



Facultad de
Derecho

In Jure Anáhuac Mayab

Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Universidad Anáhuac Mayab

ISSN: 2007-6045



Red de Universidades
Anáhuac

México Año 7 Primera Época Número 13 Otoño-invierno 2018.

UNIVERSIDAD ANÁHUAC MAYAB

Ing. Miguel Enrique Pérez Gómez, M. A.

RECTOR

Dr. Narciso Acuña González

VICERRECTOR ACADÉMICO

DIVISIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

FACULTAD DE DERECHO

Mtro. Absalón Álvarez Escalante

DIRECTOR

Dra. María Guadalupe Sánchez Trujillo

COORDINADORA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES

JURÍDICAS Y PROGRAMAS DE DOCTORADO

CONSEJO EDITORIAL
REVISTA IN JURE ANÁHUAC MAYAB

Absalón Álvarez Escalante
PRESIDENTE DEL CONSEJO EDITORIAL

María Guadalupe Sánchez Trujillo
DIRECTORA GENERAL

CONSEJEROS EDITORIALES

Andrés Botero Bernal

*Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander,
Colombia.*

José Antonio Caballero Juárez

*División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia
Económicas A.C., México.*

Ramiro Contreras Acevedo

*Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la
Universidad de Guadalajara, México.*

Miriam de los Ángeles Díaz Córdoba

Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, México

Eduardo A. Fabián Caparrós

Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, España.

Dora García Fernández

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Anáhuac,
México.*

Jorge Alberto González Galván

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional
Autónoma de México, México.*

María del Pilar Hernández Martínez

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional
Autónoma de México, México.*

María Carmen Macías Vázquez

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional
Autónoma de México, México.*

José Antonio Núñez Ochoa

*Instituto de Investigaciones Jurídicas y Posgrado, Universidad Anáhuac,
México.*

Francisco José Paoli Bolio

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional
Autónoma de México, México.*

Ruperto Patiño Manffer

*Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México,
México.*

Rocío del Pilar Peña Huertas

Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia

Luciano Carlos Rezzoagli

*Instituto de Investigación Estado, Territorio y Economía, Universidad
Nacional del Litoral, Argentina.*

Alma de los Ángeles Ríos Ruiz

*Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México,
México.*

María Guadalupe Sánchez Trujillo

Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac Mayab, México.

Ana Lilia Ulloa Cuéllar

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana,
México*

Enrique Uribe Arzate

*Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de
México, México.*

COMITÉ EDITORIAL

Raúl Andrade Osorio, *Poder Judicial de la Federación, México.*

María Cristina Burgos Montes de Oca, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Iliana Galilea Cariño Cepeda, *Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría SJ de la Universidad Iberoamericana Puebla, México.*

Mónica Patricia Castillo Salazar, *Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, Ecuador.*

Erika Joullieth Castro Buitrago, *Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia.*

Gerardo Centeno Canto, *Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida, México,*

Víctor Manuel Collí Ek, *Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche, México.*

Julia Amanda Díaz Aguilar, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Genny Alejandra Falcón Gual, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Carla Angélica Gómez MacFarland, *Dirección de Análisis Legislativos, Instituto Belisario Domínguez, Cámara de Senadores, México.*

Luz María Guzmán Lozano, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Alma Gabriela Lima Paul, *Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, México.*

Luis Alfonso Méndez Corcuera, *Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán, México.*

Joaquín Ordóñez Sedeño, *Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, México.*

Armando Peraza Guzmán, *Universidad Pedagógica Nacional, México.*

Dalia Isela Piña Alberto, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Jorge Rivero Evia, *Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán, México.*

Rebeca Rodríguez Minor, *Escuela de Negocios de la Universidad Anáhuac Cancún, México.*

Julia Ruiz Buzo, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Maricarmen Sabido Basteris, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Ángel Daniel Torruco González, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Luis Federico Vázquez Elizondo, *Universidad Autónoma de Nuevo León, México.*

In Jure Anáhuac Mayab, Año 7, Núm.13, Julio – Diciembre de 2018, es una Publicación semestral editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, Km.15.5 Carr. Mérida-Progreso Mérida, Yucatán, México CP. 97310, Tel. (999) 942-4800 ext. 535, 01-800-012-0150, <http://www.anahuacmayab.mx>. Editor responsable: Universidad Anáhuac Mayab. Reserva de derechos al uso exclusivo No. 04-2013-011817063200-102 otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. ISSN: 2007-6045. Responsable de la última actualización de este Número y de la página <http://anahuacmayab.mx/injure>: Dirección de Comunicación Institucional de la Universidad Anáhuac Mayab, Mtra. Florángely Herrera Baas. Km.15.5 Carr. Mérida- Progreso Mérida, Yucatán, México CP. 97310, fecha de última modificación, 19 de noviembre de 2019.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. Queda prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la Universidad Anáhuac Mayab.



IN JURE ANÁHUAC MAYAB
Revista de la Facultad de Derecho
Universidad Anáhuac Mayab

Estudios Jurídicos: Trabajos académicos inéditos, prácticos o dogmáticos, en formato de artículo, monografía, ensayo.

Crónica Jurídica Anáhuac: Comentarios legislativos, sentencias, resoluciones administrativas, jurisprudencia, tesis aislada, reseña académico-jurídica.

Recensiones: Comentarios académicos o apuntes a libros jurídicos.

Colloquium: Trabajos relevantes de estudiantes de Maestría y Doctorado, preferentemente relacionados con los temas de sus proyectos de investigación.

Normas para la presentación de colaboraciones:

El documento deberá estar en Word, en letra Arial tamaño 11, con espaciado interlineal de 1.5 cm y 2.5 cm de margen en los 4 lados, sin sangría.

Título del trabajo (en mayúsculas a 14 puntos en negritas y centrado), nombre(s) del autor(es), después del título a 10 puntos alineado(s) al margen derecho) con nota al pie de página que muestre la filiación institucional (datos académicos y profesionales y trayectoria académica), dirección electrónica y número de teléfono.

Subtítulos a 12 puntos en negritas y alineados a la izquierda.

Notas a pie de página a 9 puntos, numeradas en forma ascendente, a espacio sencillo y justificadas (apellidos del autor, nombre, título en cursivas (sólo se usará mayúscula inicial y en los nombres propios), número de edición (la primera no debe indicarse), traductor, lugar de la edición (ciudad), editorial, año, colección, volumen o tomo, páginas).

No espacios especiales anteriores o posteriores entre párrafos. Deberá usar mayúsculas y minúsculas.

Resumen y *abstract*: máximo de 200 palabras, en las cuales se muestran, de forma muy breve, los argumentos principales y las tesis desarrolladas, las críticas y los aportes más relevantes. Idioma: Español e Inglés.

Palabras claves: 5 palabras máximo que permitan identificar de forma clara el tema del artículo. Idiomas: Español e Inglés.

La estructura del trabajo deberá dividirse en: Introducción, Desarrollo del tema, metodología, resultados y conclusiones, referencias bibliográficas.

Las figuras o tablas en archivos originales (programas en que fueron elaborados). 9

Extensión máxima de 30 cuartillas si es un ensayo, artículo o monografía; para estudios legislativos o jurisprudenciales, la extensión máxima será de 15 cuartillas y 5 cuartillas para recensiones. Tratándose de Trabajos relevantes de estudiantes de Maestría y Doctorado, la extensión máxima será de 20 cuartillas.

Todos los trabajos serán sometidos a dictamen doble ciego. La Revista cuenta con el apoyo de pares de distintas Universidades nacionales y extranjeras que evalúan las contribuciones.

Deberá enviar sus colaboraciones a la dirección: maria.sanchezt@anahuac.mx

ÍNDICE

Presentación. Absalón Álvarez Escalante Pág. 12

Estudios Jurídicos

Justicia contenciosa administrativa municipal. El caso de Mérida, Yucatán, México. **Pág. 15**

Gerardo Centeno Canto

La vivienda digna y en armonía con el medio ambiente como una cuestión de orden constitucional en México. **Pág. 39**

Enrique Uribe Arzate

Miriam Monserrat Olvera de la Cruz

Colloquium

La paradoja de los muertos con el corazón latiendo en México. Análisis biojurídico. **Pág. 72**

Miguel Ángel Tenorio Mendoza

Los órganos constitucionales autónomos: la redarquía como paradigma en las funciones del Estado mexicano. **Pág. 94**

Eduardo García Girón.

PRESENTACIÓN

Absalón ÁLVAREZ ESCALANTE*

Director de la Facultad de Derecho

*“Como un campo, aunque sea fértil,
no puede dar frutos si no se cultiva,
así sucede a nuestro espíritu, sin el estudio”*

Marco Tulio Cicerón.

Los estudiosos del derecho siempre deben ser espíritus inquietos, ávidos de buscar nuevas respuestas a las preguntas constantes que alimentan la dinámica social y que nutren la construcción de la norma jurídica.

El constante devenir de la problemática social, las distintas visiones que van evolucionando sobre el ser y el deber ser, la cambiante perspectiva cultural y de gobierno, y, en fin, la realidad humana que nunca ha sido, ni será estática, hacen de la Ciencia Jurídica un amplio, ilimitado, interesante y maravilloso escenario para la investigación, y a través de ella, para la generación de pensamiento crítico, analítico, propositivo y transformador.

Nuestra revista “In Jure Anáhuac Mayab”, da la bienvenida a las expresiones de reflexión intelectual fundada, de los investigadores que nos honran con sus aportaciones en esta décimo tercera edición:

“Justicia contenciosa administrativa municipal. El caso de Mérida, Yucatán, México.” del Dr. Gerardo Centeno Canto; “La vivienda digna y en armonía con el medio ambiente como una cuestión de orden constitucional”, del doctor Enrique Uribe Arzate y la abogada Miriam Monserrat Olvera de la Cruz; “La paradoja de los muertos con el corazón latiendo en México. Análisis biojurídico” del médico, abogado y doctorante en Derecho, Miguel Ángel Tenorio Mendoza; “Los órganos constitucionales autónomos: la redarquía como paradigma

* Maestro en Derecho Corporativo y Candidato a Doctor en Derecho, absalon.alvarez@anahuac.mx

en las funciones del Estado mexicano”, del maestro y doctorante en Gobierno y Gestión Pública, Eduardo García Girón.

