.pdf>.

———, Tesis: I.4o.A.91 K, Control de convencionalidad. Debe ser ejercido por los jueces del Estado mexicano en los asuntos sometidos a su consideración, a fin de verificar que la legislación interna no contravenga el objeto y finalidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª Época, Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, tomo XXXI, marzo de 2010, p. 2927, Reg. IUS. 165074.

———, Tesis: 1a.XIII/2012 (10ª), Corte Interamericana de Derechos Humanos. Efectos de sus sentencias en el ordenamiento jurídico mexicano, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Primera Sala, Libro V, febrero de 2012, tomo 1, p. 650. Reg. IUS: 2000206.

———, Tesis: 1a./J. 18/2012 (10ª), Control de constitucionalidad y de convencionalidad (reforma constitucional de 10 de junio de 2011), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Primera Sala, Libro xv, diciembre de 2012, tomo 1, p. 420. Reg. IUS: 2002264.

———, Tesis: I.4o.A.12 K (10ª), Derecho al mínimo vital. Concepto, alcances e interpretación por el juzgador, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, Libro XVII, febrero de 2013, tomo 2, p. 1345. Reg. IUS: 2002743; o bien para indicar el proceso para ejercer el control difuso.

———, Tesis: I.4o.A.18 K (10ª), Control difuso. Rasgos distintivos de su ejercicio, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, Libro XX, mayo de 2013, tomo 3, p. 1762. Reg. IUS: 2003523.

- , Tesis: I.5o.C.14 K (9ª), Control de convencionalidad y no de constitucionalidad en el amparo directo. Cuando se cuestiona la validez de una disposición de observancia general, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Quinto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, Libro VIII, mayo de 2012, tomo 2, p. 1825, Reg. IUS: 160133.
- , Tesis: I.5o.C.15 K (9ª), Control de convencionalidad de una norma general, a través del juicio de amparo directo. Sólo es viable cuando ésta se ha aplicado en el acto reclamado o con motivo de una violación procesal, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Quinto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, Libro VIII, mayo de 2012, tomo 2, p. 1822, Reg. IUS: 160134.
- , Tesis: I.6o.A.5 A (10ª), Control de convencionalidad *ex officio* (control difuso). El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa puede ejercerlo, no sólo respecto de las normas que regulen su actuación, sino de todas las normas generales que le corresponda aplicar para resolver los asuntos de su competencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Sexto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, Libro XXI, junio de 2013, tomo 2, p. 1253, Reg. IUS: 2003838.
- , Tesis: I.6o.P.19 P (10ª), Suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo penal. Si el artículo 76 *bis* de la ley de la materia no la prevé a favor del ofendido, es ilegal que opere, aplicando el control difuso de convencionalidad, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Sexto Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito, Libro XII, septiembre de 2012, tomo 3, p. 2071, Reg. IUS: 2001786.
- , Tesis: I.7o.A.7 K (10ª), Control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad. Los juzgadores, al ejercerlo, no están obligados a contestar los conceptos de impugnación que al respecto formulen las partes en los procedimientos ordinarios respectivos, dirigidos a controvertir la conformidad de una norma con los derechos humanos reconocidos por la constitución federal y los tratados internacionales, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Séptimo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, Libro XII, septiembre de 2012, tomo 3, p. 1680, Reg. IUS: 2001607.
- , Tesis: I.9o.P. J/1 (10ª), Suplencia de la queja en los conceptos de violación o agravios de la víctima u ofendido en el juicio de amparo en materia penal. Opera conforme al control de convencionalidad (inaplicabilidad del artículo 76 *bis*, fracción II, de la Ley de Amparo y de las tesis 2a. CXXXVII/2002 y 1a./J. 26/2003), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Noveno Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito, Libro V, febrero de 2012, tomo 3, p. 2218, Reg. IUS: 2000290.
- , Tesis: III.4o. (III Región) 1 K (10ª), Control de convencionalidad difuso. Debe ejercerse de oficio por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región con Residencia en Guadalajara, Jalisco, Libro IV, enero de 2012, tomo 5, p. 4321, Reg. IUS: 2000073.

- , Tesis: III.4o. (III Región) 2 K (10^a), Control constitucional y control de convencionalidad difuso. Sus características y diferencias a partir de la reforma al artículo 1° de la Constitución Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10^a Época, Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región con Residencia en Guadalajara, Jalisco, Libro IV, enero de 2012, tomo 5, p. 4319, Reg. IUS: 2000071.
- , Tesis: III.4o. (III Región) 5 K (10^a), Control de convencionalidad. Cómo deben ejercerlo los órganos jurisdiccionales nacionales, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10^a Época, Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región con Residencia en Guadalajara, Jalisco, Libro IV, enero de 2012, tomo 5, p. 4320, Reg. IUS: 2000072.
- , Tesis: IV.2o.A.18 K (10^a), Control de convencionalidad. Cuando el quejoso en sus agravios del recurso de revisión haga valer la inconvencionalidad de alguna de las causas de improcedencia previstas en el artículo 73 de la Ley de Amparo, el Tribunal Colegiado de Circuito debe efectuarlo, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10^a Época, Segundo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Cuarto Circuito, Libro XVIII, marzo de 2013, tomo 3, p. 1978, Reg. IUS: 2003004.
- , Tesis: IV.2o.A.27 K (10^a), Control de convencionalidad. Es una obligación ineludible de la autoridad jurisdiccional ejercerlo, aun de oficio, cuyo incumplimiento vulnera el mandato constitucional de proteger y garantizar los derechos humanos y compromete la responsabilidad internacional del Estado mexicano en su conjunto, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10^a Época, Segundo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Cuarto Circuito, Libro XXIII, agosto de 2013, tomo 3, p. 1616, Reg. IUS: 2004187.
- , Tesis: IV.3o.A.10 K (10^a), Control de convencionalidad. Parámetros para ejercerlo en el ámbito jurisdiccional conforme a la ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en el expediente varios 912/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10^a Época, Tercer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Cuarto Circuito, Libro XV, diciembre de 2012, tomo 2, p. 1303, Reg. IUS: 2002268.
- , Tesis: IV.3o.A.11 K (10^a), Control de convencionalidad. Puede ejercerse respecto de cualquier actuación u omisión del Estado: actos y hechos, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10^a Época, Tercer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Cuarto Circuito, Libro XV, diciembre de 2012, tomo 2, p. 1305, Reg. IUS: 2002269.
- , Tesis: IV.3o.A.19 K (10^a), Control de convencionalidad *ex officio* en el amparo indirecto. Si se impugna la inconstitucionalidad de una ley, el juez de distrito puede aplicarlo si advierte que ésta viola algún derecho fundamental reconocido en la Constitución o en tratados internacionales, sin requerir del agraviado planteamiento expreso al respecto, pero si éste no propone dicho control, aquél no puede efectuar una declaratoria de inconvencionalidad ni declarar la inaplicación de la norma, *Semanario Judicial de la Federa-*

- ción y su Gaceta*, 10ª Época, Tercer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Cuarto Circuito, Libro XV, diciembre de 2012, tomo 2, p. 1301, Reg. IUS: 2002266.
- , Tesis: IX.2o.3 K (10a), Control de constitucionalidad y de convencionalidad *ex officio*. Los Tribunales Colegiados de Circuito deben ejercerlo, cuando al resolver un juicio de amparo directo adviertan que la norma en que fundó su competencia la autoridad responsable para emitir el acto reclamado es inconstitucional e inconvencional, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, Libro XI, agosto de 2012, tomo 2, p. 1707, Reg. IUS: 2001275.
- , Tesis: P.III/2013 (10ª), Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en asuntos donde el Estado mexicano fue parte. Para que sus criterios tengan carácter vinculante no requieren ser reiterados, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Pleno, Libro XVIII, marzo de 2013, tomo 1, p. 368, Reg. IUS: 2003156.
- , Tesis: P.LXIX/2011(9ª), Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Pleno, Libro III, diciembre de 2011, tomo 1, p. 552, Reg. IUS: 160525.
- , Tesis: P.LXV/2011 (9ª), Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son vinculantes en sus términos cuando el Estado mexicano fue parte en el litigio, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Pleno, Libro III, diciembre de 2011, tomo 1, p. 556, Reg. IUS: 160482.
- , Tesis: P.LXVI/2011 (9ª), Criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando el Estado mexicano no fue parte. Son orientadores para los jueces mexicanos siempre que sean más favorables a la persona en términos del artículo 1º de la Constitución Federal, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Pleno, Libro III, diciembre de 2011, tomo 1, p. 550, Reg. IUS: 160584.
- , Tesis: P.LXVII/2011(9ª), Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Pleno, Libro III, diciembre de 2011, tomo 1, p. 535, Reg. IUS: 160589.
- , Tesis: P.LXVIII/2011 (9ª), Parámetro para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Pleno, Libro III, diciembre de 2011, tomo 1, p. 551, Reg. IUS: 160526.
- , Tesis: P. v/2013 (10ª), Control difuso de convencionalidad. La inaplicación de la norma cuya inconvencionalidad se declara sólo trasciende a una inconstitucionalidad indirecta del acto reclamado al no existir la declaratoria relativa, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Pleno, Libro XVIII, marzo de 2013, tomo 1, p. 363, Reg. IUS: 2003005.
- , Tesis: P./J. 18/2007 (9ª), Estatuto de Gobierno del Distrito Federal. Junto con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos integra bloque de constituciona-

- lidad en materia electoral, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª Época, Pleno, tomo XXV, mayo de 2007, p. 1641, Reg. IUS: 172524.
- , Tesis: VI.1o.A.5 K (10ª), Derechos humanos. El control de convencionalidad *ex officio* que están obligados a realizar los juzgadores, no llega al extremo de analizar expresamente y en abstracto en cada resolución, todos los derechos humanos que forman parte del orden jurídico mexicano, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Sexto Circuito, Libro IV, enero de 2012, tomo 5, p. 4334, Reg. IUS: 2000084.
- , Tesis: VI.3o.A. J/2 (10ª), Principio *pro homine* y control de convencionalidad. Su aplicación no implica el desconocimiento de los presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de las acciones, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Tercer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Sexto Circuito, Libro XVII, febrero de 2013, tomo 2, p. 1241, Reg. IUS: 2002861.
- , Tesis: XI.1o.A.T.47 K, Control de convencionalidad en sede interna. Los tribunales mexicanos están obligados a ejercerlo, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª Época, Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, tomo XXXI, mayo de 2010, p. 1932, Reg. IUS: 164611.
- , Tesis: XVI.1o.A.T.1 K (10ª), Control de convencionalidad *ex officio*. Los Tribunales Colegiados de Circuito, en el marco de su competencia, deben efectuarlo respecto de los preceptos de la Ley de Amparo, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Sexto Circuito, Libro VI, marzo de 2012, tomo 2, p. 1100, Reg. IUS: 2000334.
- , Tesis: XXIV.1o.1 K (10ª), Control de convencionalidad. Los órganos con funciones jurisdiccionales, al ejercerlo en el ámbito de sus respectivas atribuciones, deben asegurar el respeto de los derechos humanos del gobernado y suprimir aquellas prácticas que tiendan a denegarlos o limitarlos, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Cuarto Circuito, Libro X, julio de 2012, tomo 3, p. 1824, Reg. IUS: 2001089.
- , Tesis: XXVII.1o. (VIII Región) 8 K (10ª), Control de convencionalidad y constitucionalidad de normas generales aplicadas en el acto reclamado en un amparo indirecto. Es viable aunque aquéllas no hayan sido reclamadas de manera destacada o sea improcedente el juicio en su contra, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región, Libro XIII, octubre de 2012, tomo 4, p. 2413, Reg. IUS: 2001873.
- , Tesis: XXVII.1o. (VIII Región) 9 K (10ª), Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad. En el juicio de amparo es innecesario conceder la protección solicitada para que la autoridad jurisdiccional responsable lo efectúe, pues el órgano de amparo puede asumir tal análisis, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región, Libro XVI, enero de 2013, tomo 3, p. 2001, Reg. IUS: 2002487.

- , Tesis: xxx.1o.1 A (10^a), Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Está obligado a efectuar el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10^a Época, Primer Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito, Libro XI, agosto de 2012, tomo 2, p. 2016, Reg. IUS: 2001535.
- , Tesis: xxx.1o.2 K (10^a), Control de convencionalidad. Hipótesis que pueden suscitarse en su aplicación *ex officio* por las autoridades jurisdiccionales y forma en que el tribunal colegiado de circuito debe proceder en cada una de ellas, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10^a Época, Primer Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito, Libro XI, agosto de 2012, tomo 2, p. 1732, Reg. IUS: 2001276.
- , Varios 912/2010. 14 de julio de 2011, 10^a Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Libro I, octubre de 2011, tomo 1, p. 313, Reg. IUS: 23183.
- Uprimny Yepes, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2008.
- Vázquez, Luis Daniel, y Sandra Serrano, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, disponible en <http://www.conatrib.org.mx/html/Paneles/Paneles/PanelIV_PrincipiosUniversalidad_Interdependencia_IndivisibilidadProgresividad_SandraSerranoDanielVazquez.pdf> página consultada el 25 de julio de 2013.

INVESTIGACIÓN

¿Qué derechos laborales tienen los trabajadores informales del servicio de limpia en la ciudad de México?: el caso de los trabajadores voluntarios y pepenadores

Tania Espinosa Sánchez *

* Maestra en estudios legales internacionales por The Fletcher School of Law and Diplomacy. Especialista en derechos humanos.

Resumen

El presente artículo tiene por objetivo demostrar que el servicio de limpia es un servicio público cuya realización corresponde al Gobierno del Distrito Federal y a las delegaciones. Posteriormente, se establece de manera específica quiénes son las autoridades encargadas de la prestación de dicho servicio de acuerdo con la ley, y se contrasta la realidad de *jure* con la realidad *de facto*, evidenciando que hay trabajadores de la economía informal en varias de sus etapas. Más adelante se establecen los derechos laborales de los trabajadores del servicio público de limpia, de acuerdo con el derecho mexicano e internacional, y se visibiliza la violación del derecho al trabajo en la que el gobierno incurre como empleador respecto a los trabajadores voluntarios y pepenadores. Ambos carecen de reconocimiento como tales y de derechos laborales, y subsisten mediante el reciclaje informal.