Nuestro reconocimiento y agradecimiento, como en casa caso lo hemos hecho, para todos y cada uno de los creadores de estos valiosos trabajos, que nuestra revista, con gran satisfacción, comparte con sus lectores, seguros de que cada una de ellas abonará significativamente al fomento y difusión de la cultura jurídica.

Estudios Jurídicos

JUSTICIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA MUNICIPAL. EL CASO DE MÉRIDA, YUCATÁN, MÉXICO.

MUNICIPAL ADMINISTRATIVE JUSTICE. THE MÉRIDA, YUCATÁN, MEXICO CASE.

Gerardo CENTENO CANTO*

RESUMEN: La justicia contenciosa administrativa en los municipios de México es un proceso aún en ciernes. El caso de Mérida resultó ser ejemplar por las implicaciones políticas y jurídicas que ha representado, así como por el resultado de tales eventos que quedaron concretados en una instancia jurisdiccional municipal autónoma de cuyos antecedentes, perfil institucional y necesarios desarrollos se deja constancia.

Palabras clave: Tribunal, justicia contenciosa administrativa, municipio

ABSTRACT: Administrative litigation in the municipalities of Mexico is still developing in Mexico. The case of Mérida was exemplary by its political and legal implications, as well as by the result of events that brought the creation of an autonomous municipal jurisdictional institution, whose background, framework and development are the subject of this paper.

Keywords: Tribunal, administrative justice, municipality.

I. Introducción

El enjuiciamiento de los actos de autoridad de los órganos de Administración Pública mediante la intervención de una instancia jurisdiccional está integrado por una serie concatenada de razones, pruebas, actuaciones y formalidades con unidad finalista, con lo que se busca resolver, en sentencia, una controversia suscitada con motivo de un acto o resolución administrativa que se tilda ilegal. Esto se enriquece con la jerarquización de los

* Doctor en Derecho por la Universidad Anáhuac Mayab. Contacto: iuspro17@hotmail.com

derechos humanos como componente esencial de una justicia que es de las más próximas al ciudadano porque se enclava en el cruce de la tutela de derechos y el ejercicio del poder público de administración.

En términos amplios, la justicia contenciosa administrativa implica una relación entre partes, donde una es siempre un órgano de la Administración Pública, esto, dentro de un ámbito en el que se plantean conceptos de agravio ante una instancia jurisdiccional de legalidad, reclamando la afectación de derechos por actos o resoluciones administrativas, de lo que puede derivar que se declare su validez o nulidad. Sergio López Ayllón¹ ha señalado que el concepto de justicia administrativa se asocia normalmente con la jurisdicción administrativa pero que, sin embargo, es necesario distinguirlas y definir las porque a pesar de que están relacionadas, la jurisdicción administrativa es solamente un subconjunto de aquella.

Para Jorge Fernández Ruiz, citado por Pedro Noguero Consuegra², con la locución contencioso-administrativo se alude a la jurisdicción atribuida a determinados órganos estatales para conocer de controversias jurídicas suscitadas por la aplicación y ejecución de la normativa administrativa o el proceso que da curso a esas controversias, señalando el mismo autor que, en opinión de Héctor Fix-Zamudio y Héctor Fix-Fierro debe entenderse, por contencioso-administrativo, el procedimiento que se sigue ante un tribunal o un organismo jurisdiccional que está situado dentro del Poder Ejecutivo o del Judicial con el objeto de resolver, de modo imparcial y vinculante, las controversias entre particulares y Administración Pública.

En el ámbito local, la *Constitución Política del Estado de Yucatán* prevé la existencia de la justicia contenciosa administrativa municipal en sus artículos 77, Base Décima Séptima y 81, por lo que la creación del Tribunal municipal encuentra sustrato constitucional en dichas normas. En el año 2009, el entonces Presidente Municipal propuso ante el Cabildo de Mérida la creación de un Tribunal que fungiera como una instancia jurisdiccional con competencia para dirimir conflictos entre órganos de la Administración Pública municipal y los ciudadanos que considerasen afectados sus derechos por los actos y resoluciones definitivas que derivaran del ejercicio de la función administrativa municipal,

¹ López Ayllón, S. et al. *El doble propósito de la jurisdicción administrativa: Justicia para el individuo y eficiencia en la administración pública*. En García García A. et al (Coordinadores) *Perspectivas comparadas de la justicia administrativa*, Colección Coyuntura y Ensayo, CIDE, 2017, p. 242.

² Noguero Consuegra, P. *El concepto jurídico contencioso-administrativo como medio para impartir justicia en el Derecho mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 13.

esto, mediante la aplicación de los mecanismos de legalidad propios de la justicia contenciosa administrativa.

En principio, la idea fue bien acogida por regidores de las corrientes políticas que tenían representación en el cuerpo edilicio municipal. Sin embargo, por razones políticas no fue posible alcanzar la votación calificada que se exigía en el artículo 7º, párrafo primero, del *Reglamento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida*³, ya abrogado.

La entrada en vigor del artículo Primero Transitorio del referido reglamento fue prorrogada hasta en veintinueve ocasiones a lo largo de seis años, hasta que, en el año 2015, una representación política más plural en el seno del Cabildo meridano permitió que este órgano jurisdiccional municipal iniciara funciones el 18 de enero de 2016, ya que el día 16 del mismo mes, para el que estaba programado de manera formal el inicio de sus funciones resultó ser inhábil. Con esto, Mérida se convirtió en uno de los pocos municipios del país que cuentan con un tribunal en materia contenciosa administrativa, resaltando que, por el hecho de haber sido dotado de autonomía técnica e independencia, se marcó un hito a nivel nacional.

Lo que a continuación será expuesto es la narración documentada de la ruta que llevó al establecimiento de este tribunal municipal, exponiendo su justificación constitucional y legal, su perfil institucional, su situación actual, así como algunas propuestas jurídicas de mejora para potenciar un caso que ha sido etiquetado como exitoso para la justicia municipal por la lucha política que significó y el avance que ha representado a nivel nacional.

II. Antecedentes jurídicos

En el artículo 8º de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* se establece que, toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare en contra de aquellos actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley, por lo que es evidente que, en el Estado de Derecho deben ser efectivos los medios de control de legalidad de los actos, resoluciones y determinaciones de los órganos administrativos; de modo particular cuando afectan de manera directa a los ciudadanos.

³ Ayuntamiento Constitucional de Mérida, Yucatán. *Acuerdo en el que el Ayuntamiento de Mérida aprueba el "REGLAMENTO DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL MUNICIPIO DE MÉRIDA"*. Gaceta Municipal. 4 de marzo de 2009.

En México, el control de los actos administrativos de los órganos municipales se ha realizado a través de los recursos administrativos, del mecanismo contencioso administrativo o de los poderes judiciales estatales, bajo diversos esquemas, así como del juicio de amparo. En 1999, quedó establecido en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* una obligación a cargo de los congresos de los estados para legislar lo relativo al establecimiento de procedimientos, regulación de medios de impugnación y existencia de órganos encargados de dirimir controversias entre la Administración Pública municipal y la ciudadanía conforme a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad. Con esto, se abrió la posibilidad de establecer tribunales de justicia contenciosa administrativa en el ámbito municipal.

La amplitud de esta reforma motivó que diversos estados buscaran esquemas para atender las controversias administrativas en los municipios. Así, un grupo de estados avanzó en la implementación de una jurisdicción especializada para el nivel municipal: Baja California, Guanajuato, Nuevo León, Durango y Yucatán. Y es que, a la coexistencia de los ámbitos federal y estatal sobre un mismo territorio, se ha agregado lo municipal con gran multiplicidad de actos administrativos y normas cuya aplicación adquiere singular relevancia en la vida cotidiana de los ciudadanos, pues se trata de la célula de gobierno que les resulta más próxima.

En el texto original del artículo 115 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* nada quedó dispuesto en cuanto a los medios de impugnación que resultaban procedentes en contra de los actos administrativos emitidos por las autoridades municipales. Sucesivas reformas fueron modificando este artículo de la Constitución desde el 20 de agosto de 1928 hasta la del 24 de agosto de 2009, de gran trascendencia para la vida municipal. La décima reforma -de trece que sufrió este artículo en dicho lapso- fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de diciembre de 1999 y con ello se introdujo el tema de los medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias entre la Administración Pública municipal y los ciudadanos.

En la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión del 15 de junio de 1999 apareció el dictamen de la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales con proyecto de Decreto que Reforma y Adiciona el artículo 115 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, sometido al Pleno del Congreso como resultado de 9 iniciativas que presentaron diputados federales de las comisiones de Gobernación y Puntos Constitucionales, así como de Fortalecimiento Municipal de la Cámara de Diputados, desde el 23 de octubre de 1997 y hasta el 26 de mayo de 1999. En

la cuarta iniciativa, presentada el 31 de marzo de 1999, se propuso regular el procedimiento administrativo, acordando la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales, en su dictamen, que las leyes estatales en materia municipal debían contemplarlo y sujetarlo a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad, los que serían igualmente aplicables a los medios de impugnación, así como a los órganos encargados de resolver las controversias que surgieran entre la Administración Pública municipal y ciudadanos, sin especificar cuál sería la naturaleza jurídica de unos y otros.

De esta manera, el texto vigente del artículo 115 constitucional, en la parte que interesa a los fines de la presente aportación, quedó de la siguiente manera:

TÍTULO QUINTO DE LOS ESTADOS DE LA FEDERACIÓN Y DEL DISTRITO FEDERAL

Artículo 115. Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el municipio libre, conforme a las bases siguientes:

.

II. Los municipios estarán investidos de personalidad jurídica y manejarán su patrimonio conforme a la ley.

Los ayuntamientos tendrán facultades para aprobar, de acuerdo con las leyes en materia municipal que deberán expedir las legislaturas de los estados, los bandos de policía y gobierno, los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, que organicen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia y aseguren la participación ciudadana y vecinal.