Palabras clave: pepenadores, trabajo informal, derechos laborales, servicio público de limpia, reciclaje informal, recolección de basura, trabajo decente, economía informal, discriminación laboral, igualdad ante la ley.

Abstract

This article aims to demonstrate that the waste management is a public service whose realization corresponds to the Mexico City's Government and Delegations. Later it is stated what authorities are specifically responsible for the provision of the service, according to the law. The law is contrasted with the daily practice, evidencing the existence of informal economy workers in several stages. Additionally the article establishes the labor rights of waste management public service workers, according to Mexican and international law, making visible the violation of the right to work of voluntary workers and scavengers, in which the government incurs as an employer. Both lack of recognition as workers and labor rights, subsisting through informal recycling.

Key words: Waste pickers, informal work, labor rights, waste management, informal recycling, garbage collection, decent work, informal economy, employment discrimination, equality before the law, dumps.

Sumario

I. Introducción; II. Marco normativo del servicio público de limpia del Distrito Federal; III. ¿En qué consiste el servicio público de limpia y quién participa en cada una de sus etapas?; IV. ¿Cuáles son los derechos laborales de los trabajadores del servicio público de limpia?; V. El acceso al derecho al trabajo en condiciones de igualdad y no discriminación; VI. Conclusión y VII. Bibliografía.

I. Introducción

La limpieza de la ciudad de México es una necesidad colectiva. A través de entrevistas con habitantes de las colonias Guerrero, Morelos, Tlatelolco, Atlampa, Peralvillo y Santa María Insurgentes, se conoció su inconformidad respecto al servicio público de recolección de residuos. A partir de ello se realizó un trabajo de observación de su funcionamiento y se contrastó el marco jurídico que lo regula.

Del análisis jurídico expuesto en el presente trabajo, se desprende que la ley y los programas en la materia establecen claramente las autoridades que deben encargarse del servicio, las etapas que lo componen, la infraestructura con que se cuenta y el personal que debe ser contratado para su operación. Si bien no se trata de un problema normativo, la eficiencia del servicio es consecuencia, en parte, del incumplimiento de la ley en lo referente a la contratación de personal suficiente.

La intervención de trabajadores informales para dar cumplimiento a la planeación gubernamental, que realizan labores que corresponden al gobierno, pero que obtienen sus ganancias mediante un sistema económico informal, evidencia la falta de control del gobierno respecto de sus funciones, pero principalmente la mano de obra gratuita que subsiste a partir de la selección de materiales reciclables extraídos de los residuos sólidos, y su comercio informal con líderes gremiales, intermediarios y empresas.

En el presente escrito se busca determinar si estos recicladores informales, coloquialmente denominados *trabajadores voluntarios y pepenadores*, realizan un servicio público que se debe reconocer, garantizándoles condiciones decentes de trabajo, como las que gozan los trabajadores del servicio público de limpia contratados por el Gobierno del Distrito Federal.

Para llegar a las conclusiones se analiza la normatividad del servicio público de limpia de la ciudad de México y el marco jurídico laboral incluido en el derecho interno e internacional. Se destaca que, al realizar esta investigación, se encontró

escasa doctrina e información pública correspondiente al número de trabajadores informales en el servicio público de limpia y sus condiciones laborales. Sirva este esfuerzo como contribución al tema y como invitación al estudio y desarrollo de sus diversas aristas.

II. Marco normativo del servicio público de limpia en el Distrito Federal

1. Regulación del servicio público de limpia

La Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal define *servicio público* como “la actividad organizada que realice o concesione la administración pública conforme a las disposiciones jurídicas vigentes en el Distrito Federal, con el fin de satisfacer en forma continua, uniforme, regular y permanente, necesidades de carácter colectivo”.¹ En ese sentido, el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal señala que sus habitantes tienen derecho a la prestación de servicios públicos,² la cual estará a cargo de la administración pública del Distrito Federal.³

Particularmente, la realización del servicio público de limpia en la ciudad requiere una labor mixta que corresponde a las delegaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 115.III de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, y al Gobierno del Distrito Federal, según el artículo 7.VI de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. El Gobierno de la ciudad tiene la facultad y obligación de prestar este servicio por sí mismo o a través de gestores.⁴

¹ Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 29 de diciembre de 1998, artículo 3.XIV.

² Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de enero de 2013, artículo 17.II.

³ *Ibid.*, artículo 93.

⁴ Ley de Residuos Sólidos del Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 22 de abril de 2003, artículo 10.IV, que define como residuos urbanos aquellos generados en casa habitación, unidad habitacional o similares que resultan de la eliminación de los materiales que utilizan en sus actividades domésticas, de los productos que consumen y de sus envases, empaques, los provenientes de cualquier actividad que genere residuos sólidos con características domiciliarias y los resultantes de la limpieza de las vías públicas y áreas comunes, siempre que no estén considerados por la ley como residuos de manejo especial.

2. ¿Quiénes son las autoridades encargadas de la prestación del servicio público de limpia en el Distrito Federal?

La Ley de Residuos Sólidos del Distrito Federal tiene por objeto regular la gestión integral de los residuos sólidos no peligrosos y la prestación del servicio público de limpia.⁵ El jefe de Gobierno del Distrito Federal tiene la facultad de prestar dicho servicio a través de las entidades, dependencias y órganos que señale la ley.⁶

Esa facultad la ejerce la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal, en sus etapas de barrido y recolección en vías primarias, transferencia, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos.⁷ También le corresponde organizar, operar y mantener las estaciones de transferencia, plantas de selección y tratamiento, y sitios para la disposición final de los residuos sólidos, con base en el Programa de Gestión Integral de los Residuos Sólidos (PGIRS).⁸

A las delegaciones les corresponde la prestación del servicio público de limpia en sus etapas de barrido de las áreas comunes y vialidades secundarias, la recolección de los residuos sólidos, su transporte a las estaciones de transferencia, plantas de tratamiento y selección, y a sitios de disposición final.⁹

Para ello, la administración pública delegacional organizará administrativamente el servicio público de limpia dentro de su territorio, nombrará al personal necesario y proporcionará los elementos, equipos, útiles y, en general, todo el material indispensable para la prestación del servicio.¹⁰ Asimismo, serán las delegaciones las que sancionen el incumplimiento de la Ley de Residuos Sólidos del Distrito Federal.¹¹

Al ser responsabilidad de los jefes delegacionales la prestación del servicio público de limpia dentro de su jurisdicción territorial,¹² es su deber la realización de recorridos periódicos en su demarcación para verificar cómo y en qué condiciones se está prestando dicho servicio.¹³

⁵ *Ibid.*, artículo 1°.

⁶ *Ibid.*, artículo 5.1.

⁷ *Ibid.*, artículo 7.I. También véase Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 29 de diciembre de 1998, artículo 27.1.

⁸ Ley de Residuos Sólidos del Distrito Federal, artículo 7.VIII.

⁹ *Ibid.*, artículo 10.II.

¹⁰ *Ibid.*, artículo 10.VII.

¹¹ *Ibid.*, artículo 10.XIV.

¹² Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de enero de 2013, artículo 117.

¹³ *Ibid.*, artículo 113.

De manera conjunta, la Secretaría de Obras y Servicios y las delegaciones políticas ejecutarán y evaluarán los programas correspondientes a la prestación de los servicios de limpia con base en el PGIRS, la Ley de Residuos Sólidos del Distrito Federal, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables.¹⁴

3. ¿La ley reconoce a los pepenadores como trabajadores del Gobierno del Distrito Federal?

a) LEY DE RESIDUOS SÓLIDOS DEL DISTRITO FEDERAL Y SU REGLAMENTO

La Ley de Residuos Sólidos del Distrito Federal castiga la práctica de la pepena, al establecer que queda prohibido “por cualquier motivo”, pepenar los residuos sólidos de los recipientes que se encuentran instalados en la vía pública y dentro de los sitios de disposición final y sus alrededores.¹⁵

En caso de infringirse esta regla, la Secretaría de Obras y Servicios y las delegaciones son las encargadas de sancionar.¹⁶ La sanción es la amonestación y una multa de 10 a 150 días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, en caso de reincidencia.¹⁷

Esta prohibición no considera la pepena en las plantas de selección y tratamiento, que son el principal lugar de trabajo de los pepenadores, aunque la planta Bordo Poniente se encuentra en el sitio de disposición final. Tampoco incluye la prepepena de barrenderos y recolectores en el camión de la basura.

b) PROGRAMA DE GESTIÓN INTEGRAL DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS (PGIRS)

Con la finalidad de contribuir al cumplimiento de la Ley de Residuos Sólidos del Distrito Federal, el 13 de septiembre de 2010 se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el Acuerdo por el que se Aprueba y Expide el PGIRS¹⁸ firmado por

¹⁴ Ley de Residuos Sólidos del Distrito Federal, artículo 12.

¹⁵ *Ibid.*, artículo 25.

¹⁶ *Ibid.*, artículo 25.v. También véase Reglamento de la Ley de Residuos Sólidos del Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 7 de octubre de 2008, artículo 101.II.a y 101.III.a.

¹⁷ Reglamento de la Ley de Residuos Sólidos del Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 7 de octubre de 2008, artículos 101.II.a, 101.II.b, 101.III.a, 101.III.d.

¹⁸ Acuerdo por el que se Aprueba y Expide el Programa de Gestión Integral de Residuos Sólidos para el Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 3 de septiembre de 2010, pp. 3-69.

el jefe de Gobierno del Distrito Federal. Para su elaboración se formó un grupo de trabajo encabezado por la Secretaría del Medio Ambiente del Distrito Federal e integrado por representantes del Centro Interdisciplinario de Investigaciones y Estudios sobre Medio Ambiente y por la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Dicho grupo desarrolló mesas de trabajo con representantes de las 16 delegaciones políticas del Distrito Federal.

Este Programa integra los lineamientos, acciones y metas en materia de prestación del servicio público de limpia. De igual forma, señala que un porcentaje de los residuos sólidos recolectados en la etapa de barrido y recolección tiene su destino en la “prepepena”¹⁹ e indica que las plantas de selección y tratamiento son propiedad del Gobierno del Distrito Federal, administradas y mantenidas por la Dirección General de Servicios Urbanos, y operadas por los gremios de selectores.²⁰

Entre los objetivos establecidos por el PGIRS está reorganizar la operación de dichas plantas, mediante el establecimiento de acuerdos con el gremio de pepenadores que realiza la separación.²¹ Adicionalmente, señala el diseño de un subprograma de reciclaje que considere la participación del sindicato de trabajadores y de los pepenadores.²²

En el apartado denominado “Coordinación institucional” establece que, además de las actuaciones de diversos organismos en materia de residuos sólidos, se debe sumar la actuación “del gremio de selectores (pepenadores), quienes deben incidir en una de las fases más importantes de la gestión integral de los residuos sólidos, como es la recolección separada en dos fracciones”.²³

Más adelante, en el apartado destinado al establecimiento de acuerdos, se asienta textualmente lo siguiente:

La participación del Sindicato Único de Trabajadores del Gobierno del Distrito Federal encargado del Servicio Público de Limpia y del gremio de selectores en la cadena de manejo de los residuos sólidos, debe realizarse bajo esquemas en los que se determine claramente su actuación y la coordinación que deben tener con las autoridades

¹⁹ *Ibid.*, p. 19.

²⁰ *Ibid.*, p. 24.

²¹ *Ibid.*, p. 52.

²² *Ibid.*, p. 58.

²³ *Ibid.*, p. 62.

responsables en la gestión integral de los residuos sólidos, debido a que ellos juegan un papel primordial en la separación y recolección selectiva de los residuos sólidos.²⁴

Finalmente, es de destacarse que el PGIRS apunta los siguientes objetivo y meta:

Objetivo: “Establecer un esquema de coordinación entre las autoridades, el sindicato y el gremio de selectores, que permita incidir en el cumplimiento de las estrategias de separación de los residuos sólidos”.²⁵

Meta: “Desarrollar acciones coordinadas con el Sindicato Único de Trabajadores del Gobierno del Distrito Federal encargado del Servicio Público de Limpia y el gremio de selectores, en materia de recolección y separación de los residuos conforme a sus ámbitos de actuación en el flujo de los residuos, desde su generación hasta su aprovechamiento o disposición final”.²⁶

La ley no reconoce a los trabajadores voluntarios ni a los pepenadores como trabajadores del gobierno. Sin embargo, de lo establecido en el PGIRS se desprende que la autoridad tiene conocimiento de la prepepena en una etapa temprana del servicio de limpia (barrido y recolección), sabe que la operación de sus plantas de selección y tratamiento la realizan los pepenadores, reconoce el poder político del grupo al establecer acuerdos con ellos en vez de únicamente dar instrucciones, planea la participación de los pepenadores en futuros programas, y busca la coordinación de los pepenadores con las autoridades y con el Sindicato de los Trabajadores de Limpia del Gobierno del Distrito Federal.

III. ¿En qué consiste el servicio público de limpia y quién participa en cada una de sus etapas?

El proceso que sigue el servicio público de limpia incluye diversas etapas,²⁷ que van desde la generación de residuos, barrido, recolección, transporte a estaciones de transferencia, a plantas de selección y tratamiento, a plantas de composta, hasta llegar a su destino final en el relleno sanitario.

²⁴ *Ibid.*, p. 63.

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem.*

²⁷ Ley de Residuos Sólidos del Distrito Federal, artículo 36.

1. Generación de residuos

La propiedad y responsabilidad de los residuos sólidos corresponde al generador, y de acuerdo con la ley, únicamente se puede transferir a la Secretaría de Obras, a la delegación o a las personas físicas o morales autorizadas, al momento de depositar los residuos en los contenedores dispuestos para tal efecto o al entregarlos al servicio de limpia y recolección.²⁸

2. Barrido

El barrido puede ser mecánico o manual, dependiendo del área que se pretenda limpiar.²⁹ A continuación abundaremos en el barrido manual.

a) BARRIDO MANUAL POR PARTE DE LA SECRETARÍA DE OBRAS Y SERVICIOS DEL DISTRITO FEDERAL

Se realiza diariamente, a través de la Dirección General de Servicios Urbanos, en 26 vialidades primarias. Para ello se cuenta con 1 200 trabajadores aproximadamente y 96 vehículos de recolección que se distribuyen en cinco zonas de la ciudad. Los residuos recolectados en las jornadas de barrido nocturno son transportados y depositados en las estaciones de transferencia ubicadas en Álvaro Obregón, Azcapotzalco, Central de Abasto, Coyoacán, Cuauhtémoc, Gustavo A. Madero, Miguel Hidalgo y Venustiano Carranza.³⁰

b) BARRIDO MANUAL DELEGACIONAL

Las delegaciones emplean en mayor proporción el barrido manual en áreas comunes y vialidades secundarias.³¹ Para la prestación del servicio en las calles, cuentan con una plantilla de personal operativo de 9 661 trabajadores y con 7 827 carros para esa actividad. Según establece el PGIRS, el tamaño de la cuadrilla

²⁸ *Ibid.*, artículo 21.

²⁹ Acuerdo por el que se Aprueba y Expide el Programa de Gestión Integral de Residuos Sólidos para el Distrito Federal, *op. cit.*, apartado 2.5, p. 21. También véase Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, artículo 39. XXVII.

³⁰ Acuerdo por el que se Aprueba y Expide el Programa de Gestión Integral de Residuos Sólidos para el Distrito Federal, *op. cit.*, apartado 2.5.2, p. 21.

³¹ Ley de Residuos Sólidos del Distrito Federal, artículo 10.II.

(grupo de trabajadores asignados) dependerá del área por limpiar y de la cantidad de residuos por recolectar. De igual forma, a los trabajadores encargados del barrido manual se les asigna un camión recolector y un supervisor para controlar el trabajo.³²

Además de los barrenderos de base (contratados por el gobierno) y los eventuales (también contratados por el gobierno, pero temporalmente), se estima que hay 3 000 barrenderos voluntarios que compran o rentan sus carros o tambos para trabajar.³³ Los ingresos de estos trabajadores corresponden a la venta de los productos obtenidos de la prepepena que realizan de los residuos recolectados y no tienen prestaciones sociales.

En contraste, los trabajadores contratados reciben entre 2 300 y 2 600 pesos, vacaciones, aguinaldo, seguridad social, guantes, zapatos y ropa para la lluvia.³⁴

3. Recolección

La recolección de residuos sólidos en vías primarias corresponde a la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Federal, mientras que en áreas comunes y vías secundarias es responsabilidad de las 16 delegaciones, lo mismo que su posterior transporte a las estaciones de transferencia. En conjunto, dichas delegaciones recolectan 10 760 toneladas al día. Este servicio se lleva a cabo en 1 730 rutas con 2 485 vehículos que cubren en su recorrido 1 633 colonias.³⁵

En cada vehículo trabajan el chofer más uno o dos ayudantes, que son contratados por el Gobierno del Distrito Federal, y dos o tres voluntarios. Además de los 2 485 choferes de cada vehículo y los 3 400 ayudantes, se estima que hay 4 000

³² Acuerdo por el que se Aprueba y Expide el Programa de Gestión Integral de Residuos Sólidos para el Distrito Federal, *op. cit.*, p. 22.

³³ Christine Wamsler, *El sector informal en la separación del material reciclable de los residuos sólidos municipales en el Estado de México*, México, Secretaría de Ecología-Dirección General de Normatividad y Apoyo Técnico, agosto de 2000, p. 19, disponible en <<http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd27/sector.pdf>>, página consultada el 26 de abril de 2013. También véase Sindicato Único de Trabajadores del Gobierno del Distrito Federal, Sección 1, “Limpia y transportes”, que establece que hay, aproximadamente, 6 000 trabajadores voluntarios, sin que se especifique cuántos están en el barrido y la recolección, disponible en <http://www.sutgdf.org.mx/Seccion-1_Ids_23.html>, página consultada el 26 de abril de 2013.

³⁴ “La barrendera”, en *El Universal*, México, 29 de agosto de 2011, disponible en <<http://www.eluniversal.com.mx/ciudad/107737.html>>, página consultada el 26 de abril de 2013.

³⁵ Acuerdo por el que se Aprueba y Expide el Programa de Gestión Integral de Residuos Sólidos para el Distrito Federal, *op. cit.*, p. 22.

voluntarios.³⁶ Estos trabajadores no son reconocidos por el PGIRS, pero según información de la Sección 1 del Sindicato de Trabajadores, el número de trabajadores voluntarios asciende a 6 000, sin especificar cuántos se dedican al barrido y cuántos a la recolección.³⁷

Los voluntarios reciben los residuos que los ciudadanos llevan al camión de la basura a lo largo de la ruta asignada de recolección, y toman las propinas que los usuarios les dan. En el interior del vehículo se realiza la prepepena, que es la selección y separación de residuos para posteriormente acomodarlos en sacos y pacas que se colocan en los costados y toldo del camión.³⁸

Los materiales reciclables son conocidos como *subproductos* y se venden a un centro de acopio o a intermediarios, que generalmente son empleados de los líderes de pepenadores. Es el chofer del camión quien distribuye los ingresos obtenidos de las propinas y las ventas de materiales recuperados. Generalmente, 50% se divide en partes iguales para los ayudantes (contratados y voluntarios) y el restante 50% es para el chofer.³⁹ El ingreso varía dependiendo de la ruta asignada y el tipo de residuos que se recolecten.⁴⁰

4. Estaciones de transferencia

El Gobierno del Distrito Federal cuenta con 13 estaciones de transferencia.⁴¹ El servicio se encuentra subcontratado por la Dirección General de Servicios Urbanos,⁴² es decir, a cargo de empresas privadas que cuentan con sus propios trabajadores y que tienen un horario de trabajo, sueldo fijo de aproximadamente 3 200 pesos mensuales, más prestaciones laborales que establece la ley.⁴³

³⁶ Christine Wamsler, *op. cit.*, p. 20.

³⁷ Sindicato Único de Trabajadores del Gobierno del Distrito Federal, Sección 1, "Limpia y transportes", *op. cit.*

³⁸ Christine Wamsler, *op. cit.*, p. 21.

³⁹ *Ibid.*, pp. 21 y 22.

⁴⁰ "El del camión", en *El Universal*, México, 29 de agosto de 2011, disponible en <<http://www.eluniversal.com.mx/ciudad/107738.html>>, página consultada el 26 de abril de 2013.

⁴¹ Éstas se encuentran en Álvaro Obregón, Azcapotzalco, Benito Juárez, Iztapalapa I (Iztacalco y Central de Abastos), Iztapalapa II, Coyoacán, Cuauhtémoc, Gustavo A. Madero, Miguel Hidalgo, Milpa Alta, Tlalpan, Venustiano Carranza y Xochimilco, según lo establece el Acuerdo por el que se Aprueba y Expide el Programa de Gestión Integral de Residuos Sólidos para el Distrito Federal, *op. cit.*, pp. 22 y 23.

⁴² *Ibid.*, p. 24.

⁴³ "La del Centro de Transferencia", en *El Universal*, México, 29 de agosto de 2011, disponible en <<http://www.eluniversal.com.mx/ciudad/107739.html>>, página consultada el 26 de abril de 2013.

En el centro de transferencia los residuos se separan en orgánicos e inorgánicos y se trasladan a las tres plantas de selección y tratamiento (inorgánicos) y a la planta de composta del Bordo poniente (orgánicos).

5. Plantas de selección y tratamiento

Estas plantas son propiedad del Gobierno del Distrito Federal y su administración y mantenimiento se encuentra a cargo de la Dirección General de Servicios Urbanos de la Secretaría de Obras y Servicios. Su operación la llevan a cabo “los gremios de selectores”,⁴⁴ que se refiere a las tres asociaciones de pepenadores que existen en el Distrito Federal, cuyos líderes son también encargados de las tres plantas de selección y tratamiento de residuos de la ciudad de México, que a continuación se describen.

a) PLANTA DE SANTA CATARINA

La encargada es Guillermina de la Torre, viuda de Rafael Gutiérrez Moreno, el *Zar de la Basura*. La asociación que dirige se llama Unión de Pepenadores del Distrito Federal Rafael Gutiérrez Moreno, que cuenta con 2400 miembros.⁴⁵

b) PLANTA DE SAN JUAN DE ARAGÓN

El encargado es Luis Rojas y dirige la Asociación de Selectores de Desechos Sólidos de la Metrópoli.⁴⁶

⁴⁴ Acuerdo por el que se Aprueba y Expide el Programa de Gestión Integral de Residuos Sólidos para el Distrito Federal, *op. cit.*, apartado 2.8, p. 24.

⁴⁵ Ernesto Osorio, “Arman ‘emporio’ de basura en el oriente”, en *Reforma*, México, 6 de junio de 2011, disponible en <<http://www.reforma.com/ciudad/articulo/610/1219540/>>, página consultada el 5 de junio de 2013.

⁴⁶ “El pepenador: una prueba a la resistencia”, en *El Universal*, México, 29 de agosto de 2011, disponible en <<http://www.eluniversal.com.mx/ciudad/107740.html>>, página consultada el 26 de abril de 2013.

c) PLANTA BORDO PONIENTE

El encargado es Pablo Téllez Falcón y dirige el Frente Único de Pepenadores, integrado por 1 000 asociados.⁴⁷ Hay 1 500 trabajadores en la planta.⁴⁸

Aproximadamente, ingresan 4 627 toneladas al día de residuos sólidos a las tres plantas, de las cuales se recuperan 295.⁴⁹ Según la ley, se deberá contar con personal suficiente,⁵⁰ previamente capacitado, para reconocer la peligrosidad y riesgo de los residuos que manejan y darles un manejo seguro y ambientalmente adecuado.⁵¹ Adicionalmente, el personal que labore en las plantas de selección y tratamiento debe ser acreditado por la Secretaría de Obras y Servicios.⁵² Contradictoriamente, uno de los objetivos del PGIRS es reorganizar la operación de las plantas de selección mediante acuerdos con el gremio de pepenadores que realiza la separación.

Los pepenadores, trabajadores de las plantas, no tienen un sueldo fijo ni prestaciones de ley. El salario depende de los residuos que junten entre los compañeros de cuadrilla. El líder coloca los materiales en el mercado y reparte las ganancias entre los pepenadores. Aproximadamente ganan entre 800 y 1 000 pesos a la semana. Muchas personas se enferman y se van, y los hijos de los pepenadores (menores de edad) también trabajan en las bandas.⁵³

6. Plantas de composta

En las plantas de composta se depositan los residuos sólidos orgánicos, es decir, los no susceptibles de reutilización. En el Distrito Federal hay seis plantas de composta.⁵⁴ El presente trabajo se enfoca en los residuos sólidos inorgánicos, por lo que no se profundizará más en este punto.

⁴⁷ Thelma Gómez, “No vamos a dejar que cierren Bordo Poniente”, en *El Universal*, México, 30 de agosto de 2011, disponible en <<http://www.eluniversal.com.mx/ciudad/107766.html>>, página consultada el 26 de abril de 2013.

⁴⁸ Johana Robles, “Buscan mantener la pepena”, en *El Universal*, México, 19 de diciembre de 2011, disponible en <<http://www.eluniversal.com.mx/ciudad/109427.html>>, página consultada el 26 de abril de 2013.

⁴⁹ Acuerdo por el que se Aprueba y Expide el Programa de Gestión Integral de Residuos Sólidos para el Distrito Federal, *op. cit.*, apartado 3.5.3, p. 52.

⁵⁰ Ley de Residuos Sólidos del Distrito Federal, artículo 43.

⁵¹ *Ibid.*, artículo 45.

⁵² *Ibid.*, artículo 47.

⁵³ “El pepenador: una prueba a la resistencia”, *op. cit.*

⁵⁴ Se ubican en Bordo Poniente, Álvaro Obregón, Cuajimalpa, Iztapalapa, Milpa Alta y Xochimilco, según el Acuerdo por el que se Aprueba y Expide el Programa de Gestión Integral..., *op. cit.*, apartado 2.8.2, p. 25.

7. Disposición final

La ciudad de México contaba con un único relleno sanitario denominado “Bordo Poniente”. La IV etapa del Bordo Poniente se cerró el 31 de diciembre de 2011 y con ello dejó de recibir los residuos sólidos. En el mismo lugar se encuentra el centro de selección y tratamiento Bordo Poniente –descrito en el apartado anterior–, por lo que el cierre del Bordo afectó a los pepenadores. Como resultado de una negociación, el Gobierno del Distrito Federal declaró que la planta de selección ubicada en el lugar seguiría operando después del cierre.⁵⁵

Cabe señalar que la ley prohíbe la selección o pepena de residuos sólidos en los sitios destinados para el relleno sanitario,⁵⁶ como es el caso del Bordo Poniente. Al igual que en las estaciones de transferencia y las plantas de selección y tratamiento, la ley establece que el personal debe estar debidamente acreditado por la Secretaría de Obras y Servicios.⁵⁷

IV. ¿Cuáles son los derechos laborales de los trabajadores del servicio público de limpia?

Como ya se expuso, el Gobierno del Distrito Federal y las delegaciones tienen el deber de contar con personal suficiente para llevar a cabo el servicio público de limpia. Estas relaciones de trabajo, de acuerdo con el artículo 13 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, se rigen por lo dispuesto en el apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por lo dispuesto en la Ley Federal del Trabajo.