El objeto de las leyes a que se refiere el párrafo anterior será establecer:

a) Las bases generales de la administración pública municipal y del procedimiento administrativo, incluyendo los medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias entre dicha administración y los particulares, con sujeción a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad;

(El subrayado es propio)

De esta redacción se advierte que el Constituyente Permanente no precisó la naturaleza jurídica de los medios de impugnación y los órganos competentes para dirimir controversias administrativas en el ámbito municipal, por lo que parece válido afirmar que las entidades federativas pueden contemplar en sus leyes en materia municipal varias alternativas para resolverlas: recursos administrativos o explorar el ámbito de lo contencioso administrativo y regular mediante ley los procesos y los tribunales administrativos. Con la apertura del texto fundamental, 26 entidades federativas optaron por el mecanismo de recursos y solamente 5 consideraron algún modelo contencioso administrativo

Por lo que hace a Yucatán, lo relativo a la justicia contenciosa administrativa municipal quedó prevista en el artículo 77, Base Décima Séptima de su Constitución Política, en la cual puede leerse lo siguiente:

Artículo 77.- Los municipios se organizarán administrativa y políticamente, conforme a las bases siguientes:

.....

Décima Séptima. - La Ley establecerá un sistema de medios de impugnación y resolución de controversias entre la autoridad y los particulares, en materia de lo contencioso administrativo municipal.

(El subrayado es propio)

Lo anterior se fortalece con la prescripción del artículo 81 de esa misma Constitución Política, pues en él se dispone lo siguiente:

Artículo 81.- La Ley que organiza y reglamenta el funcionamiento de los ayuntamientos, establecerá un sistema de medios de impugnación en materia de lo contencioso administrativo, para dirimir las controversias que se presenten entre la administración pública municipal y los particulares; con sujeción a los principios de igualdad, publicidad, audiencia, legalidad, profesionalismo, gratuidad y proximidad. Los Municipios conforme a lo anterior, podrán contar con Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

Dichos organismos privilegiarán la conciliación como mecanismo de solución de controversias.

En los municipios que no cuenten con un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, resolverá las controversias a que se refiere el presente artículo, el Tribunal de Justicia Electoral y Administrativa del Poder Judicial del Estado.

(El subrayado es propio)

Por lo tanto, ya desde el nivel constitucional local quedó prevista la obligación de establecer un sistema de medios de impugnación y resolución de controversias entre las autoridades y los ciudadanos en materia contenciosa administrativa lo que, para el municipio de Mérida se concretó posteriormente en el recurso de revisión y la conciliación como medio alternativo de solución de conflictos.

Tomando en cuenta lo previsto en el artículo 115, fracción II, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, esta disposición tiene el fin de potenciar la capacidad reglamentaria de los municipios y ampliar su ámbito competencial, tal como se deriva de la tesis de jurisprudencia que a continuación se reproduce:

LEYES ESTATALES EN MATERIA MUNICIPAL. OBJETIVO Y ALCANCES DE LAS BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MUNICIPAL. La reforma al artículo 115, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, sustituyó el concepto de "bases normativas" utilizado en el texto anterior, por el de "leyes en materia municipal", modificación terminológica que atendió al propósito del Órgano Reformador de ampliar el ámbito competencial de los Municipios y delimitar el objeto de las leyes estatales en materia municipal, a fin de potenciar la capacidad reglamentaria de los Ayuntamientos. En consecuencia, las leyes estatales en materia municipal derivadas del artículo 115, fracción II, inciso a), de la Constitución Federal, esto es, "las bases generales de la administración pública municipal" sustancialmente comprenden las normas que regulan, entre otros aspectos generales, las funciones esenciales de los órganos municipales previstos en la Ley Fundamental, como las que corresponden al Ayuntamiento, al presidente municipal, a los regidores y síndicos, en la medida en que no interfieran con las cuestiones específicas de cada Municipio, así como las indispensables para el funcionamiento regular del Municipio, del Ayuntamiento como su órgano de gobierno y de su administración

pública; las relativas al procedimiento administrativo, conforme a los principios que se enuncian en los cinco incisos de la fracción II del artículo 115 constitucional, incluidos en la reforma, entre las que se pueden mencionar, enunciativamente, las normas que regulen la población de los Municipios en cuanto a su entidad, pertenencia, derechos y obligaciones básicas; las relativas a la representación jurídica de los Ayuntamientos; las que establezcan las formas de creación de los reglamentos, bandos y demás disposiciones generales de orden municipal y su publicidad; las que prevean mecanismos para evitar el indebido ejercicio del gobierno por parte de los munícipes; las que establezcan los principios generales en cuanto a la participación ciudadana y vecinal; el periodo de duración del gobierno y su fecha y formalidades de instalación, entrega y recepción; la rendición de informes por parte del Cabildo; la regulación de los aspectos generales de las funciones y los servicios públicos municipales que requieren uniformidad, para efectos de la posible convivencia y orden entre los Municipios de un mismo Estado, entre otras. En ese tenor, se concluye que los Municipios tendrán que respetar el contenido de esas bases generales al dictar sus reglamentos, pues lo establecido en ellas les resulta plenamente obligatorio por prever un marco que da uniformidad a los Municipios de un Estado en aspectos fundamentales, el cual debe entenderse como el caudal normativo indispensable que asegure el funcionamiento del Municipio, sin que esa facultad legislativa del Estado para regular la materia municipal le otorgue intervención en las cuestiones específicas de cada Municipio, toda vez que ello le está constitucionalmente reservado a este último.⁴

En congruencia con lo anterior, en la *Ley de Gobierno de los Municipios del Estado de Yucatán*, el Legislador desarrolló la pauta constitucional al establecer en su artículo 176 que, los medios de defensa constituyen mecanismos legales de protección al ámbito personal de derechos de los habitantes cuando son afectados por un acto o resolución de la autoridad administrativa, con motivo de la prestación de un servicio o ejercicio de una función municipal. En su artículo 177, párrafo primero, la referida norma estatal estableció como medios de defensa dos recursos, a saber: I.- El de reconsideración, y II.- El de revisión.

⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Época: Novena. Registro: 176949. Instancia: Pleno. Tipo de tesis: Jurisprudencia. Tomo XXII, octubre de 2005. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 129/2005. Página: 2067.

El primero es un recurso que se sigue en sede administrativa municipal, por lo que conoce de él y lo resuelve aquella autoridad municipal que emitió el acto que se impugna. No obstante, interesa a los fines de la presente aportación académica el recurso de revisión, del cual, de conformidad con el artículo 180 de la *Ley de Gobierno de los Municipios del Estado de Yucatán* debe conocer un Tribunal de lo Contencioso Administrativo Municipal.

En el *Reglamento de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida*⁵, actualmente en vigor, específicamente en su artículo 2°, se encuentra establecido lo siguiente:

ARTÍCULO 2.- El Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida, es un órgano jurisdiccional en materia contenciosa administrativa, con plena autonomía, imparcialidad e independencia para dictar resoluciones que diriman las controversias que surjan entre la Administración Pública del Municipio de Mérida y los particulares, siempre que se trate de las que en este Reglamento se señalan como de su competencia.

El artículo 3° de esa misma norma precisa aún más lo relativo a la naturaleza del tribunal municipal en los siguientes términos:

ARTÍCULO 3.- El Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida es la instancia de carácter jurisdiccional a la que compete conocer del recurso de Revisión, entendido éste, como el medio de defensa en materia contenciosa administrativa municipal, que es procedente para impugnar los actos o resoluciones administrativas de carácter definitivo que en el presente Reglamento se mencionan.

En el mismo sentido, resaltando la naturaleza de la sede y el medio de defensa cuyo análisis nos ocupa, en el artículo 10, fracciones IV y V, del *Reglamento de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida* se encuentran establecidas las siguientes definiciones:

⁵ Ayuntamiento Constitucional de Mérida, Yucatán. *Reglamento de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida*. Gaceta Municipal. No. 536. 13 de enero de 2016.

IV. Recurso de Revisión: Medio de defensa en materia contenciosa administrativa que le compete conocer, instruir y resolver al Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida.

V. Tribunal: El Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida, como instancia jurisdiccional con plena autonomía para dirimir las controversias entre la Administración Pública y los particulares.

Resulta evidente que la justicia contenciosa administrativa para el municipio de Mérida tiene sustento constitucional, legal y reglamentario. Sin embargo, el hecho de que uno de los elementos para acceder a ella sea un recurso, o se denomine recurso, es una circunstancia que, en principio, requiere de algunas explicaciones, por lo que para ilustrar de mejor manera la diferencia generalmente aceptada entre los recursos administrativos y juicio, a pesar de que el concepto de lo contencioso administrativo es más amplio que el de nulidad, resulta adecuado tener presente la tesis siguiente:

RECURSOS ADMINISTRATIVOS Y JUICIO DE NULIDAD. SUS DIFERENCIAS.