El artículo 123 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil,⁵⁸ lo cual está reglamentado por la Ley Federal del Trabajo, que establece normas específicas de hacer y no hacer que se deben seguir en las relaciones laborales. Adicionalmente, los tratados internacionales en materia de derechos humanos, aprobados en términos del artículo 133 constitucional, serán aplicables en todo lo que beneficien a los trabajadores.⁵⁹ En térmi-

⁵⁵ Thelma Gómez, *op. cit.*

⁵⁶ Ley de Residuos Sólidos del Distrito Federal, artículo 52.

⁵⁷ *Ibid.*, artículo 53.

⁵⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de octubre de 2013, artículo 123.

⁵⁹ Ley Federal del Trabajo, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de noviembre de 2012, artículo 6°.

nos del artículo 1º constitucional, estos tratados tienen jerarquía constitucional, salvo ponderación distinta por parte de un tribunal.

1. De acuerdo con la Ley Federal del Trabajo, ¿los voluntarios y los pepenadores son reconocidos como trabajadores?

Con el fin de sostener que los voluntarios (barrenderos y recolectores) y los pepenadores tienen derechos laborales, acreditaremos su estatus de trabajadores de las delegaciones y del Gobierno del Distrito Federal.

La Ley Federal del Trabajo define como trabajador a la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado. Se entiende por trabajo toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio.⁶⁰

Los trabajadores voluntarios y los pepenadores realizan un trabajo personal subordinado. El trabajo personal consiste en el barrido, recolección o separación de materiales. Este trabajo personal lo realizan, de manera subordinada, a una persona moral que es el Gobierno del Distrito Federal y las delegaciones.

La subordinación se configura de manera distinta en el caso de los trabajadores voluntarios y de los pepenadores, por lo que se explicará de manera separada.

a) EL TRABAJO PERSONAL SUBORDINADO EN EL BARRIDO Y LA RECOLECCIÓN

Los barrenderos voluntarios cubren una parte del servicio planeado, organizado y vigilado por la Secretaría de Obras y Servicios y las delegaciones en la etapa de barrido. Cabe señalar que no hay una “duplicación” del servicio, es decir, los barrenderos voluntarios no conforman una estructura paralela, sino que se integran a la estructura del gobierno.

La ley señala que, en el caso de los barrenderos (contratados por el gobierno), se les asignará un camión recolector en el que se depositarán los residuos que vayan recolectando. Sin embargo, los barrenderos voluntarios, al actuar fuera de la ley, no cuentan con camión y realizan “acuerdos informales” –y también fuera de la

⁶⁰ *Ibid.*, artículo 8º.

ley— con los choferes de los camiones para que, a cambio del pago de una cantidad, se lleven los residuos recolectados.⁶¹

El mismo chofer contratado por el gobierno recoge en el camión que pertenece al gobierno los residuos de los barrenderos contratados por el gobierno y los residuos de los barrenderos voluntarios.

Aquí se genera una dependencia económica de los barrenderos voluntarios respecto de los choferes de los camiones recolectores. Sin los choferes de los camiones, los barrenderos no tendrían modo de tirar sus residuos no valorables ni de vaciar su carro para realizar un recorrido extra de recolección. Por lo tanto, recibirían una menor cantidad de propinas por un menor número de domicilios o comercios recorridos y tendrían menos materiales seleccionados para su venta (prepepena), lo que provocaría la disminución en sus ingresos.

De igual forma, sin los barrenderos voluntarios los ingresos del chofer del camión disminuirían, porque no contaría con el pago extra a su salario a cambio de permitirles depositar los residuos en su camión.

El camión recolector cubre una parte del recorrido en la etapa de recolección, trazado por el Gobierno del Distrito Federal o por el gobierno delegacional. En esta fase del servicio, adicionalmente participan los recolectores voluntarios, que son aquellas personas que también viajan en el camión y se encargan de la recepción de los residuos sólidos, de su depósito en el camión (recibiendo propinas por ello) y de su separación para su venta (prepepena).

El chofer del camión se beneficia económicamente de las propinas que éstos reciben y de la venta de materiales que separan, a cambio de permitirles trabajar en el camión, lo que implica un desvío de recursos públicos, ya que la ley no considera la existencia de recolectores voluntarios. El chofer es el que se queda con la mayor parte del total del dinero obtenido y reparte el restante entre los ayudantes y recolectores voluntarios.

Sin el chofer del camión que permite que los recolectores voluntarios realicen las funciones descritas, estos últimos no podrían llevar a cabo su labor de subsistencia. Por otro lado, sin los recolectores voluntarios, el chofer vería sus ingresos disminuidos porque no tendría la misma cantidad de propinas ni de materiales separados para vender. Es decir, en el caso de la recolección voluntaria, se replica

⁶¹ Christine Wamsler, *op. cit.*, p. 20.

la dinámica que ocurre con los barrenderos voluntarios, expuesta en párrafos previos.

De ahí que el chofer del camión sea una pieza clave para las funciones de los barrenderos y los recolectores voluntarios. La dependencia económica entre el chofer y los trabajadores voluntarios no debe confundirse con subordinación.

Tanto los choferes de los camiones como los trabajadores voluntarios están subordinados a las instrucciones de las autoridades encargadas de la prestación del servicio público. Todos están subordinados a la planeación y organización del servicio realizada por la autoridad, con la diferencia de que los trabajadores voluntarios lo hacen al margen de la ley al no estar incluidos en ella. La subordinación de los trabajadores voluntarios a la autoridad también se configura a partir de la “permisividad” para actuar fuera de la ley.

Si los jefes delegacionales y la Secretaría de Obras y Servicios cumplieran con sus obligaciones de vigilancia y sanción: *a*) se sancionaría al chofer del camión por utilizarlo para fines distintos a los establecidos por la ley (recolección de residuos por el personal contratado para ello) y recibir dinero a cambio; y *b*) se sancionaría a los trabajadores voluntarios por no estar autorizados a prestar un servicio que corresponde al gobierno y por recibir residuos cuya propiedad únicamente debe de ser trasladada por el personal contratado por el gobierno para ello.

En este sentido, los trabajadores voluntarios son trabajadores del Gobierno del Distrito Federal y de las delegaciones porque realizan las mismas funciones de barrido y recolección que el personal de limpia contratado por las autoridades. Estas funciones las llevan a cabo de manera subordinada a la organización y planeación establecidas por el Gobierno del Distrito Federal y las delegaciones. Los trabajadores voluntarios también están subordinados a la autoridad, porque de ella depende la existencia y continuidad de sus labores de subsistencia, mediante su permisividad y no aplicación de la ley.

La autoridad es permisiva porque, al verificar la forma y condiciones en que se presta el servicio, identifica la labor de los trabajadores voluntarios y permite su permanencia. Entonces, al organizar administrativamente el servicio público de limpia, considera su existencia. Por otro lado, al ser omisa en su deber de sancionar el incumplimiento de la Ley de Residuos Sólidos del Distrito Federal, vuelve a ser permisiva e incentiva su permanencia.

La figura de los trabajadores voluntarios no emerge de la ley, sino de la práctica cotidiana, al generarse acuerdos tácitos y costumbres que los incorporan como actores importantes para el funcionamiento del servicio público de limpia de la ciudad.

b) EL TRABAJO PERSONAL SUBORDINADO EN LAS PLANTAS DE SELECCIÓN Y TRATAMIENTO

En cada una de las tres plantas, los pepenadores seleccionan los productos reciclables y los entregan al líder, quien los vende y se queda con una parte de las ganancias y reparte otra entre los pepenadores. El ingreso de los pepenadores depende completamente del líder, de forma que hay una dependencia económica de los pepenadores respecto al dirigente de la planta de selección.

Sin embargo, la subordinación se da ante la Secretaría de Obras y Servicios, porque es esta autoridad la encargada de diseñar el sistema de selección y tratamiento de los residuos.⁶² Para la operación de las plantas de selección, la Secretaría de Obras y Servicios debe contar con personal suficiente y previamente capacitado,⁶³ y debidamente acreditado por dicha Secretaría.⁶⁴

Los pepenadores realizan el trabajo de selección de acuerdo con el sistema que, conforme a la ley, le corresponde diseñar a la Secretaría de Obras y Servicios, y utilizan la infraestructura del gobierno. Las instrucciones sobre cómo realizar su trabajo las reciben de los dirigentes de las plantas de selección y tratamiento, que son los interlocutores entre gobierno y pepenadores.

El que el trabajo se realice según las instrucciones y bajo el control del gobierno, que sea ejecutado personalmente por los pepenadores, en el lugar indicado por el gobierno, con cierta continuidad y con el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte del Estado, son indicios que permiten determinar una relación de trabajo.⁶⁵

El elemento *permissividad* descrito en el apartado anterior se repite en esta etapa respecto a los pepenadores, quienes ocupan el lugar del “personal suficiente” con el que el gobierno debería contar. Si el Gobierno del Distrito Federal aplicara la ley, la operación de las plantas de selección no necesariamente estaría a cargo de los líderes de pepenadores del Distrito Federal, y el trabajo de selección no lo realizarían los pepenadores en las condiciones actuales.

⁶² Ley de Residuos Sólidos del Distrito Federal, artículo 43.

⁶³ *Ibid.*, artículo 45.1.

⁶⁴ *Ibid.*, artículo 47.

⁶⁵ OIT, R198-Recomendación sobre la relación de trabajo, adoptada en la 95ª Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 15 de junio de 2006, párrafo 13.a.

La ley no incluye la pepena como una acción positiva y tampoco la presencia de un líder de los pepenadores ni de los pepenadores en sí mismos. Estas figuras se encuentran al margen de la ley y, por lo tanto, no sería posible que estuvieran encargados de una etapa de la prestación de un servicio público.

Las asociaciones de pepenadores no operan como empresas que hagan las veces de aquellas que participan en concursos de licitación. Según establece la Ley Federal del Trabajo, para que los líderes de las asociaciones de pepenadores dirigidas de las plantas pudieran ser considerados patrones, tendría que tratarse de empresas establecidas que cuenten con elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones derivadas de las relaciones con sus trabajadores, lo cual difiere de la realidad. En consonancia con la misma ley, el beneficiario del servicio es el gobierno, y en caso de que las asociaciones fueran consideradas como empresas, el gobierno sería solidariamente responsable de las obligaciones contraídas por la empresa con los trabajadores.⁶⁶

Por no ser las asociaciones de pepenadores empresas establecidas, el argumento de que la subordinación de los pepenadores es respecto a los líderes y no al gobierno es inadmisibles. A diferencia de los trabajadores voluntarios, cuyo contacto con el gobierno es a través del chofer del camión, en el caso de los pepenadores el contacto se realiza directamente con la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal.

Sin los pepenadores en las plantas de selección y tratamiento, la Secretaría de Obras y Servicios requeriría personal adicional para dar cumplimiento a esta etapa del servicio público de limpia. Ésta permite su existencia al no aplicar la ley y se beneficia al dar por cumplida esta etapa del servicio con mano de obra barata, pues no paga un sueldo a esos trabajadores. Los pepenadores se benefician con la selección, al obtener un ingreso económico periódicamente mediante la venta de los residuos sólidos seleccionados y vendidos que les permite subsistir. Los líderes se benefician porque, al ser los intermediarios con el gobierno, adquieren poder político, y al ser intermediarios con las empresas, adquieren poder económico.

2. ¿El Gobierno es el patrón?

La Ley Federal del Trabajo define “patrón” como la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores.⁶⁷ Si el trabajador, conforme a lo pactado o conforme a la costumbre, utiliza los servicios de otros trabajadores,

⁶⁶ Ley Federal del Trabajo, artículo 13.

⁶⁷ *Ibid.*, artículo 10.

el patrón de aquel, lo será también de estos. Los servicios de los trabajadores voluntarios y de los pepenadores son utilizados por el gobierno para cumplir con la prestación del servicio público de limpia. Esto se da a través de los choferes y líderes de las plantas, que ejercen funciones de dirección o administración en representación del patrón,⁶⁸ como se analizará en los párrafos siguientes.

a) BARRENDEROS Y RECOLECTORES

El patrón del chofer del camión es la Dirección General de Servicios Urbanos si se trata de vías primarias, o el jefe delegacional, en vías secundarias y áreas comunes. Si el chofer, conforme a lo pactado o conforme a la costumbre, utiliza los servicios de barrenderos y recolectores voluntarios (recepción de residuos sólidos) para realizar su propia labor (recolección de residuos sólidos), entonces el mismo jefe del chofer del camión es el jefe de los trabajadores voluntarios.

El chofer se consideraría el administrador de su vehículo, y su patrón es la Secretaría de Obras y Servicios o la delegación, por lo tanto, estas mismas autoridades son los patrones de los trabajadores voluntarios (barrenderos y recolectores).

b) PEPENADORES

En el caso de los pepenadores, los líderes son el punto de unión entre éstos y el gobierno, “desempeñando un papel doble: autoritario y totalitario hacia la base; fiel, dócil y comprometido hacia el Estado y la superestructura burocrática”.⁶⁹

Como se expuso, las plantas de selección y tratamiento son operadas por las asociaciones de pepenadores y dirigidas por los líderes de cada una de éstas. El patrón de los líderes es el Gobierno del Distrito Federal, el trabajo que dirigen lo realizan en coordinación y bajo las instrucciones de la Dirección General de Servicios Urbanos de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal.

Aun suponiendo que los líderes de los pepenadores fungieran como “intermediarios”, esto no libraría a la autoridad del vínculo laboral. El intermediario es de-

⁶⁸ *Ibid.*, artículo 11.