Existen distintos medios de protección administrativos y jurisdiccionales, establecidos a efecto de lograr la extinción de actos administrativos contrarios a derecho. Esos medios se han considerado de dos tipos: indirectos y directos. En los primeros el gobernado afectado no tiene intervención alguna ya que constituyen, por un lado, mecanismos de autotutela administrativa derivados del poder de revisión que ejercen los órganos superiores sobre los inferiores y que consisten en la supervisión de la actuación de sus subordinados a fin de verificar su legalidad y oportunidad. Por su parte, en los medios directos, la participación de los gobernados es fundamental, ya que sin ella no tiene lugar esta forma de control. Dentro de ellos encontramos los recursos administrativos, así como los procesos jurisdiccionales, bien sea ante tribunales administrativos o ante tribunales judiciales. Estos medios de control constituyen una garantía para la protección de los derechos de los gobernados, y tienen como fin la revisión de la legalidad de la actuación administrativa, con el propósito de encauzarla dentro del marco legal. Algunas diferencias entre los recursos administrativos y el juicio de nulidad, son:

a) La autoridad que conoce de los recursos administrativos, generalmente es la misma que emitió el acto o su superior jerárquico. En cambio, la autoridad que resuelve el juicio de nulidad, es una autoridad ajena a la autoridad que emitió el

acto impugnado, autónoma e independiente del poder al que pertenece. b) Los efectos de los recursos administrativos pueden ser de simple anulación, de reforma del acto impugnado, o de reconocimiento de un derecho. Los efectos del juicio de nulidad son de mera anulación y de plena jurisdicción, en este último caso, sólo a efecto de reconocer y reparar un derecho subjetivo del actor, lesionado por el acto impugnado, teniendo el alcance no sólo de anular el acto, sino también de fijar los derechos del recurrente y condenar a la administración a restablecer y a hacer efectivos tales derechos. c) En los recursos administrativos, la autoridad que conoce de los mismos se sujeta a los agravios y cuando es el superior jerárquico, en algunos casos, al examen de la oportunidad del acto impugnado. En el juicio contencioso administrativo, el tribunal se sujeta a los agravios y en algunos casos está facultado para analizar oficiosamente algunas cuestiones, como la incompetencia de la autoridad que emitió la resolución impugnada y la ausencia total de fundamentación y motivación. d) La función del recurso administrativo es el control en la administración, con el objeto de lograr la eficacia de su actuación, que es de orden público, y no a la tutela de intereses particulares, no obstante que el particular resulte beneficiado, puesto que cuando éste interpone el recurso, existe colaboración de su parte para lograr la eficiencia administrativa. En cambio, en el juicio de nulidad, la función del tribunal es dirimir conflictos que se susciten entre la administración pública y los particulares. e) Por tanto, los recursos administrativos no implican una función jurisdiccional, sino simplemente administrativa, a diferencia del juicio de nulidad, en el que sí existe una verdadera controversia entre el particular afectado y la administración pública, por lo que realiza una función jurisdiccional. En ese orden de ideas, cuando una Sala del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa declara la nulidad de una resolución que negó la devolución de impuestos, en términos de los artículos 238, fracción IV y 239, fracción III, del Código Fiscal de la Federación, no debe ser para efectos de indicar a la autoridad administrativa la forma en que debe proceder, al analizar si es procedente o no la devolución de impuestos solicitada por el actor, como si fuera superior jerárquico de la autoridad que emitió el acto impugnado (no obstante que es un tribunal ajeno a la administración pública) y asumiendo plena jurisdicción, pero no para tutelar un derecho del gobernado.⁶

⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Época: Novena. Registro: 177844. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial

Llama la atención que, en la *Ley de Gobierno de los Municipios del Estado de Yucatán*, esté prevista la existencia de dos recursos, situación ambivalente que sólo puede entenderse a la luz del artículo 10º, fracción IV, del *Reglamento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida*, en el que se precisa que el recurso de revisión debe ser entendido como un medio de defensa en la materia contenciosa administrativa, de donde deriva que es éste el que da la pauta para la jurisdicción contenciosa administrativa municipal, constituyéndose -concretamente- en el medio de defensa en la materia.

Sin embargo, para superar cualquier perspectiva letrista o procesalista en el tema, resulta pertinente revisar la connotación principalista de la voz “recurso” pues esto se considera sumamente orientador.

III. Connotación de la palabra “recurso”

El derecho de acceso a la justicia administrativa tiene en los recursos una primera garantía que debe reivindicarse para potenciar su capacidad protectora y estratégica. Sin embargo, lo que esta palabra significa, su naturaleza y alcance, no ha sido comprendido con suficiencia, por lo que hoy día se le sigue considerando en algunos ámbitos con una connotación acotada, que los confunde con los recursos procesales, o bien, los tiene como simples instancias de súplica y discreción para las autoridades administrativas.

Del análisis del artículo 4º, Apartado B, fracción XII, del *Reglamento de Actos y Procedimientos Administrativos del Municipio de Mérida*⁷, se tiene que, un requisito propio del acto administrativo es, en el caso de ser impugnabile, mencionar el recurso procedente. En la referida norma se dispone lo siguiente: “XII.- Que se señalen, en el caso de actos administrativos recurribles, el recurso procedente, la autoridad ante la cual podrá presentarse, y el plazo para hacerlo, y...”

Esta disposición no debe interpretarse restrictivamente para aludir sólo a los recursos en sede administrativa -en el caso de Mérida el de reconsideración- pues conforme al derecho humano de acceso a la justicia, debe también comprender la indicación de todo medio de impugnación que resulte idóneo y eficaz, como es el recurso de revisión previsto por el *Reglamento de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida*. Se concluye esto de la interpretación sistémica del aludido numeral analizado en relación con el diverso

de la Federación y su Gaceta. Tomo XXII, julio de 2005. Materia(s): Administrativa. Tesis: IV.2o.A.146 A. Página: 1512.

⁷ Ayuntamiento Constitucional de Mérida, Yucatán. *Reglamento de Actos y Procedimientos Administrativos del Municipio de Mérida*. Gaceta Municipal. No. 201, 24 de febrero de 2012.

3° del reglamento que se señaló en último término en el párrafo anterior y con apoyo en el análisis conforme de los artículos 1° y 17 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en los cuales se exige optar por la interpretación de la norma de la que derive un resultado que sea congruente con la Norma Suprema, en caso de que a aquella se le pueda entender de diversas maneras.

La anterior razón se advierte de la tesis de jurisprudencia que a continuación se transcribe para mayor referencia del razonamiento expuesto:

INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA. A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la supremacía normativa de la Constitución no se manifiesta sólo en su aptitud de servir como parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas, sino también en la exigencia de que tales normas, a la hora de ser aplicadas, se interpreten de acuerdo con los preceptos constitucionales; de forma que, en caso de que existan varias posibilidades de interpretación de la norma en cuestión, se elija aquella que mejor se ajuste a lo dispuesto en la Constitución. En otras palabras, esa supremacía intrínseca no sólo opera en el momento de la creación de las normas, cuyo contenido ha de ser compatible con la Constitución en el momento de su aprobación, sino que se prolonga, ahora como parámetro interpretativo, a la fase de aplicación de esas normas. A su eficacia normativa directa se añade su eficacia como marco de referencia o criterio dominante en la interpretación de las restantes normas. Este principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento con la Constitución, reiteradamente utilizado por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, es una consecuencia elemental de la concepción del ordenamiento como una estructura coherente, como una unidad o contexto. Es importante advertir que esta regla interpretativa opera con carácter previo al juicio de invalidez. Es decir, que antes de considerar a una norma jurídica como constitucionalmente inválida, es necesario agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución y que le permita, por tanto, subsistir dentro del ordenamiento; de manera que sólo en el caso de que exista una clara incompatibilidad o una contradicción insalvable entre la norma ordinaria y la Constitución, procedería declararla inconstitucional. En esta lógica, el intérprete debe evitar en la medida de lo posible ese desenlace e interpretar las normas de

tal modo que la contradicción no se produzca y la norma pueda salvarse. Así el juez ha de procurar, siempre que sea posible, huir del vacío que se produce cuando se niega validez a una norma y, en el caso concreto, de ser posibles varias interpretaciones, debe preferirse aquella que salve la aparente contradicción. Ahora bien, la interpretación de las normas conforme a la Constitución se ha fundamentado tradicionalmente en el principio de conservación de ley, que se asienta a su vez en el principio de seguridad jurídica y en la legitimidad democrática del legislador. En el caso de la ley, fruto de la voluntad de los representantes democráticamente elegidos, el principio general de conservación de las normas se ve reforzado por una más intensa presunción de validez. Los tribunales, en el marco de sus competencias, sólo pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley cuando no resulte posible una interpretación conforme con la Constitución. En cualquier caso, las normas son válidas mientras un tribunal no diga lo contrario. Asimismo, hoy en día, el principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento a la Constitución, se ve reforzado por el principio *pro persona*, contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual obliga a maximizar la interpretación conforme en aquellos escenarios en los cuales, dicha interpretación permita la efectividad de los derechos fundamentales de las personas frente al vacío legislativo que puede provocar una declaración de inconstitucionalidad de la norma.⁸

En el artículo 25, de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* se contempla el principio *pro persona* como un criterio hermenéutico que gravita sobre todo el derecho internacional de los derechos humanos. En virtud de este principio debe acudirse a la norma jurídica más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos. En esta lógica, la voz "recurso" debe entenderse con un sentido amplio, puesto que la mencionada convención prevé que el derecho humano de acceso a la justicia se satisface no por el hecho de que un recurso esté previsto en la legislación de un país, sino que resulte efectivo y que un ciudadano pueda obtener una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley a un caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos cuya tutela jurisdiccional ha solicitado.

⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Época: Décima. Registro: 2014332. Instancia: Primera Sala. Tipo de tesis: Jurisprudencia. Libro 42, mayo de 2017, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a./J. 37/2017 (10a.). Página: 239.

ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. LAS GARANTÍAS Y MECANISMOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 8, NUMERAL 1 Y 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, TENDENTES A HACER EFECTIVA SU PROTECCIÓN, SUBYACEN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, interpretado de manera sistemática con el artículo 1o. de la Ley Fundamental, en su texto reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, en vigor al día siguiente, establece el derecho fundamental de acceso a la impartición de justicia, que se integra a su vez por los principios de justicia pronta, completa, imparcial y gratuita, como lo ha sostenido jurisprudencialmente la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 2a./J. 192/2007 de su índice, de rubro: "ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES.". Sin embargo, dicho derecho fundamental previsto como el género de acceso a la impartición de justicia, se encuentra detallado a su vez por diversas especies de garantías o mecanismos tendentes a hacer efectiva su protección, cuya fuente se encuentra en el derecho internacional, y que consisten en las garantías judiciales y de protección efectiva previstas respectivamente en los artículos 8, numeral 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, cuyo decreto promulgatorio se publicó el siete de mayo de mil novecientos ochenta y uno en el Diario Oficial de la Federación. Las garantías mencionadas subyacen en el derecho fundamental de acceso a la justicia previsto en el artículo 17 constitucional, y detallan sus alcances en cuanto establecen lo siguiente: 1. El derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para

la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; 2. La existencia de un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales; 3. El requisito de que sea la autoridad competente prevista por el respectivo sistema legal quien decida sobre los derechos de toda persona que lo interponga; 4. El desarrollo de las posibilidades de recurso judicial; y, 5. El cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. Por tanto, atento al nuevo paradigma del orden jurídico nacional surgido a virtud de las reformas que en materia de derechos humanos se realizaron a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, en vigor al día siguiente, se estima que el artículo 17 constitucional establece como género el derecho fundamental de acceso a la justicia con los principios que se derivan de ese propio precepto (justicia pronta, completa, imparcial y gratuita), mientras que los artículos 8, numeral 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevén garantías o mecanismos que como especies de aquél subyacen en el precepto constitucional citado, de tal manera que no constituyen cuestiones distintas o accesorias a esa prerrogativa fundamental, sino que tienden más bien a especificar y a hacer efectivo el derecho mencionado, debiendo interpretarse la totalidad de dichos preceptos de modo sistemático, a fin de hacer valer para los gobernados, atento al principio pro homine o pro personae, la interpretación más favorable que les permita el más amplio acceso a la impartición de justicia.⁹

De ahí que, hoy por hoy, el recurso de revisión en la materia contenciosa administrativa municipal es procedente para impugnar los actos y resoluciones de autoridades administrativas del municipio de Mérida, siempre que estén previstas en el artículo 11, del *Reglamento de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida*, por lo que debe resolverse bajo la técnica contenciosa administrativa prevista por su propio artículo 3º, a pesar de la denominación que hoy tiene, concretando con esto la diversa voz “medios de defensa”, que se prevé en el artículo 176 de la *Ley de Gobierno de los Municipios de*

⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Semanario Judicial de la Federación*. Época: Décima. Registro: 2001213. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de tesis: Jurisprudencia. Libro XI, agosto de 2012, Tomo 2. Materia(s): Constitucional. Tesis: VI.1o.A. J/2 (10a.). Página: 1096.