⁶⁹ Héctor Castillo, “*El Zar de la basura: caciquismo en la ciudad de México*”, en *Veredas*, 2006, núm. 13, México, segundo semestre de 2006, p. 58, disponible en <[http://148.206.107.15/biblioteca_digital/estadistica.php?id_host=6&tipo=ARTICULO&id=4233&archivo=12-269-4233ktj.pdf&titulo=El Zar de la basura: caciquismo en la Ciudad de México](http://148.206.107.15/biblioteca_digital/estadistica.php?id_host=6&tipo=ARTICULO&id=4233&archivo=12-269-4233ktj.pdf&titulo=El%20Zar%20de%20la%20basura:caciquismo%20en%20la%20Ciudad%20de%20M%C3%A9xico)>, página consultada el 19 de noviembre de 2013.

finido por la Ley Federal del Trabajo como “la persona que contrata o interviene en la contratación de otra u otras para que presten servicios a un patrón”.⁷⁰ En ese caso, el gobierno sería responsable de las obligaciones que derivan de la ley y de los servicios prestados, y los pepenadores deberían prestar sus servicios en las mismas condiciones de trabajo y con los mismos derechos que otros trabajadores con trabajos similares,⁷¹ es decir, en igualdad con los demás trabajadores contratados para realizar funciones correspondientes al servicio público de limpia.

3. Configuración de la relación laboral

La Ley Federal del Trabajo define *relación laboral*⁷² como la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.

Los trabajadores del servicio de limpia del Gobierno del Distrito Federal son trabajadores que firman un contrato,⁷³ lo que formaliza el empleo y a través del cual se establecen las características del trabajo por desempeñar, así como el sueldo y las prestaciones que el patrón otorgará a cambio de sus servicios. Esto genera legalidad, certeza y estabilidad.

Los trabajadores voluntarios y pepenadores no cuentan con un contrato firmado con el Gobierno del Distrito Federal, lo que configura la “informalidad” de su empleo. Al no haber contrato escrito, los trabajadores no cuentan con un documento que demuestre el vínculo laboral para exigir derechos laborales. Por eso, en el caso de los trabajadores no estructurados, su empleo en general es inestable, sus ingresos bajos e irregulares y dependen en gran medida de las actitudes de las autoridades públicas, así como de las estrategias de los líderes.⁷⁴

Sin embargo, la ausencia de contrato escrito no significa que no haya un vínculo laboral. La Ley Federal del Trabajo también establece que tanto la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona como el contrato celebrado producen los mismos efectos.⁷⁵ La ley presume un contrato y una relación de trabajo

⁷⁰ Ley Federal del Trabajo, *op. cit.*, artículo 12.

⁷¹ *Ibid.*, artículo 14.

⁷² *Ibid.*, artículo 20.

⁷³ *Idem.* Definido como aquel en virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.

⁷⁴ OIT, *Informe VI. El Trabajo Decente y la Economía Informal*, 90ª Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002, p. 3.

⁷⁵ Ley Federal del Trabajo, artículo 20.

entre quien presta un trabajo personal y el que lo recibe.⁷⁶ En ese sentido, aunque los trabajadores voluntarios y los pepenadores no cuenten con un contrato escrito, hay un trabajo personal subordinado recibido por el Gobierno del Distrito Federal y por las delegaciones. Por lo tanto, existe una relación laboral entre ellos.

Esto va de la mano con lo establecido por la jurisprudencia que señala: “la existencia del vínculo laboral entre una dependencia estatal y la persona que le prestó servicios se da cuando se acredita que los servicios prestados reúnen las características de una relación laboral”.⁷⁷

El elemento subordinación de la relación laboral se configura, como se demostró, de parte los trabajadores voluntarios y pepenadores hacia la Secretaría de Obras y Servicios y las delegaciones. En cuanto al elemento referente al pago de un salario, se puede decir que el gobierno paga a los voluntarios y pepenadores con residuos sólidos que son propiedad del gobierno, pero que les permiten recolectar a cambio de sus servicios. La Ley Federal del Trabajo señala que el salario se puede integrar con pagos hechos en especie,⁷⁸ de tal forma que la basura con la que el gobierno paga a estos trabajadores hace las veces de salario.

En virtud de lo expuesto, la relación laboral existe, pero está encubierta, y se entiende como aquella en la que “un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera situación jurídica [...] dando lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho”.⁷⁹

4. ¿Quién defiende los derechos de los trabajadores voluntarios y los pepenadores como parte de la estructura del servicio público de limpia?

De acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, la Secretaría del Trabajo y Fomento al Empleo es la encargada de las materias relativas al trabajo, previsión social y protección al empleo.⁸⁰

⁷⁶ *Ibid.*, artículo 21.

⁷⁷ SCJN, Trabajadores al servicio del Estado. El vínculo laboral se demuestra cuando los servicios prestados reúnen las características propias de una relación de trabajo, aunque se haya firmado un contrato de prestación de servicios profesionales, Jurisprudencia (Laboral), 9ª Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXI, marzo de 2005, p. 315.

⁷⁸ Ley Federal del Trabajo, artículo 84.

⁷⁹ OIT, R198-Recomendación sobre la relación de trabajo, *op. cit.*, párrafo 4.

⁸⁰ Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, artículo 23-ter.

Entre sus funciones están: vigilar la observancia y aplicación de la Ley Federal del Trabajo, proponer al jefe de Gobierno las políticas dirigidas a hacer efectiva esa observancia y aplicación, y proteger a los trabajadores no asalariados.⁸¹

Esto sugiere un conflicto de intereses, porque es la Secretaría del Trabajo y Fomento del Empleo, dependiente del Gobierno del Distrito Federal, la que tiene el deber de vigilar la aplicación de la Ley, y es el mismo Gobierno del Distrito Federal el que no está actuando conforme a ella.

La Secretaría del Trabajo está siendo omisa en sus funciones al no sugerir al jefe de Gobierno alguna política que garantice los derechos de los trabajadores voluntarios y los pepenadores. En consecuencia, está incumpliendo con su labor de proteger a los trabajadores no asalariados, como los trabajadores voluntarios y los pepenadores, que no perciben un salario fijo.

5. *¿Existe sanción para los patrones que violan las normas de trabajo?*

La Ley Federal del Trabajo sí señala una sanción por incumplimiento de las normas de trabajo.⁸² La Ley establece diferentes sanciones de acuerdo con el tipo de trabajo del que se trate; sin embargo, no marca de manera específica sanciones referentes a la violación de los derechos de los trabajadores de limpia, y mucho menos a los trabajadores no estructurados dentro del servicio público.

Por un lado, esto tiene sentido, porque su existencia se da fuera de la ley. Por otro, estos trabajadores tienen los mismos derechos que cualquier otro trabajador y la falta de respeto, garantía y protección de sus derechos debe ser sancionada.

Independientemente de que la ley no considere de manera específica las sanciones por la violación de derechos de los trabajadores voluntarios y los pepenadores, la autoridad encargada de imponer las sanciones administrativas es el jefe de Gobierno del Distrito Federal o los funcionarios subordinados que éste estime conveniente.⁸³

Esto genera, una vez más, un conflicto de intereses en el que el Gobierno del Distrito Federal es juez y parte. Es el mismo jefe de Gobierno el que estaría en-

⁸¹ *Ibid.*, artículo 23-ter II, III, IV, XXV.

⁸² Ley Federal del Trabajo, artículo 992.

⁸³ *Ibid.*, artículo 1008 y 1009.

cargado de sancionarse administrativamente a sí mismo por su incumplimiento de las normas laborales.

Esto no excluye la posibilidad de que los trabajadores voluntarios y los pepenadores inicien un juicio en contra del gobierno, pero los trabajadores informales se caracterizan por su alto grado de vulnerabilidad,⁸⁴ e iniciar un proceso de este tipo significaría poner en riesgo su actividad de subsistencia.

v. El acceso al derecho al trabajo en condiciones de igualdad y no discriminación

Entre las delegaciones, el Gobierno del Distrito Federal, los trabajadores voluntarios y los pepenadores, se genera un círculo vicioso en el cual la autoridad permite a los trabajadores comerciar con los residuos sólidos a cambio de no reconocer sus derechos y beneficiarse del servicio que realizan. Esto coloca a los trabajadores en una situación de vulnerabilidad e implica la violación de sus derechos laborales, con base en la “informalidad” en la que realizan su trabajo. Esto genera desigualdad ante la ley en cuanto al goce y ejercicio efectivo de sus derechos.⁸⁵

El contenido del derecho al trabajo no únicamente se encuentra en el artículo 123 constitucional y en la Ley Federal del Trabajo, sino también en los tratados internacionales de derechos humanos de los que México es parte y que, de acuerdo con el artículo 1º constitucional, tienen también esa jerarquía. El mismo artículo señala que los derechos, entre ellos los laborales, deben ser garantizados sin discriminación.

Particularmente relevante es que México es parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ratificado el 23 de marzo de 1981, y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), ratificado el 3 de agosto de 1996. Ambos instrumentos, a través de sus artículos 6º, 7º y 8º, establecen las implicaciones del derecho al trabajo y los derechos laborales. Asimismo, ambos coinciden en el artículo 3º, al establecer la obligación de no discriminación en el ejercicio del derecho al trabajo.

⁸⁴ OIT, *Informe VI. El Trabajo Decente y la Economía Informal*, op. cit., p. 3.

⁸⁵ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva 18, del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, párr. 2.

De acuerdo con estos instrumentos internacionales,⁸⁶ el derecho a trabajar incluye el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. En el caso de los trabajadores informales y los pepenadores, la libertad de elección o aceptación de su trabajo es limitada, debido a que el trabajo de recolección de basura dentro de la economía informal lo hacen en su mayor parte debido a la necesidad de sobrevivir antes que como una opción personal.⁸⁷ Es decir, estas personas generalmente no pueden encontrar empleo dentro de la economía formal y no pueden permitirse el desempleo absoluto.⁸⁸

Independientemente de lo anterior, es sin duda mediante el trabajo voluntario y la pepena como estos trabajadores tienen la oportunidad de ganarse la vida. Sin embargo, sus derechos no son respetados, no tienen seguridad laboral, ni un salario remunerador, seguridad social, prestaciones laborales, condiciones óptimas de seguridad e higiene, ni libertad de asociación. Sus condiciones laborales, en general, son distintas de los trabajadores contratados por el Gobierno del Distrito Federal y las delegaciones, aun cuando realizan un trabajo igual.

En efecto, no toda distinción de trato está prohibida, pero si ésta es arbitraria y redundante en detrimento de los derechos humanos, como en el caso de los derechos laborales de los trabajadores voluntarios y pepenadores, al considerarlos trabajadores de una categoría inferior por su estatus “informal”, entonces constituye un caso de discriminación.⁸⁹ Por lo tanto, el trabajo que realizan no puede considerarse como trabajo digno, entendido como aquel que respeta los derechos de los trabajadores,⁹⁰ y contradice los instrumentos internacionales de los que México forma parte, la Constitución y la Ley Federal del Trabajo.

El que los trabajadores voluntarios y los pepenadores sean trabajadores “informales”, no significa que no tengan derechos, ya que todo el que trabaja tiene derechos laborales, independientemente de dónde trabaje:⁹¹ “Toda persona tiene atributos in-

⁸⁶ ONU, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, artículo 6°.

⁸⁷ ONU, Observación General núm. 18, El Derecho al Trabajo, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su 35° periodo de sesiones, E/C.12/GC/18, Ginebra, 24 de noviembre de 2005, p. 4, párr. 10.

⁸⁸ OIT, *Informe VI. El Trabajo Decente y la Economía Informal*, op. cit., p. 33.

⁸⁹ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 28 noviembre de 2012, serie C, núm. 257, párr. 285.

⁹⁰ ONU, Observación General núm. 18, *doc. cit.*, p. 4, párr. 7. También véase Ley Federal del Trabajo, op. cit., artículo 2.

⁹¹ OIT, *Informe VI. El Trabajo Decente...*, op. cit., p. 5.

herentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer”,⁹² por lo tanto, su condición de “informales” no les quita su calidad de humanos y no es excusa para la violación de sus derechos laborales.

1. Igualdad ante la ley

De acuerdo con la Observación General 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es deber de los Estados adoptar las medidas legislativas para reducir en la mayor medida posible el número de trabajadores en la economía sumergida, trabajadores que a resultas de esa situación carecen de protección.⁹³

Los trabajadores voluntarios y los pepenadores no son reconocidos de manera específica en las leyes mexicanas. Sin embargo, una vez comprobado su estatus de “trabajadores” en el capítulo anterior, estos cuentan con la protección automática de los derechos laborales contenidos en todo el marco jurídico expuesto. Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “toda persona que [...] realice [...] una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición”.⁹⁴

México cuenta con legislación que ampara ampliamente los derechos laborales, e incluir un apartado específico para los trabajadores voluntarios y los pepenadores no garantizaría su igualdad de trato ante la ley ni su salida de la economía sumergida. Por el contrario, se entiende que en este caso no se trata de una desigualdad *de jure* (desigualdades legales entre trabajadores “formales” e “informales”), sino *de facto* (desigualdades estructurales).⁹⁵

El establecimiento de diferencias en el acceso de unos (trabajadores contratados) y otros (trabajadores voluntarios y pepenadores) a los recursos públicos administrados por el Estado,⁹⁶ para garantizar los derechos laborales, genera desigualdad de trato ante la ley. Los derechos laborales que se reclaman en el presente trabajo son consecuencia de una relación laboral que el gobierno sí reconoce a

⁹² Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 *op. cit.*, párr. 73.

⁹³ ONU, Observación General núm. 18, El Derecho al Trabajo, *op. cit.*, p. 4, párr. 10.

⁹⁴ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, *doc. cit.*, párr. 133.

⁹⁵ *Ibid.*, párr. 112.

⁹⁶ *Ibid.*, párr. 112.

cierto grupo de trabajadores, pero que a otro no, basado en el carácter “informal” de sus actividades.