Yucatán, que también resulta ambigua. Sobre este particular, resulta aplicable la tesis que a continuación se reproduce:

ACTO ADMINISTRATIVO. EL REQUISITO DE QUE MENCIONE LOS RECURSOS QUE EN SU CONTRA PROCEDAN, DEBE INCLUIR TANTO AL DE REVISIÓN COMO AL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y PRECISAR SI SE TRATA DE LA VÍA ORDINARIA O DE LA SUMARIA (INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN Y CONVENCIONAL DEL ARTÍCULO 3, FRACCIÓN XV, DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO). Si bien es cierto que del artículo 3, fracción XV, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, se advierte que es un requisito del acto administrativo mencionar los "recursos" que en su contra procedan, también lo es que esto no debe interpretarse restrictivamente, únicamente en relación con los recursos en sede administrativa, sino que conforme al derecho humano de acceso a la justicia, comprende también la indicación de todo medio de impugnación idóneo y eficaz para combatir dicho acto, como es el juicio de nulidad, ya sea en la vía sumaria o en la ordinaria. A esta consideración se arriba mediante la interpretación sistemática del referido precepto, en relación con los diversos 83 del propio ordenamiento, 58-2 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y 14 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, apoyada en su análisis conforme a los artículos 1o. y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que exigen al órgano jurisdiccional optar por aquella interpretación de la norma de la que derive un resultado acorde a ese Texto Supremo, en caso de que la norma secundaria sea oscura y admita dos o más entendimientos posibles; y a la luz del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contempla el principio *pro personae* como un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos. En este sentido, la expresión "recursos" debe entenderse en un sentido amplio, puesto que la convención señalada prevé que el derecho humano de acceso a la justicia se satisface no por el mero hecho de que algún "recurso jurisdiccional" esté contenido en la legislación de un Estado, sino que debe ser efectivo, en la medida en que el gobernado, de cumplir con los requisitos

justificados constitucionalmente, pueda obtener una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos cuya tutela jurisdiccional ha solicitado. De ahí que el juicio contencioso administrativo, como medio idóneo para impugnar las resoluciones de las autoridades administrativas que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, queda comprendido dentro de la expresión "recursos" del citado artículo 3, fracción XV. Por ende, en el acto administrativo recurrible debe mencionarse que en su contra procede tanto el recurso de revisión como el juicio contencioso administrativo y precisar si se trata de la vía ordinaria o de la sumaria (implementada esta última mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de diciembre de 2010), al ser tal señalamiento una facultad reglada, no discrecional, del órgano del Estado, ya que se trata de un deber legal impuesto a la autoridad, que no queda a su libre arbitrio o capricho, sino sujeto a los principios de legalidad y seguridad jurídica, consagrados en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal. Interpretar de manera literal la expresión aludida traería como consecuencia limitar el conocimiento del gobernado sobre el medio de defensa para impugnar el acto administrativo que le agravia y, por ende, una afectación a su derecho a obtener una resolución en la que se resuelva de fondo su pretensión.¹⁰

Con sentido crítico, debe proponerse que tal denominación debe ser adecuada mediante reforma al artículo 117 de la *Ley de Gobierno de los Municipios del Estado de Yucatán*, la cual se propone con el fin de hacerlo congruente con los desarrollos constitucionales y convencionales en materia de acceso a la justicia, lo que, a la par, permitirá la incorporación de nuevas materias al bagaje competencial que ahora tiene, el cual pudiera enriquecerse con los resultados de la aplicación del interés legítimo, derecho a la ciudad y el novedoso sistema anticorrupción, entre otros. Todo esto, sin soslayo de la aplicación de los criterios en desarrollo constante en materia de derechos humanos, lo cuales han venido a incidir sobre una estructura normativa que requiere de ser modernizada.

¹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Décima. Registro: 2004634. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de tesis: Aislada. Libro XXV, octubre de 2013, Tomo 3. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Tesis: IV.2o.A.61 A (10a.). Página: 1725.

Una cuestión sobre la que se llama la atención es la presencia de la *Ley de Actos y Procedimientos Administrativos del Estado de Yucatán*, que se publicó el 7 de diciembre de 2009, en cuyo artículo Segundo Transitorio, se dispuso lo siguiente: “ARTÍCULO SEGUNDO. - Se derogan todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en esta Ley, en particular los diversos recursos administrativos de las diferentes leyes administrativas”.

De tal suerte que, si la Ley de Gobierno de los Municipios fue publicado con anterioridad, el 25 de enero de 2006, nos enfrentamos a una antinomia que debería ser resuelta atendiendo a la voluntad última del Legislador, lo que haría prevalecer la *Ley de Actos y Procedimientos Administrativos del Estado de Yucatán* por haber entrado en vigor con posterioridad, en el año 2009.

El régimen de supletoriedad que establece el artículo Segundo Transitorio de la Ley de Actos y Procedimientos Administrativos del Estado de Yucatán es singular, pues, a diferencia del mecanismo supletorio clásico, no es la norma especial la que prevé la aplicación de la norma supletoria, sino que una norma general e integradora, la que, por disposición expresa del Legislador, prevé la aplicación supletoria del ordenamiento al que pertenece, a las diversas leyes administrativas estatales.

La situación descrita plantea una situación que debe ser solventada política y jurídicamente pues involucra a la propia Constitución Política del Estado de Yucatán, a la Ley de Gobierno de los Municipios del Estado de Yucatán, a la Ley de Actos y Procedimientos Administrativos del Estado de Yucatán, trascendiendo al ámbito de lo municipal, como ocurre con el caso de Mérida y se trata de una situación anómala con la que se abona al desarrollo de la justicia contenciosa administrativa que se pregona desde el texto constitucional local.

IV. Perfil institucional del Tribunal

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida es una instancia jurisdiccional con competencia para dirimir controversias, de las que están señaladas en el artículo 11 del *Reglamento de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida*, que se susciten entre órganos de la Administración Pública y la ciudadanía.

Para sustentar el perfil jurisdiccional de esta instancia municipal se acude a una tesis de jurisprudencia por contradicción, en la cual se establece lo siguiente:

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. SUS NOTAS DISTINTIVAS PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO DIRECTO. Los artículos 73, fracción XXIX-H, 116,

fracción V, y 122, base quinta, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, facultan al Congreso de la Unión, a las Legislaturas Locales y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, respectivamente, para crear tribunales de lo contencioso-administrativo con plena autonomía para dictar sus fallos. De conformidad con esas normas supremas, para que una autoridad administrativa, al realizar funciones jurisdiccionales, tenga la naturaleza de tribunal administrativo y, por ende, sus resoluciones sean susceptibles de reclamarse en amparo uniuinstancial, se requiere: a) Que sea creado, estructurado y organizado mediante leyes expedidas por el Congreso de la Unión o por las Legislaturas Locales; b) Que el ordenamiento legal respectivo lo dote de autonomía plena para fallar con el fin de garantizar su imparcialidad e independencia; y c) Que su función sea la de dirimir conflictos que se susciten entre la administración pública y los particulares.¹¹ (El subrayado es propio)

De lo anterior se concluye que las notas distintivas, típicas de un tribunal, son las siguientes: a) Que haya sido creado, estructurado y organizado por una ley en sentido formal y material; b) Que el ordenamiento legal lo dote de autonomía plena para fallar con el fin de garantizar su imparcialidad e independencia; y c) Que su función sea la de dirimir conflictos que se susciten entre la Administración Pública y los ciudadanos.

En el caso que ahora nos ocupa, la pauta para la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida surge en el nivel más alto del orden jurídico nacional, en el artículo 115 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, para luego descender al nivel local, concretamente al artículo 77, Base Décima Séptima de la *Constitución Política del Estado de Yucatán*, así como a los artículos 176, 177 y 180 de la *Ley de Gobierno de los Municipios del Estado de Yucatán*. Ya en el ámbito normativo municipal se objetiva en el *Reglamento de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida*, específicamente en los artículos 1º, 2º y 3º. De manera particular, el primero de los cuales dispone:

¹¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Época: Novena. Registro: 196515. Instancia: Pleno. Tipo de tesis: Jurisprudencia. Tomo VII, abril de 1998. Materia(s): Administrativa, Constitucional. Tesis: P./J. 26/98. Página: 20.

ARTÍCULO 1.- Las normas del presente Reglamento son de orden público es interés social y tienen por objeto la creación, naturaleza jurisdiccional, organización, competencia, administración y funcionamiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida y el medio de defensa que ante dicha instancia se sustancia.

Se trata de normas jurídicas en sentido material y formal, de cuyo contenido se deriva que se colma la primera de las condiciones señaladas para que un órgano sea considerado como tribunal.

En cuanto a las condiciones consistentes en: a) Que el ordenamiento legal dote a esta instancia de autonomía plena para sentenciar, con la finalidad de garantizar su imparcialidad e independencia; y b) Que su función sea la de dirimir conflictos que se susciten entre la Administración Pública y los particulares. Ambos extremos se satisfacen con la previsión del artículo 2° del *Reglamento de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida*, pues en éste se dispone a la letra:

ARTÍCULO 2.- El Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida, es un órgano jurisdiccional en materia contenciosa administrativa, con plena autonomía, imparcialidad e independencia para dictar resoluciones que diriman las controversias que surjan entre la Administración Pública del Municipio de Mérida y los particulares, siempre que se trate de las que en este Reglamento se señalan como de su competencia.

(Lo subrayado es propio)

Puede concluirse que la jurisdicción en la materia contenciosa administrativa en el Municipio de Mérida está formalmente a cargo de un verdadero tribunal en cuyo perfil institucional se reúnen las tres características que han sido analizadas en las líneas anteriores, a lo cual se suma el hecho de que se trata de una instancia que es de plena jurisdicción en virtud de que, igualmente, reúne las características que son típicas de los órganos de este tipo.

V. Tribunal de plena jurisdicción

Las funciones atribuidas al Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida exceden la tradicional actividad declarativa de nulidad ya que, no sólo dirime la

legalidad de actos o resoluciones administrativas, sino que debe profundizar en la investigación respecto de los derechos subjetivos de la parte que demanda, por lo que, en sus resoluciones puede declarar lo relativo a tal cuestión, o bien, condenar al órgano administrativo municipal demandado para que respete la eficacia de tales derechos.

Por tal razón, el Tribunal cuenta con la posibilidad de dictar medidas cautelares más eficaces, incidentes y recursos para lograr el cumplimiento de sus resoluciones. Algunas notas distintivas de esto son las facultades que tiene para: a) Resolver sobre la pretensión deducida; b) Invocar hechos notorios; c) Declarar la nulidad de un acto o resolución; d) Declarar la ilegalidad de un acto o resolución.

VI. Mecanismo alternativo de solución de conflictos

En el *Reglamento de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida* está contemplada la conciliación como medio alternativo para solucionar conflictos (MASC) entre la Administración Pública del municipio de Mérida y la ciudadanía. Con esto, se atiende la prescripción del artículo 81, párrafo segundo, de la *Constitución Política del Estado de Yucatán* donde se prevé el empleo del mecanismo en los siguientes términos: “Dichos organismos privilegiarán la conciliación como mecanismo de solución de controversias”.

Es prácticamente nula la experiencia de conciliación formal entre los órganos de la Administración Pública y ciudadanos ya que, lo que ocurre normalmente es que éstas funjan como agentes de promoción del arreglo y no como sujetos del MASC; sin embargo, el mandato constitucional local es contundente en cuanto al privilegio de solución de asuntos, por lo que se asume que se trata de un derecho que debe ser optimizado.

En el proceso contencioso administrativo que no ocupa, surge la posibilidad de conciliar las materias previstas en el reglamento particular, excepción hecha de la materia fiscal y los contratos celebrados por la Administración Pública municipal, por lo que, en todos los demás casos se privilegiará la conciliación como dispone el artículo 37, párrafo primero, de la referida norma, que en esto armoniza con el 81 de la *Constitución Política del Estado de Yucatán*.

Atendiendo a esto, una vez integrada la litis, se pugnará por la solución alterna del conflicto. En la práctica este modelo no ha sido todo lo exitoso que se esperaba por las resistencias hacia su empleo y puede ser mejorado, con lo que surge la necesidad de plantear la posibilidad de que el modelo sea prejurisdiccional, esto es, que se implemente con anterioridad al juicio en sí, contribuyendo de mejor manera a la solución de controversias y redimensionando el concepto de recurso efectivo.

VII. Conclusiones

El municipio de Mérida cuenta con un Tribunal de lo Contencioso Administrativo que ancla sus bases legales en la norma máxima nacional y en la constitución local. Su desarrollo está dado por la *Ley de Gobierno de los Municipios del Estado de Yucatán* y se concreta en el *Reglamento de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida*.

Se trata de una instancia de carácter jurisdiccional que, de manera formal y material, es un tribunal porque satisface los parámetros jurisprudenciales que se han establecido para órganos de esta naturaleza; de ahí, la importancia de fortalecerlo, considerando, además, el largo proceso político que debió seguirse hasta el inicio de sus funciones.

A casi tres años de la existencia de este Tribunal, se ha provocado la necesidad de que esta *justicia cercana* se fortalezca con una reforma al artículo 177 de la *Ley de Gobierno de los Municipios del Estado de Yucatán* a fin de que sea precisada la denominación del proceso que ante esa sede se sustancia, esto es, para prever de manera clara la existencia de un juicio contencioso administrativo municipal, lo que seguramente abonará a la tutela del principio de seguridad jurídica en el Estado y sus municipios.

Otra cuestión pendiente es abordar la discusión en torno a los recursos que se establecen en la Ley de Gobierno de los Municipios del Estados de Yucatán, la cual resultó impactada con la entrada en vigor de una norma posterior, la Ley de Actos y Procedimientos Administrativos del Estado de Yucatán, que derogó los recursos que se prevén en otras leyes administrativas estatales, mediante un régimen peculiar de supletoriedad, lo cual trasciende al ámbito municipal e incide sobre la regulación en su materia contenciosa administrativa.

La instancia cuyo análisis ha ocupa estos espacios abrirá la puerta a otros desarrollos en la materia administrativa: interés legítimo y como instrumento para atender al conflicto social, de ahí la importancia de insistir en su estudio.

Fuentes bibliográficas

Noguerón Consuegra, P. *El concepto jurídico contencioso-administrativo como medio para impartir justicia en el Derecho mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 13.

López Ayllón, S. *et al. El doble propósito de la jurisdicción administrativa: Justicia para el individuo y eficiencia en la administración pública*. En García García A. *et al*

(Coordinadores) *Perspectivas comparadas de la justicia administrativa*, Colección Coyuntura y Ensayo, CIDE, 2017, p. 242.

Fuentes electrónicas consultadas.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Consultada el día 29 de agosto de 2018 en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

Constitución Política del Estado de Yucatán. Consultada el día 29 de julio de 2018 en <http://www.congresoyucatan.gob.mx/legislacion/constitucion-politica>

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Consultada el día 11 de mayo de 2018 en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Declaración Universal de los Derecho Humanos. Consultada el día 1 de julio de 2018 <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Reglamento de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida. Consultado el 29 de noviembre de 2018

Ley de Actos y Procedimientos Administrativos del Estado de Yucatán. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Yucatan/wo98454.pdf>

Ley de Gobierno de los Municipios del Estado de Yucatán. Consultado el día 29 de julio de 2018 en [ww.congresoyucatan.gob.mx/recursos/marco_legal/marco_legal_5.pdf](http://www.congresoyucatan.gob.mx/recursos/marco_legal/marco_legal_5.pdf)

Reglamento de Actos y Procedimientos Administrativos del Municipio de Mérida. Consultado el día 1 de noviembre de 2018 en <http://www.merida.gob.mx/municipio/portal/norma/contenido/normatividad.php>

Fecha de recepción: 28 de septiembre de 2018.

Fecha de aceptación: 9 de mayo de 2019.

LA VIVIENDA DIGNA Y EN ARMONÍA CON EL MEDIO AMBIENTE COMO UNA CUESTIÓN DE ORDEN CONSTITUCIONAL EN MÉXICO.

DECENT HOUSING AND IN HARMONY WITH THE ENVIRONMENT AS A MATTER OF CONSTITUTIONAL ORDER IN MEXICO.

Enrique URIBE ARZATE*

Miriam Monserrat OLVERA DE LA CRUZ**

RESUMEN: Actualmente, el desarrollo, reconocimiento y garantía de los derechos humanos, adquiere mayor fortaleza si se les estudia desde los grupos vulnerables. Desde luego, uno de los grupos vulnerables que requiere mayor protección es el de los indígenas; en este trabajo se analiza el derecho humano a la vivienda digna de los indígenas, en su relación con el derecho al medio ambiente sano que, resulta ser, una condición esencial para el desarrollo humano. La vivienda como uno de los derechos esenciales de cualquier ser humano, no ha logrado su concreción en la vida cotidiana de los habitantes y, en el caso de los indígenas, su aprehensión se ve aún más lejana.

Palabras clave: Derechos humanos, indígenas, vivienda, ambiente sano, desarrollo.

ABSTRACT: Nowadays, the development, recognition and guarantee of human rights, acquires greater strength if they are studied from the standpoint of vulnerable groups. Of course, one of the vulnerable groups that requires greater protection is the indigenous population. This work analyzes the human right to decent housing for indigenous people, in relation to the right to a healthy environment, which turns out to be an essential condition for

* Profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Correo: vercingtx@hotmail.com

** Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Correo: m.monserratolvera@gmail.com

human development. Housing, as one of the essential rights of any human being, has proven elusive; furthermore, in the case of indigenous people, its achievement seems even more remote.

Keywords: Human rights, Indigenous people, healthy environment, development.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los trazos contemporáneos en el desarrollo, reconocimiento y garantía de los derechos humanos¹², es su necesaria vinculación con los grupos vulnerables y el medio ambiente. Así, derechos esenciales como la seguridad, la alimentación, el derecho al agua, el derecho a la vivienda y el derecho al desarrollo, entre otros, asumen un subrayado especial cuando se enfocan a los grupos vulnerables¹³ y adquieren mayor significado e importancia, cuando advertimos que todos ellos tienen una clara incidencia en el medio ambiente.

Desde ahora, es importante decir que no basta con la consagración de estos derechos en importantes instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, sino que es imprescindible el esbozo de su concreción en instrumentos y mecanismos jurídicos que hagan viable su garantía adecuada. En este orden de ideas, uno de los derechos esenciales que muy poco se ha tratado, es el derecho a una vivienda digna que corresponde a todo ser humano (y particularmente a los indígenas como grupo vulnerable); este derecho que en esencia corresponde a la segunda generación, cobra mayor relieve si se le vincula con el derecho a un medio ambiente sano que nos debe arropar a todos los seres humanos.