La noción de igualdad es incompatible con toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran en tal situación de inferioridad.⁹⁷

2. Configuración de la discriminación

Una distinción de trato como la expuesta sólo es discriminatoria cuando “carece de justificación objetiva y razonable”.⁹⁸ Adicionalmente, se ha señalado que “la existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración”.⁹⁹

Con el fin de conocer si dicha justificación existe, pasaremos a analizar la distinción de trato de la que son objeto los trabajadores voluntarios y los pepenadores, bajo los criterios establecidos del derecho al trabajo por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

De acuerdo con dicho Comité, uno de los elementos del derecho al trabajo es la “accesibilidad”¹⁰⁰ del ejercicio laboral. Este elemento incluye la prohibición de la discriminación en el acceso al empleo, y el deber de proteger a las personas y grupos desfavorecidos y marginados mediante la adopción de programas específicos.¹⁰¹

El acceso al empleo no implica únicamente recibir una cantidad de dinero a cambio de un trabajo realizado, sino también que se garanticen condiciones dignas de trabajo. Aun cuando los trabajadores voluntarios y los pepenadores realizan labores correspondientes al servicio público de limpia haciendo uso de la infraestructura del gobierno, lo hacen en condiciones laborales distintas a las de los trabajadores contratados por éste, al ser trabajadores “ilegales”.

⁹⁷ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17, párr. 45.

⁹⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Willis v. The United Kingdom*, Judgment of 11 June, 2002, Application no. 36042/97, Report of Judgment and Decisions 2002 iv, para. 39.

⁹⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium*, Judgment of 23rd July 1968, serie A, 1968, para. 10.

¹⁰⁰ ONU, Observación General núm. 18, El Derecho al Trabajo, *doc. cit.*, p. 6, párr. 12.b.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 6, párr. 12.b.i.

La Secretaría de Obras y Servicios sabe de su existencia y reconoce la importancia de su labor en el PGIRS y, sin embargo, no los reconoce como sus empleados a pesar de que el servicio que realizan lo hacen para cumplir con una labor que le corresponde ejecutar al gobierno. Al permitir que estos trabajadores informales presten un servicio público en condiciones indignas, el gobierno no está protegiendo a estas personas desfavorecidas y marginadas.

Esto va en contra de la obligación fundamental establecida en la Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que consiste en asegurar como mínimo esencial del derecho al trabajo, la obligación de garantizar la no discriminación y la igualdad de protección del empleo.¹⁰² Esto es indispensable, en especial por lo que respecta a personas y grupos desfavorecidos y marginados, para que puedan llevar una existencia digna.¹⁰³

Por otro lado, la accesibilidad laboral también abarca la aceptabilidad y la calidad, ello significa “la protección del [...] derecho del trabajador a condiciones justas y favorables de trabajo, en particular a condiciones laborales seguras y el derecho a construir sindicatos”.¹⁰⁴

Tomando en cuenta que las condiciones justas y favorables de trabajo significan la garantía de un trabajo digno, a continuación se analizan algunos de sus componentes:

a) *Contrato*. Según el artículo 31 de la Ley Federal del Trabajo, el contrato obliga a lo expresamente pactado, lo cual va de la mano con la seguridad laboral. La falta de contrato se presta para que los trabajadores voluntarios y los pepenadores sean explotados y para que acepten condiciones indignas de trabajo al depender económicamente de dicha actividad. Aunque el contrato no es indispensable para el establecimiento de la relación laboral, ni tampoco es garantía de que sus derechos no sean violados, sin éste los trabajadores se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad.

b) *Salario*. Los trabajadores voluntarios y los pepenadores no tienen un salario fijo ni remunerador. Es decir, nadie garantiza siquiera que logren ganar el salario

¹⁰² *Ibid.*, párr. 31. También véase ONU, Observación General núm. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su 5º periodo de sesiones, E/1991/23, Nueva York, 26 de noviembre al 14 de diciembre de 1990, que confirma que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto.

¹⁰³ ONU, Observación General núm. 18, El Derecho al Trabajo, *doc. cit.*, párr. 31.a.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 6, párr. 12.c.

mínimo al día. Sus ingresos dependen de la cantidad de residuos seleccionados, de las propinas (aportaciones voluntarias de los usuarios) y del dinero que el chofer del camión o el líder de los pepenadores les entregue como resultado del reciclaje de productos.

Los trabajadores voluntarios realizan las mismas labores que los barrenderos y recolectores contratados. En el caso de los pepenadores, son ellos los encargados completamente de la operación de las plantas de selección. La ley establece que a trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual. Sin embargo, ni los trabajadores voluntarios ni los pepenadores cuentan con un salario fijo como el de los trabajadores contratados por el gobierno.

c) *Sindicatos*. El derecho al trabajo es un derecho individual que pertenece a cada persona y a la vez es un derecho colectivo.¹⁰⁵ La Ley Federal del Trabajo, en su artículo 2º, señala como una de las condiciones del trabajo digno el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, como la libertad de asociación.

Los trabajadores del Gobierno del Distrito Federal se encuentran asociados en el Sindicato Único de Trabajadores del Gobierno del Distrito Federal (SUTGDF), compuesto por 40 secciones. La Sección 1 es la correspondiente a los trabajadores de Limpia y Transporte y, de acuerdo con su página de internet, cuenta con “trece mil setecientos sesenta trabajadores sindicalizados, aunque existen cerca de tres mil eventuales que realizan otras actividades y seis mil trabajadores voluntarios aproximadamente”.¹⁰⁶

Atendiendo a la redacción de la frase anterior, los trabajadores voluntarios (barrenderos y recolectores) no son trabajadores sindicalizados. En caso de que lo fueran, no se mencionaría de manera separada a “los trabajadores sindicalizados” y a “los trabajadores voluntarios”. Se debe tener en cuenta que lo que busca el Sindicato es el respeto de los derechos colectivos. Estos derechos se refieren justamente al salario y a las prestaciones que los trabajadores voluntarios no reciben por parte del Gobierno del Distrito Federal. Por ello, aunque los trabajadores voluntarios se congreguen en el Sindicato, no se ven beneficiados de los mismos derechos que los trabajadores contratados.

Por otro lado, el que los trabajadores voluntarios sean mencionados en la página de internet de la Sección 1 de trabajadores de Limpia y Transporte, es una mane-

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 3, párr. 6.

¹⁰⁶ Sindicato Único de Trabajadores del Gobierno del Distrito Federal, Sección 1, Limpia y Transporte, disponible en <http://www.sutgdf.org.mx/Seccion-1_Ids_23.html>, página consultada el 26 de abril de 2013.

ra más de demostrar la identidad entre ambos grupos de trabajadores, debido a voluntarios prestan un servicio público y realizan las mismas actividades que los contratados, pero sin los derechos correspondientes.

El caso de los pepenadores es distinto. Los tres líderes de pepenadores, dirigentes de cada una de las plantas de selección y aprovechamiento, hacen el papel de líder sindical. Ellos son los que establecen comunicación con el gobierno y coordinan a los pepenadores. Los líderes no son elegidos por el grupo, a diferencia del líder de la Sección 1 del Sindicato, sino que son impuestos. Los pepenadores no forman parte de la Sección 1 de Limpia y Transporte y se encuentran oprimidos por las condiciones (incluso económicas) que los líderes impongan.

d) Condiciones de higiene y seguridad. La Ley de Residuos Sólidos establece como deber de la Secretaría del Medio Ambiente del Distrito Federal dar a conocer la relación entre las características de los residuos sólidos y la probabilidad de que ocasionen efectos adversos a la salud humana.¹⁰⁷ De ello se asume que, por el tipo de trabajo que realizan los trabajadores voluntarios y los pepenadores, su salud puede estar en riesgo en caso de que no se tomen las medidas necesarias.

Más adelante, la misma ley señala como uno de los deberes de la Secretaría de Obras y Servicios, contar en las plantas de selección y tratamiento (donde laboran los pepenadores) con personal previamente capacitado para reconocer la peligrosidad y riesgo de los residuos que manejan.¹⁰⁸

La capacitación de los trabajadores de limpia corresponde, en sus diferentes niveles, a las delegaciones, a la Secretaría del Medio Ambiente y a la Secretaría de Obras y Servicios.¹⁰⁹ La información sobre la capacitación de los trabajadores no es pública, por lo que no se puede afirmar que se les brinde o no. Lo que sí se puede decir es que, por su condición “ilegal”, la capacitación queda bajo la voluntad de la autoridad, en vez de ser entendida como una obligación por cumplir en beneficio de los trabajadores.

Estos trabajadores no reciben un salario fijo del gobierno y no están formalmente reconocidos como sus trabajadores. De ahí que se asuma que tampoco reciben la capacitación a la que se refiere la ley.

¹⁰⁷ Ley de Residuos Sólidos del Distrito Federal, artículo 27.III.

¹⁰⁸ *Ibid.*, artículo 45.I.

¹⁰⁹ *Ibid.*, artículos 10.V, 11.VI, 18.II, 53.

Esta posibilidad de poner en riesgo la salud da paso al siguiente punto de análisis, referente a la seguridad social.

e) *Seguridad social*. El artículo 9º del PIDESC y del Protocolo de San Salvador se refieren a la seguridad social, lo cual cubre la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional. También incluye la licencia de maternidad, entre otros.

Al trabajar con materiales que pueden resultar especialmente dañinos para la salud, tienen mayor posibilidades de sufrir enfermedades o incluso de morir. Esto evidencia su situación de vulnerabilidad. Ante estas condiciones, los trabajadores informales en el servicio público de limpia no tienen ninguna protección ni seguridad social.

De acuerdo con lo anterior, no hay justificación objetiva ni razonable para la implementación de una medida cuyo propósito sea la obtención de mano de obra gratuita y cuyos efectos sean la violación de la totalidad de los derechos laborales. De esta manera, la distinción de trato hacia los trabajadores voluntarios y los pepenadores por parte del gobierno constituye una discriminación por su condición de “informalidad” en el trabajo.

3. *Las obligaciones que impone el derecho al trabajo*¹¹⁰

a) OBLIGACIÓN DE RESPETAR

La obligación de respetar implica abstenerse de denegar o limitar el acceso igualitario al trabajo digno a todas las personas, especialmente a las personas y grupos desfavorecidos y marginados.¹¹¹ El Gobierno del Distrito Federal y las delegaciones deberían otorgar a los trabajadores voluntarios y a los pepenadores los mismos derechos que a los trabajadores contratados, con el fin de conceder los mismos derechos a quienes realizan las mismas labores.

Como se demostró en el apartado anterior, el gobierno discrimina a los trabajadores voluntarios y a los pepenadores y, por lo tanto, obstaculiza el disfrute y ejer-

¹¹⁰ ONU, Observación General núm. 18, El Derecho al Trabajo, *doc. cit.*, p. 8, párr. 22.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 9, párr. 23.

cicio del derecho al trabajo en plena igualdad, lo cual constituye una infracción a la obligación de respetar.¹¹²

b) OBLIGACIÓN DE PROTEGER

La obligación de proteger implica, entre otras, adoptar medidas que garanticen el igual acceso al trabajo.¹¹³ La violación de esta obligación se produce cuando “los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo”.¹¹⁴

“Las vulneraciones del derecho al trabajo pueden ser resultado de una acción directa del Estado o de entidades estatales.”¹¹⁵ Tal es el caso del Gobierno del Distrito Federal, que está violando la obligación de proteger porque, de manera directa, vulnera el derecho al trabajo de los trabajadores voluntarios y pepenadores, al tratarlos de manera desigual, discriminarlos y no adoptar las medidas adecuadas para dignificar su labor.

c) OBLIGACIÓN DE APLICAR

El incumplimiento de la obligación de aplicar se da cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar las medidas necesarias para garantizar la realización del derecho al trabajo [...] de manera que ciertos individuos o ciertos grupos no puedan disfrutar del derecho al trabajo, en particular los desfavorecidos y marginados.¹¹⁶

El Gobierno del Distrito Federal y las delegaciones cuentan con un presupuesto anual asignado a través de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Las cantidades destinadas al cumplimiento de diversos servicios públicos son, la mayoría de las veces, producto de una negociación. Si a las autoridades les interesara tener un presupuesto suficiente para generar empleos en el servicio de limpia, lo negociarían con la Asamblea.

¹¹² *Ibid.*, p. 12, párr. 33.

¹¹³ ONU, Observación General núm. 18, *El Derecho al Trabajo*, *doc. cit.*, p. 9, párr. 26.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 12, párr. 35.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 12, párr. 34.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 12, párr. 36.

Una manera de incumplir la obligación de aplicar es “dedicar al empleo un presupuesto insuficiente o distribuir los recursos públicos sin discernimiento, de manera que ciertos individuos o ciertos grupos no puedan disfrutar del derecho al trabajo, en particular los desfavorecidos y marginados”.¹¹⁷ El Gobierno del Distrito Federal y las delegaciones no destinan un presupuesto suficiente al empleo, en virtud de que sólo los trabajadores de limpia que cuentan con un contrato son los que tienen un salario fijo y prestaciones laborales.

Los Estados están obligados a tomar las medidas necesarias y hasta el máximo de los recursos de que dispongan en lo referente al derecho al trabajo. Sólo si el Gobierno del Distrito Federal y las delegaciones probaran que han realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos a su disposición, es como se podía entender que la situación laboral de los derechos voluntarios o pepenadores derivara de la falta de recursos.¹¹⁸

La forma actual de distribuir los recursos impide que los trabajadores voluntarios y los pepenadores, que pertenecen a grupos desfavorecidos y marginados, disfruten del derecho al trabajo, lo que genera el incumplimiento de la obligación de aplicar.

VI. Conclusión

Para mantener nuestra ciudad en condiciones habitables, los trabajadores voluntarios y los pepenadores desempeñan un papel fundamental. Injustamente, nadie reconoce su labor, su trabajo es infravalorado e invisible, lo que facilita la discriminación respecto a sus condiciones de trabajo, como el abuso de otros derechos humanos.¹¹⁹

El Gobierno del Distrito Federal y las delegaciones incumplen constantemente la ley a lo largo de las diversas etapas que conforman el servicio público de limpia, cuando esas autoridades deberían ser las que, conforme a la ley, vigilaran, precisamente, su cumplimiento. Es inviable que la autoridad exija el acatamiento de la ley cuando ella misma no lo hace. Esto genera ineficiencia tanto en la prestación del servicio público de limpia, como en la exigencia de la observancia de la ley a terceros.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 13, párr. 36.