Sobre los elementos que le definen: "... el derecho a la vivienda digna presupone unas circunstancias que permiten a la persona acceder a una vivienda que se encuentre acorde con su valor como ser humano, es decir, que ostente una calidad necesaria para proteger la dignidad de las personas que conformen el núcleo familiar que pretende asentar

¹² Sobre este concepto, más allá de la discusión entre las posturas clásicas del iusnaturalismo y el iuspositivismo, podemos señalar que una definición pertinente para los efectos de nuestra investigación es ésta: "el conjunto de atribuciones reconocidas en los instrumentos internacionales y en las Constituciones para hacer efectiva la idea de la dignidad de todas las personas y, en consecuencia, que puedan conducir una existencia realmente humana desde los ámbitos más diversos, los que se imbrican, como el individual, el social, el político, el económico y el cultural". Carpizo, Jorge, "Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características", en *Cuestiones constitucionales*, número 25, julio-diciembre 2011, IIJ-UNAM, México, p. 13.

¹³ El concepto de grupo vulnerable deriva de la condición de vulnerabilidad que se expresa así: "Vulnerability initially should be understood as arising from our embodiment, which carries with it the ever-present possibility of harm, injury, and misfortune from mildly adverse to catastrophically devastating events, whether accidental, intentional, or otherwise.", Albertson Fineman, Martha, "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition", *Yale Journal of Law & Feminism*, Volumen 20, número 1, 2008, p. 9, tomado de <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1277&context=yjlf>. Consultado el 14/08/2018.

su familia en un determinado lugar”.¹⁴ Así, vivienda y vida digna, son un entramado simbiótico que se engasta en la afirmación de que no puede haber vida en condiciones de dignidad, si se carece del espacio digno, adecuado, para la habitabilidad cotidiana de los seres humanos. En relación con este derecho fundamental a la vivienda en condiciones dignas, es preciso destacar que cuando se enfoca hacia los seres humanos identificados como indígenas, adquiere mayor relevancia. En la exploración sobre el concepto y alcances de la voz “indígena”, no podemos dejar de lado esta reflexión:

La mayoría de los indígenas en América Latina constituye colectividades de campesinos pobres, cuyos deprimentes niveles de vida son el resultado de un largo proceso histórico y de la forma en que fueron insertados primero en el sistema colonial y posteriormente en la estructura económica de las repúblicas independientes de América Latina. Su explotación ha sido doble: por una parte, una explotación de su clase, por su condición precisamente de campesinos pobres y marginados, carentes de tierras y de recursos, insertos en muchos casos en sistemas de explotación de la mano de obra semifeudales (peonaje, pongueaje y otras formas de servidumbre vinculadas a la existencia del latifundio en el agro latinoamericano). Por otra parte, por su condición étnica de indígenas, discriminados y despreciados por el racismo inherente y los sentimientos de superioridad cultural de la sociedad nacional, dominada por los valores culturales "occidentales".¹⁵

Al respecto, es importante señalar que los mayores aportes científicos para la comprensión del “ser” indígena, provienen de la antropología, la etnografía, la sociología, la historia y básicamente de las interpretaciones transdisciplinarias que apenas pueden marcar algunas notas distintivas de las personas a quienes se puede identificar como indígenas. Sobre el particular, es pertinente advertir que –por no ser el objeto de nuestro estudio-, no entraremos a la discusión teórica y doctrinal sobre esta cuestión en la que se entrelazan múltiples conceptos como indio, indígena, autóctono¹⁶, grupo étnico, grupo

¹⁴ Olano García, Hernán Alejandro, “El derecho a la vivienda digna en Colombia”, *Dikaion*, vol. 20, núm. 15, noviembre, Universidad de la Sabana, Cundinamarca, 2006, pp. 111-112.

¹⁵ Stavenhagen, Rodolfo, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, El Colegio de México, 1988, México, p. 7, tomado de <https://ia600703.us.archive.org/6/items/Stavenhagen/DerechoIndigenaYDerechosHumanosEnAmericaLatina/S-tavenhagen-Derecho-indigena-y-ddhh-en-AL.pdf>. Consultado el 15/08/2018.

¹⁶ Sobre el concepto “autóctono”, puede verse Bellier, Irène, “Autochtone”, en *Spaces Temps.net*, tomado de <https://www.espacestemp.net/articles/autochtone/>. Consultado el 15/08/2018.

originario, multiculturalidad, etnicismo, etc.; nos bastará con citar lo siguiente: “El indio se revela como un polo de una relación dialéctica, y sólo visto así resulta comprensible. El indio no existe por sí mismo sino como una parte de una dicotomía contradictoria cuya superación -la liberación del colonizado- significa la desaparición del propio indio”.¹⁷ Esta idea se complementa con la afirmación siguiente: “Son indígenas porque tienen vínculos ancestrales con las tierras en las que viven, de manera mucho más profunda que otros sectores de población que habitan en esas mismas tierras”.¹⁸

En seguimiento a estas expresiones, la vaguedad del término aquí referido solamente es atenuada si afirmamos que los indígenas son un producto histórico-cultural, un sesgo conceptual que desde la tesis de la dominación de quienes arribaron después a las tierras que ya habitaban los “indígenas”, permite señalar a los dominados como “otros”, como “diferentes”; esto nos permite sostener que el concepto de “indígena”, tan sólo sirve en este afán constructivo, para identificar a los seres humanos de larga data en su relación con las tierras luego invadidas y saqueadas por los verdaderos “otros”. En concreto, para los propósitos de esta investigación, los indígenas son los seres humanos “originarios” con mayor presencia histórica en las tierras de la antigua América.

Para mayor concreción conceptual, podemos basar esta afirmación en lo que señala la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 2º:

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad

¹⁷ Bonfil Batalla, Guillermo, “El concepto de indio en América: una categoría de la situación colonial”, en *Anales de Antropología*, vol. 9, Revista del Instituto de Investigaciones Antropológicas, UNAM, México, 1972, p. 122, tomado de: http://www.revistas.unam.mx/index.php/antropologia/article/view/23077/pdf_647. Consultado el 17/08/2018.

¹⁸ Bustillo Marín, Roselia, “Lo indígena y las teorías del reconocimiento de las culturas. De la otredad a la alteridad”, *Revista Quid iuris*, Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, número 32, abril 2016, p. 92, tomado de https://app.vlex.com/#MX/vid/654160877/graphical_version. Consultado el 17/08/2018.

social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.¹⁹

Como veremos más adelante, este concepto, coincide con lo que prescriben los ordenamientos internacionales. Lo que ahora importa, es afianzar la idea de que la conciencia de pertenecer a un grupo “indígena” determinado, así como las instituciones, los usos y costumbres específicos, son la mejor vía para identificar a los seres humanos en este contexto.

El planteamiento puntual del presente estudio, anuda el derecho a la vivienda con el derecho a un medio ambiente en una cuestión; a saber: ¿cómo son estudiados y tratados jurídicamente en la actualidad estos dos derechos para asegurar a los seres humanos pertenecientes a los grupos indígenas, que su vivienda cumpla con los mínimos para su bienestar y que, al mismo tiempo, el disfrute pleno de ese derecho, pueda y deba asegurar la conservación del medio ambiente? Como se puede colegir de esto, la garantía del derecho humano a la vivienda digna de los indígenas, debe ir acompañada de las condiciones y reglas necesarias para asegurar la conservación del medio ambiente y, con ello, garantizar el derecho humano a un medio ambiente sano. Sobre este concepto, podemos referenciar lo siguiente, en el entendido de que medio ambiente y ambiente son dos términos equivalentes: “Es la resultante de interacciones entre sistemas ecológicos y socioeconómicos, susceptibles de provocar efectos sobre los seres vivos y las actividades humanas”.²⁰

En términos de una visión *ex lege lata*, hasta hoy, los grupos vulnerables a que nos referimos, siguen construyendo sus viviendas con materiales y métodos tradicionales que en muchos casos, requieren el consumo de leña, carbón u otros materiales²¹ que, sin duda, inciden negativamente en la sustentabilidad del medio ambiente que les rodea, pues estos insumos requieren árboles y procesos de combustión que afectan los bosques y el aire.

¹⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto vigente, tomado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Estado%20de%20Mexico/wo31242.pdf>. Consultado el 20/09/2018.

²⁰ Brailosvky, Antonio Elio y Foguelman, Dina, *cit.*, por Aníbal Rodríguez, Carlos, *El derecho humano al ambiente sano, los derechos ambientales desde la perspectiva de los derechos humanos*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2012, p. 78.

²¹ Al respecto INEGI, emitió un informe en donde señala que, en el año 2000, 3,695,000 viviendas ocupan leña, carbón en la preparación de sus alimentos, de ahí que el 33.6% son poblaciones indígenas. Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “La población indígena en México”, 2004, p. 140, tomado de http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/historicos/2104/702825497583/702825497583_17.pdf. Consultado el 20/09/2018.

Además, si consideramos que la mayoría de las personas indígenas se asientan en zonas rurales²² y que los métodos tradicionales de construcción de sus casas no contemplan la generación de energía solar o eólica, ni el uso cíclico del agua, ni procesos de reutilización de los materiales de consumo diario (papel, cartón, aluminio, pet, etc.) y que el monocultivo en sus tierras está agotando peligrosamente la fertilidad de las mismas, el asunto aquí abordado requiere un tratamiento desde el enfoque de los derechos humanos que nos muestre desde una visión teórica, los mejores escenarios para la garantía (en la *praxis*, en las políticas públicas) de este derecho esencial que en nuestra concepción va de la mano con la garantía del derecho a un medio ambiente sano²³ y al desarrollo sustentable²⁴.

Ahora bien, así como este grupo vulnerable, las personas adultas mayores, los pobres, los marginados, los jóvenes desempleados y los desempleados mayores sujetos a relaciones de precariedad laboral, los discapacitados y los niños, todos están expuestos con mayor riesgo que los no vulnerables, a las condiciones de vulnerabilidad y falta de concreción del derecho humano a la vivienda que, al mismo tiempo, impacta en su derecho a un medio ambiente sano y al desarrollo.