¹¹⁸ ONU, Observación General núm. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, *doc. cit.*, párr. 10.

¹¹⁹ OIT, C189-Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, adoptado en la 100ª Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, Preámbulo, 16 de junio de 2011.

Como se demostró, los trabajadores voluntarios y los pepenadores realizan un trabajo subordinado al Gobierno del Distrito Federal y a las delegaciones. Por lo tanto, al tener el estatus de trabajadores, deberían gozar de todos los derechos laborales que implica un trabajo digno. Estos trabajadores son tratados por las autoridades como de segunda clase por su carácter “informal” o “no estructurado”, discriminándolos en su acceso al derecho al trabajo.

En ese sentido, el gobierno está violando los derechos señalados en la legislación, pero también los compromisos internacionales de México contraídos a partir de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos. La situación es particularmente crítica cuando el gobierno es el empleador.

El reconocimiento de los derechos de estos trabajadores en igualdad de circunstancias que los trabajadores “formalmente” contratados, así como la rendición de cuentas por parte del gobierno, es requisito *sine qua non* para eficientar el servicio público de limpia en la ciudad de México.

Un servicio eficiente, además de no ser irregular, ilegal y violador de derechos de sus trabajadores, será aquel que mantenga al Distrito Federal limpio, realizando la totalidad de sus pasos al menor costo, de la manera más rápida, ecológica y sustentable. Esto implica también terminar con el esquema de propinas.

Se proponen seis soluciones o alternativas respecto a la situación actual:

1. Armar un caso y ejercer acción legal ante los tribunales, aunque ello pondría en riesgo la estadía de los pepenadores en sus “lugares de trabajo”.
2. Formalizar la actividad de los trabajadores voluntarios y los pepenadores como trabajadores del Gobierno del Distrito Federal.
3. Contratar a una o varias empresas privadas para que lleven a cabo la recolección y la operación de las plantas de selección, lo cual no garantiza que los pepenadores sean contratados.
4. La formalización de tres empresas de selección de residuos sólidos, correspondientes a cada una de las plantas de selección y tratamiento del Distrito Federal. Con ello, los líderes serían los patrones oficialmente responsables de garantizar a los pepenadores una situación de trabajo digna.
5. La creación de cooperativas, a fin de que los pepenadores y los trabajadores voluntarios se organicen y se conviertan en empresarios.

6. La realización de una consulta pública en el Distrito Federal sobre el servicio público de limpia que involucre a la sociedad civil en el tema y llame la atención de las organizaciones no gubernamentales. Esto implica, también, tener un conocimiento claro de las empresas que se benefician de la compra de los materiales reciclados (subproductos).

Cada una de las seis alternativas planteadas tiene potencial para ser desarrollada individualmente, y sería deseable que sucedieran de manera simultánea para acelerar los cambios y lograr la dignificación de la vida de las familias que llevan generaciones siendo invisibles.

Las condiciones laborales de los trabajadores voluntarios y pepenadores son inaceptables y merecen atención prioritaria. No será sino hasta que nos atrevamos a romperlas, y que como ciudadanía y ciudadanos en el gobierno o como empresarios renunciemos a privilegios y corrupción, cuando estaremos alcanzando un mayor desarrollo como sociedad, ciudad y país.

VII. Bibliografía

Barrios, Ruth, “Ganan pepenadores; no cerrará la planta de selección de basura aún después de la clausura del Bordo Poniente”, en *Crónica*, México, 11 de febrero de 2013, disponible en <<http://www.cronica.com.mx/notas/2012/618032.html>>, página consultada el 5 de junio de 2013.

Castillo, Héctor, “*El Zar de la basura: caciquismo en la ciudad de México*”, en *Veredas*, 2006, núm. 13, México, segundo semestre de 2006, p. 58, disponible en <http://148.206.107.15/biblioteca_digital/estadistica.php?id_host=6&tipo=ARTICULO&id=4233&archivo=12-269-4233ktj.pdf&titulo>, página consultada el 19 de noviembre de 2013.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de octubre de 2013.

Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Willis v. The United Kingdom*, Judgment of 11 June, 2002, Application no. 36042/97, Report of Judgment and Decisions 2002 IV, para. 39.

_____, *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium*, Judgment of 23rd July 1968, serie A, 1968, para. 10.

Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 28 noviembre de 2012, serie C, núm. 257, párr. 285.

_____, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18.

- _____, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17.
- “El del camión”, en *El Universal*, México, 29 de agosto de 2011, disponible en <<http://www.eluniversal.com.mx/ciudad/107738.html>>, página consultada el 26 de abril de 2013.
- “El pepenador: una prueba a la resistencia”, en *El Universal*, México, 29 de agosto de 2011, disponible en <<http://www.eluniversal.com.mx/ciudad/107740.html>>, página consultada el 26 de abril de 2013.
- Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de enero de 2013.
- Gobierno del Distrito Federal, Acuerdo por el que se Aprueba y Expide el Programa de Gestión Integral de Residuos Sólidos para el Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 3 de septiembre de 2010.
- Gómez, Thelma, “No vamos a dejar que cierren Bordo Poniente”, en *El Universal*, México, 30 de agosto de 2011, disponible en <<http://www.eluniversal.com.mx/ciudad/107766.html>>, página consultada el 26 de abril de 2013.
- “La barrendera”, en *El Universal*, México, 29 de agosto de 2011, disponible en <<http://www.eluniversal.com.mx/ciudad/107737.html>>, página consultada el 26 de abril de 2013.
- “La del Centro de Transferencia”, en *El Universal*, México, 29 de agosto de 2011, disponible en <<http://www.eluniversal.com.mx/ciudad/107739.html>>, página consultada el 26 de abril de 2013.
- Ley de Residuos Sólidos del Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 22 de abril de 2003.
- Ley Federal del Trabajo, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de noviembre de 2012.
- Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de noviembre de 2013.
- Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 29 de diciembre de 1998.
- Organización de los Estados Americanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, aprobado por la Asamblea General en su 18 periodo ordinario de sesiones, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988.
- Organización Internacional del Trabajo, C189-Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, adoptado en la 100ª Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 16 de junio de 2011.
- _____, *Informe VI. El Trabajo Decente y la Economía Informal*, 90ª Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002.
- _____, R198-Recomendación sobre la relación de trabajo, adoptada en la 95ª Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 15 de junio de 2006.

Organización de las Naciones Unidas, Observación General núm. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su 5º periodo de sesiones, E/1991/23, Nueva York, 26 de noviembre al 14 de diciembre de 1990.

———, Observación General núm. 18, El Derecho al Trabajo, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su 35º periodo de sesiones, E/C.12/GC/18, Ginebra, 24 de noviembre de 2005.

———, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

Osorio, Ernesto, “Arman ‘emporio’ de basura en el oriente”, en *Reforma*, México, 6 de junio de 2011, disponible en <<http://www.reforma.com/ciudad/articulo/610/1219540/>>, página consultada el 5 de junio de 2013.

Reglamento de la Ley de Residuos Sólidos del Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 7 de octubre de 2008.

Robles, Johana, “Buscan mantener la pepena”, en *El Universal*, México, 19 de diciembre de 2011, disponible en <<http://www.eluniversal.com.mx/ciudad/109427.html>>, página consultada el 26 de abril de 2013.

SCJN, Trabajadores al servicio del Estado. El vínculo laboral se demuestra cuando los servicios prestados reúnen las características propias de una relación de trabajo, aunque se haya firmado un contrato de prestación de servicios profesionales, Jurisprudencia (Laboral), 9a. Época, 2a. Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXI, marzo de 2005, p. 315.

Sindicato Único de Trabajadores del Gobierno del Distrito Federal, Sección 1, “Limpia y transporte”, disponible en <http://www.sutgdf.org.mx/Seccion-1_Ids_23.html>, página consultada el 26 de abril de 2013.

Wamsler, Christine, *El sector informal en la separación del material reciclable de los residuos sólidos municipales en el Estado de México*, México, Secretaría de Ecología-Dirección General de Normatividad y Apoyo Técnico, agosto de 2000, disponible en <<http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd27/sector.pdf>>, página consultada el 26 de abril de 2013.

ENSAYOS TEMÁTICOS

El derecho al nombre en el entendimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: reseña del amparo en revisión 259/2013

Juan Jaime González Varas*

* Licenciado en derecho por la Universidad Anáhuac México Sur. Maestrante en derechos humanos y democracia por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso-México) y estudiante de la Maestría en Derechos Humanos y Garantías en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Secretario auxiliar de Ponencia de la Secretaría Técnica de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; y director ejecutivo y socio fundador de Derechos Humanos Painal Media, A. C.

Resumen

El desarrollo jurisprudencial e interpretativo del derecho al nombre en nuestro sistema jurídico es aún limitado. La creciente aparición de un contexto de cambio en la estructura y organización de la sociedad han hecho necesario que los tribunales nacionales comiencen a generar mecanismos de interpretación que, desde un enfoque de derechos humanos, sean capaces de dar respuestas adecuadas de armonización entre instituciones jurídicas tradicionales de derecho civil y familiar con el adecuado goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas. Así, el presente texto expresa sólo una de las más recientes interpretaciones que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha realizado en torno al derecho al nombre y la relación que éste guarda con la vigencia de otro tipo de derechos fundamentales.

Palabras clave: derecho al nombre, derechos humanos, derecho a la identidad, filiación, familia.

Abstract

The judicial interpretation and case law about right to a name in our legal system is still limited. The recent changes in the structure and society's organization have done necessary that domestic tribunals begin to create interpretative procedures that, from a human rights approach, may be able to generate effective answers to harmonize civil law concepts with an appropriate exercise of human rights. Therefore, this paper aims to show one of the most recent interpretations made by the National Supreme Court of the right to a name and its relation with other human rights.

Key words: right to name, human rights, right to identity, filiation, family.

Sumario

I. Derecho humano al nombre: de la enunciación constitucional a su contenido material, una construcción con base en el derecho internacional de los derechos humanos y II. ¿Restricciones al derecho humano al nombre?

El 30 de octubre de 2013, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el amparo directo en revisión identificado con el número 259/2013, bajo la ponencia del ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, cuyo tema general fue identificado mediáticamente como el derecho a la modificación del nombre o cambio de nombre, en el caso, el apellido paterno.

El amparo se concedió para efectos¹ de que dos hermanas pudieran cambiar su apellido para adecuarse a su realidad social y familiar, toda vez que su tutor fue quien había asumido el papel de padre desde que ellas eran niñas, además de que les había permitido usar su apellido. Lo anterior se da con base en el fundamento de que el principio de inmutabilidad que rige a las personas no puede por sí solo ser suficientemente objetivo y razonable para negar la posibilidad de la modificación solicitada.

Al respecto, no es la primera vez que nuestro Tribunal Constitucional se ocupa del estudio de un tema relativo a la modificación de un nombre (apellido). En la séptima época, la extinta Tercera Sala consideró válido modificar el nombre de una persona en su acta de nacimiento para ajustar su situación jurídica a su realidad social. Por su parte, como precedentes recientes identificamos los diversos amparos directos en revisión 2424/2011 y 772/2012, resueltos también por la Primera Sala en fechas 18 de enero de 2012 y 4 de julio de 2012, respectivamente, bajo la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz, cuando por primera vez se fijó el contenido y alcance del derecho humano al nombre.²

¹ Se precisa que los efectos de la concesión del amparo, en estricto sentido jurídico, fueron los de revocar la sentencia y conceder el amparo para que el juez de la causa dejara insubsistente la sentencia reclamada y emitiera otra en la que se estableciera la procedencia del cambio o modificación del nombre, para lo cual deberá verificar si se acredita la necesidad de modificación para ajustarse a una situación jurídica o realidad social.

² En el amparo directo 772/2012, el ajuste del apellido a la realidad social derivó de que la actora lo dejó de usar a la edad de 14 años por considerar que la exponía al ridículo y burla ante la sociedad, lo cual le causaba un perjuicio moral; por su parte, en el amparo directo 2424/2011 se alegó la modificación de un

No obstante lo anterior, en este caso las actoras solicitaban excluir la filiación derivada del vínculo biológico entre ellas y el padre biológico, a fin de que su filiación se estableciera mediante el cambio de apellido con una persona distinta y, en ese sentido, pudieran llevar tal apellido paterno para, de esta forma, adecuar su nombre a la realidad en que se desenvuelven.

Así, la Sala estimó analizar el asunto desde dos vertientes: *I)* como consecuencia del cambio de filiación solicitada y *II)* como necesidad de adecuar el nombre de las actoras a su realidad y, en esa medida, tener presente que la sola circunstancia de que el cambio de filiación no fuera procedente, no necesariamente traía como consecuencia la improcedencia de la solicitud relativa a la modificación del nombre, en tanto que en la demanda inicial se advierte que esa petición tiene como sustento autónomo tratar de adecuar el nombre de las actoras a su realidad social.

En ese orden de ideas, atendiendo al principio pro persona, se concluyó que la petición de modificar el nombre no sólo era una pretensión solicitada como consecuencia del cambio de filiación, sino que además se había ejercido de manera autónoma para adecuarlo a la realidad de las niñas; y que, en esa medida, la negativa del cambio de filiación solicitada no necesariamente generaba la improcedencia de la modificación del nombre. Así, el presente fallo no abarcó lo decidido por el Tribunal Colegiado en relación con la petición del cambio de filiación, en tanto que, al no encontrarse controvertida en los agravios, se declaró firme conforme a lo establecido en primera y en segunda instancia.

Con el presente fallo, parece que la Primera Sala de la Corte se aproxima a consolidar un criterio sobre las manifestaciones del derecho humano al nombre. En ese sentido, se estima que lo que debe llamarnos la atención no es una visión reduccionista de una *autorización para modificar un apellido*, sino los razonamientos de fondo que han llevado al máximo tribunal a posicionar el derecho al nombre en la agenda judicial de los derechos humanos.

apellido compuesto, y requería testar la segunda parte del compuesto, pues la actora lo había utilizado por años como simple (primer apellido paterno y primer apellido materno).

I. Derecho humano al nombre: de la enunciación constitucional a su contenido material, una construcción con base en el derecho internacional de los derechos humanos

1.1 ¿Qué contempla el derecho al nombre? Una mirada a las fuentes del derecho internacional

Desde el precedente identificado con el número 2424/2011, la Sala fijó el contenido y alcance del derecho humano al nombre. Así reconoció que el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos considera, de manera expresa, entre otros, el derecho al nombre entre una gama de derechos humanos irrestringibles e insuspendibles incluso en aquellos casos denominados como *estados de excepción* (casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto).

No obstante lo anterior, la Sala aceptó que la referencia constitucional enunciativa del derecho humano en comento no fijaba su sentido o alcance, ni lo definía en alguna medida, por lo que estimó conveniente remitirse a las fuentes internacionales en materia de derechos humanos de conformidad con los siguientes instrumentos normativos: *a)* la Declaración Universal de Derechos Humanos, estableció que “toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos”; *b)* el artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé que “toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos si fuere necesario”; *c)* el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; *d)* el artículo 7º, apartado 1 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, reconocen además el derecho del niño a preservar su identidad, incluido el nombre; y, *e)* la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer obliga a los Estados a reconocer a la mujer casada el mismo derecho que el hombre a elegir el apellido.

Aunado a ello, la Primera Sala en el amparo directo 2424/2011 también remontó las interpretaciones que en la sede internacional se han realizado sobre el derecho humano al nombre. Así, rescata que el nombre y apellido constituyen un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, que permite identificarlas como miembros de una familia, y sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad, por lo que son esenciales para establecer formalmente el vínculo

entre los diferentes miembros con la sociedad y con el Estado.³ En ese sentido, los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre; y una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y restablecer su nombre y apellido.⁴

Ahora bien, una vez determinado el contenido material del derecho humano al nombre, y a efecto de analizar su eventual alcance, es importante precisar la función que desempeña en el individuo.

1.2 ¿Qué función desempeña el nombre? Un derecho de doble función

La Sala estimó que el nombre tiene una doble función, pues por un lado sirve como signo de filiación y parentesco y, por otro, permite individualizar a las personas al distinguirlas de los demás miembros de la sociedad:

a) Filiación (función filial). Aunque por regla general la filiación tiene sustento en el fenómeno biológico de la procreación, no se puede negar que éste no es el único, de manera que, atendiendo al tipo de filiaciones que pueden existir, en especial las de orden civil, es posible afirmar que el derecho no crea el vínculo biológico, sólo lo califica o regula; y que, a la vez, el vínculo biológico no crea *per se* la relación jurídica que surge de la filiación. En este orden de ideas, *progenitor* es un término de orden biológico, mientras que el concepto de *padre o madre* es una categoría de orden jurídico que se relaciona con el parentesco de las personas, el cual puede ser considerado o equiparado al consanguíneo sin importar el origen biológico de las personas.

b) Identidad (función individualizadora). El apellido de una persona permite ubicarla como parte de un determinado grupo familiar y, a la vez, individualizarlas. Su sola referencia evoca los atributos, cualidades y defectos de la persona que lo porta, trayendo a colación sus obras, hechos y acciones, por lo que es evidente que el nombre se encuentra ligado de manera inescindible a la personalidad e identidad de las personas y, por ende, a su propia dignidad.

³ Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia del 8 de septiembre de 2005, párr. 182; *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párr. 192.

⁴ Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico...*, *doc. cit.*; *Caso de la Masacre de las Dos Erres...*, *doc. cit.* párr. 184.

Así, al identificarse diversas funciones, se destaca la interrelación de este derecho con otros derechos, como veremos a continuación.

1.3 ¿Qué implicaciones tiene el derecho al nombre en la dignidad de las personas? Transversalización del derecho, un derecho de la personalidad

El nombre, además de cumplir con las funciones antes precisadas, es un atributo que la ley otorga al individuo para integrar su personalidad, pues a través del nombre se ejercen derechos y obligaciones, lo cual encuentra sustento en la dignidad de las personas. Esto es así porque la dignidad, como derecho fundamental del ser humano, sirve de base y condición para el ejercicio de los demás derechos.

Ahora bien, se partió de la idea de que el derecho a la identidad personal ha sido definido por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte como el que tiene la persona a poseer sus propios caracteres, físicos e internos, y sus acciones, que lo individualizan ante la sociedad. Así, la identidad personal es el conjunto y resultado de todas aquellas características que permiten individualizar a una persona en la sociedad, es todo aquello que hace ser “uno mismo” y no “otro” y que se proyecta hacia el exterior, permitiendo a los demás conocer a esa persona y, de ahí, identificarla.

En ese orden de ideas, si una de las funciones del nombre es permitir la individualización de las personas, es evidente que desempeña un papel fundamental en el derecho a la identidad, y aunque el nombre de las personas sólo es un elemento que integra el derecho a la identidad, no se puede negar que también se construye a través de múltiples factores psicológicos y sociales que tienen especial incidencia en el ámbito en que la persona se ve a sí misma y quiere proyectarse hacia los demás.

Conforme a lo anterior, se llega a la conclusión de que si bien por regla general se considera el nombre de las personas como inmutable, toda vez que la identificación e individualización de las personas plasmada en el registro civil otorga orden y seguridad a la sociedad sobre el estado civil de las personas en él registradas, y por lo tanto debe gozar de estabilidad y permanencia, lo cierto es que tal regla no es absoluta, pues si el nombre se rige por el principio de autonomía de la voluntad y forma parte del derecho a la identidad –la cual se construye a través de múltiples factores psicológicos y sociales–, debe considerarse que si el nombre causa una afectación psicológica o social a las personas, sí puede ser objeto de modificación, pues el artículo 5º, apartado 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es terminante al establecer: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

Por ello, si la regla de inmutabilidad del nombre no es absoluta, entonces el derecho al nombre admite la posibilidad de que pueda ser modificado.

1.4 Alcance del derecho: ¿derecho al nombre o derecho a un registro?

En el desarrollo de la sentencia, la Sala estimó necesario determinar cuál era el alcance del derecho humano al nombre y los apellidos previsto en el artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto fue porque la ejecutoria dictada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito estimó que este derecho se colmaba cuando el nombre de una persona era registrado en un acta de nacimiento con el apellido de sus padres.

Así, conforme al contenido del derecho realizado de conformidad con el apartado anterior, queda claro que el derecho al nombre no es un derecho a un registro únicamente, sino que admite la posibilidad de modificarlo para ajustarlo a una realidad social de la que el individuo forma parte.

Al respecto, se precisa que las personas puedan por sí y ante sí modificar su nombre o apellido a simple voluntad, de manera vana o caprichosa, pero por seguridad jurídica es necesario acudir ante la autoridad competente y solicitar la modificación; además, esa solicitud debe apoyarse en una causa que justifique el cambio que se pretende. Esto nos obliga, de alguna u otra manera, a pensar en que dicho derecho, como muchos otros, admite restricciones, las cuales se analizarán posteriormente.

II. ¿Restricciones al derecho humano al nombre?

El Código Civil para el Distrito Federal, en su capítulo XI, del Título Cuarto, del Libro Primero, se advierte que las actas del Registro civil pueden modificarse a través de una rectificación o una aclaración.

No obstante, la rectificación de un acta no debe confundirse con una aclaración, pues esta última sólo procede cuando en el levantamiento del acta correspondiente existen errores mecanográficos, ortográficos o de otra índole, que no afectan los datos esenciales de la misma, de ahí que su trámite sea de índole administrativa ante la Dirección General del Registro Civil; en cambio, la rectificación de un acta no solamente puede afectar los datos esenciales que en ella se contienen, sino que incluso puede afectar el acto mismo que a través de ella se inscribe en el Registro civil.

De lo anterior se desprende que el Código Civil para el Distrito Federal sí permite modificar, incluso de manera sustancial, el nombre de las personas; sin embargo, salvo el caso de reconocimiento de un hijo, no se establece otra hipótesis que permita variar el nombre de las personas.

No obstante, eso no implica que el reconocimiento de un hijo sea la única causa por la cual se pueda modificar el nombre de las personas, pues de un análisis sistemático del Código Civil para el Distrito Federal se advirtió que el nombre de una persona también puede modificarse como consecuencia de las acciones que se emprenden en relación con la maternidad y paternidad de las personas.

Así pues, teniendo en cuenta que ningún derecho es absoluto y que el nombre de las personas imprime seguridad a las relaciones que entablan las personas en su ámbito familiar y social, que sin duda trascienden lo jurídico al servir como signo de filiación y parentesco y permitir la individualización de las personas, se concluyó que la intención del legislador del Distrito Federal fue que el nombre sólo pueda variarse en los casos específicos antes señalados, y no a simple voluntad, pues de concluir lo contrario, implicaría que el nombre puede ser variado a voluntad sin que resulte relevante la causa, pasando por alto el principio de referencia y la seguridad jurídica que éste conlleva.

2.1 Solución del caso concreto: evaluación de las restricciones

Conforme lo expuesto, la Sala advierte que si la adecuación del nombre a la realidad no está prevista en el Código Civil para el Distrito Federal como una causa o hipótesis que permita modificar el nombre, entonces implícitamente está prohibida, y encuentra sustento en el principio de inmutabilidad que rige al nombre de las personas.

Al respecto, se consideró que tal restricción no resultaba suficientemente objetiva, razonable y proporcional para negar la posibilidad de modificar el nombre a fin de que se adecue a la realidad de la persona que solicita el cambio; y tampoco resulta compatible con otros derechos fundamentales del individuo, como el derecho a la identidad, el derecho de protección de la familia y el derecho a la salud.

El razonamiento que emite la Sala para concluir que el nombre de la persona no corresponde con su realidad ni con la manera en que se ve a sí misma y quiere que los demás la vean (identidad), puede entenderse de la siguiente forma:

- a) La imagen que una persona tiene de sí misma, o piensa que tienen de ella, en buena medida está determinada por el conocimiento de sus orígenes biológicos.

- b) En el caso, la persona tiene pleno conocimiento de sus orígenes biológicos por tener la certeza de quiénes son sus progenitores.
- c) La persona fue objeto de abandono por parte de uno de ellos.
- d) Por ello, no tiene relación con el grupo familiar al que, por cuestión de orden biológico, pertenece en relación con ese progenitor y, por ende, no se siente identificado con su progenitor ni quiere que socialmente se le relacione con él.
- e) No hay concordancia con la familia a la que, de hecho, pertenece, al haber sido otra persona la que, sin tener una obligación legal, asumió las cargas y el papel de padre que debió desempeñar su progenitor, al grado de que, a fin de encontrar un sentimiento de pertenencia o vinculación con la persona que asumió la función de padre y la familia de él, utiliza de manera constante el apellido de éste.

Por lo tanto, estimó que cuando esa situación se presenta, se está en presencia de una causa que justifica solicitar la modificación del nombre, en tanto tiene sustento no sólo en el derecho al nombre y la posibilidad de modificarlo, sino en que, además, se encuentra vinculada al derecho a la personalidad e identidad de la persona y, por ende, a su propia estima, salud psicológica y dignidad, además de que encuentra vinculación con el derecho constitucional de protección a la familia.

Así, concluye que si a pesar de que en los hechos se puede llegar a establecer que una persona, a raíz de un acogimiento familiar, guarda el estado de hijo respecto a otra que no es su progenitor, pero no puede demandar el reconocimiento de ese estado, ni el que asume el papel de padre puede reconocerla como hija, en tanto que la persona se encuentra debidamente registrada y reconocida como tal por su progenitor, dicha persona, debe tener al menos la posibilidad de solicitar la modificación de su nombre para que éste se adecue a su realidad social.

PRESIDENTA

Perla Gómez Gallardo

CONSEJO

José Antonio Caballero Juárez
José Luis Caballero Ochoa
Miguel Carbonell Sánchez
Denise Dresser Guerra
Manuel Eduardo Fuentes Muñiz
Mónica González Contró
Nancy Pérez García
Nashieli Ramírez Hernández

VISITADURÍAS GENERALES

PRIMERA Alfonso García Castillo
SEGUNDA Monserrat Matilde Rizo Rodríguez
TERCERA Sergio J. González Muñoz
CUARTA Clara Isabel González Barba
QUINTA Claudia Patricia Juan Pineda

CONTRALORÍA INTERNA

Hugo Manlio Huerta Díaz de León

SECRETARÍAS

EJECUTIVA Hugo Ulises Valencia Gordillo
**PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
E INCIDENCIA EN POLÍTICAS PÚBLICAS** Orfe Castillo Osorio*

CONSULTORÍA GENERAL JURÍDICA

Irma Andrade Herrera

DIRECCIONES GENERALES

QUEJAS Y ORIENTACIÓN Ignacio Alejandro Baroza Ruíz
ADMINISTRACIÓN Jaime Mendoza Bon
COMUNICACIÓN POR LOS DERECHOS HUMANOS Guillermo Gómez Gómez
EDUCACIÓN POR LOS DERECHOS HUMANOS Raúl Armando Canseco Rojano

DIRECCIÓN EJECUTIVA DE SEGUIMIENTO

Mónica Marlene Cruz Espinosa

CENTRO DE INVESTIGACIÓN APLICADA EN DERECHOS HUMANOS

Ricardo A. Ortega Soriano

SECRETARÍA PARTICULAR DE LA PRESIDENCIA

Beatriz Juárez Cacho Romo

COORDINACIÓN GENERAL DE VINCULACIÓN ESTRATÉGICA

David Peña Rodríguez

COORDINACIONES**ASESORES:**

INTERLOCUCIÓN INSTITUCIONAL Y LEGISLATIVA Santiago Rodríguez Solórzano
TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN Darío Medina Ramírez*
SERVICIOS MÉDICOS Y PSICOLÓGICOS Sergio Rivera Cruz
SERVICIO PROFESIONAL EN DERECHOS HUMANOS Mónica Martínez de la Peña

*Encargado(a) de despacho