En seguimiento a este hilo argumental, la conexión teórica entre estos dos derechos esenciales, nos parece fundamental en el propósito de encontrar mejores rutas para su tratamiento jurídico adecuado y su garantía en medio del enorme desafío que plantea la necesidad de asegurar la sustentabilidad del medio ambiente y aminorar los efectos del cambio climático. De entrada, parece un poco forzado el planteamiento aquí mostrado en virtud de que el derecho humano a la vivienda tiene una configuración de corte individual y el medio ambiente tiene rasgos de orden colectivo; empero, es evidente que la vivienda en

²² De acuerdo con el INEGI, una población se considera **rural** cuando tiene **menos de 2 500** habitantes, mientras que la **urbana** es aquella donde **viven más de 2500** personas. Tomado de http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/rur_urb.aspx?tema=P. En conexión con esta idea, resulta oportuno subrayar esto: “*Es conocido que las áreas tradicionales donde se concentra la población indígena se encuentran en las zonas más accidentadas del país, de más difícil acceso y con deficiencias en los sistemas de comunicación, esto, entre otros factores, ha propiciado que registren los mayores atrasos económicos y los índices de marginación más altos en el país.*”, Serrano Carreto, Enrique (Coord.), *Regiones indígenas de México*, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, PNUD México, 2006, p. 11, tomado de http://www.cdi.gob.mx/regiones/regiones_indigenas_cdi.pdf. Consultado el 22/08/2018.

²³ Al respecto, es pertinente referir lo siguiente: “*El derecho a gozar de un ambiente sano es saber si nos hallamos frente a un subordinamiento derivado de la actividad de los poderes públicos o si los ciudadanos tienen dentro de su configuración dogmática una posición prevalente que permite hacer girar en torno a ellos un desarrollo jurídico propio.*” Amaya Navas, Oscar Darío, *El desarrollo sostenible y el derecho fundamental a gozar de un medio ambiente sano. El desarrollo sostenible como contenido esencial para configurar la naturaleza fundamental del derecho a gozar de un ambiente sano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, p. 167.

²⁴ “*El desarrollo sustentable, para diferenciarse del simple crecimiento, tecnificación, industrialización, urbanización, o aceleración de los ritmos, debe satisfacer ciertas condiciones, además de ser endógeno, es decir nacido y adecuado a la especificidad local, y autogestionado, es decir, planificado, ejecutado y administrado por los propios sujetos del desarrollo.*”, Ramírez Ortiz, Diana y Ramírez Marín, Juan, *Derecho ambiental y desarrollo sustentable*, Porrúa, México, 2012, p. 165.

estos tiempos de crisis (carestía de la vivienda, reducidos espacios que anulan la vida humana, aglomeraciones humanas en pequeños espacios, insuficiencia del agua, infección de todo tipo), es un asunto vital para la vida humana; en este derecho esencial inciden las exigencias de construir los espacios para la habitabilidad²⁵ humana que permitan el desarrollo de las capacidades en condiciones dignas y a la vez, aseguren la conservación del entorno como elemento infaltable para garantizar el derecho humano al medio ambiente sano; en el corolario de estas reflexiones iniciales, ambos derechos que tienen un enfoque estrictamente antropocéntrico, se analizan de cara a la relación que la vivienda tiene con el cambio climático y así, los tres elementos de nuestro estudio, nos muestran porqué la vivienda debe servir para la vida humana digna en congruencia con la conservación y defensa de la tierra.

Como ya dijimos, nuestro análisis partirá del tratamiento del derecho a la vivienda como derecho humano de todos, pero con un enfoque particular hacia el grupo vulnerable de los indígenas; este derecho esencial debe ser conectado por la vía argumental, con el derecho a un medio ambiente sano que -más allá de la visión antropocéntrica- adquiere significado propio en la necesidad/apremio que tenemos de reducir el impacto de nuestras actividades cotidianas en el medio ambiente y así contribuir a la atenuación del cambio climático por causas humanas.

II. CONFIGURACIÓN CIENTÍFICA DE LOS DERECHOS HUMANOS COLECTIVOS (DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS)

Los derechos humanos son el corazón mismo de nuestros afanes actuales como especie que enfrenta riesgos e inminentes desafíos. El papel del derecho en este contexto resulta fundamental, pues una tendencia teórica reciente sobre los derechos humanos, señala que no es suficiente con su inserción en instrumentos jurídicos (nacionales o internacionales), sino que es necesario acompañarlos de los instrumentos y mecanismos más adecuados para su garantía eficaz. En el marco del *status quo* actual, las declaraciones, convenciones y demás instrumentos que contienen derechos humanos -más allá de su posible clasificación temporal, histórica o cultural-, se sitúan en el plano

²⁵ “Esta condición emana de la propia definición de edificación sostenible: la habitabilidad, como utilidad básica que proporciona la edificación, debe estar enfocada a satisfacer las necesidades básicas mediante el uso eficiente de los recursos disponibles, pues este es el único fin que justifica social y ambientalmente su existencia.”, Casals-Tres, Marina, *et. al.*, “Aproximación a una habitabilidad articulada desde la sostenibilidad. Raíces teóricas y caminos por andar”, *Revista INVI*, número 77, mayo 2013, volumen 28, p. 197, tomado de <http://revistainvi.uchile.cl/index.php/INVI/article/view/680/1079>. Consultado el 24/08/2018.

declarativo y, si se quiere, prescriptivo, pero muy poco dicen acerca de los modos o mecanismos para el aseguramiento de los referidos derechos humanos.²⁶

Ergo, el “estado de la cuestión” se sitúa en el plano declarativo-formal y, tal vez por eso, la gran oleada a favor de los derechos humanos no ha encontrado serios opositores ni críticas severas, pues la mera enunciación de derechos obliga poco a los Estados y ofrece menos a los habitantes. En el caso de México, el asunto de la obligatoriedad del Estado para cumplir con los derechos humanos, apenas recientemente ha cobrado importancia, merced al impacto que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han tenido al interior del orden jurídico mexicano. A pesar de ello, y no obstante la dimensión constitucional que los derechos humanos tienen, muy poco se puede hacer a favor de su cumplimiento desde la dimensión formal, declarativa, prescriptiva, carente de garantías y políticas públicas de fuerte contenido humano-social.

Como se ve, es preciso trabajar mucho desde el plano científico, en la zona casi inexplorada de las *garantías* de los derechos humanos, como mecanismos para su aseguramiento y disfrute. En seguimiento de lo que hasta aquí hemos señalado, los derechos humanos (derechos fundamentales desde la lectura de la Constitución), precisan de las garantías adecuadas para volverse derechos disfrutables, posibles, incluso valiosos.

Por otra parte, los citados derechos humanos, son todavía más lejanos para quienes por su vulnerabilidad, marginación e ignorancia, viven en la zona de la inexigibilidad²⁷ del derecho. En este orden de ideas, la referencia a los grupos vulnerables, implica también la necesidad de una reconfiguración epistemológica, encaminada a comprender que la mayoría de los vulnerables, pertenecen al grupo de los *vulnerables vulnerados*. Vulnerables son las mujeres, los ancianos, los homosexuales, los indígenas; sin embargo, muchos de éstos no sólo enfrentan *in potentia* los riesgos inherentes a su condición, sino además viven y sufren *in acto*, las violaciones a sus derechos humanos; por eso, los podemos llamar *vulnerables vulnerados*.

Vulnerables vulnerados son los indígenas que viven cotidianamente la miseria y el rezago, y que tienen remota y limitada posibilidad de vivir (vivenciar) -por sólo citar algunos-, el derecho al desarrollo, el derecho al trabajo, el derecho a la vivienda que aquí nos ocupa

²⁶ Los *derechos humanos de papel*, como los llama Uribe, deben ser acompañados de mecanismos para su aseguramiento; en caso contrario, no pasan de ser bellas declaraciones o cuando más, buenos propósitos de poca ayuda para las personas; como natural consecuencia de una concepción que rebasa el formalismo, los derechos humanos requieren una dimensión vivencial pragmática. Vid. Uribe Arzate, Enrique, “La dimensión vivencial pragmática de los derechos humanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011, p. 234

²⁷ Utilizamos esta expresión para señalar lo inviable y hasta ilusorio que significa para los *vulnerables vulnerados* la aspiración de sus derechos humanos.

y, no se diga, los derechos de última generación, como el novedoso derecho al internet y al ciberespacio. Sería irrisorio si no fuera ofensivo, pedirle a la gente humilde de cualquier etnia que se pusiera a *navegar* en la red o a *pegar en su muro*, un comentario cualquiera (baladí o trascendente).²⁸ En consecuencia, los seres humanos necesitamos *garantías* para que nuestros derechos se vuelvan tangibles, próximos a nosotros. Los indígenas necesitan estas garantías igual que cualquier otro; sólo que sus derechos requieren el apoyo de un tipo de Estado y de un gobierno que identificamos en el Estado constitucional, humanista y solidario, lamentablemente hasta ahora inexistente en nuestro país.

Desde el enfoque aquí propuesto, es fácil identificar cuán pertinente resulta la concepción de los derechos humanos de la mano con sus mecanismos de aseguramiento; si bien, el concepto de *garantía* tiene una resonancia eminentemente procesal, es pertinente señalar que las medidas para el aseguramiento de los derechos humanos, antes de ser exigibles a través de procesos constitucionales (acción de tutela, habeas data, acción de clase, etc.), deben ser parte de la vocación social del gobierno. Esto significa que una modalidad de estos mecanismos de aseguramiento, se halla en la acción del gobierno encaminada a volver disfrutable y *vivenciable* cualquier derecho humano.

El gran valor que esta concepción teórica otorga a los derechos humanos, se vuelve visible y cotidiano, en la eficacia de las declaraciones formales de la norma que desde su diseño incluye políticas públicas y mecanismos jurídicos eficaces para el acceso y disfrute de los derechos de los seres humanos; en caso contrario, la norma no deja de ser prescripción y enunciado, con limitadas posibilidades de conversión en acto y resultado; de este modo, podemos recordar que derechos sin garantías, es una aporía.

Además de lo antes referido, una concepción científica de los derechos humanos, no debe pasar por alto la existencia de los derechos humanos de tipo colectivo. *Id. est.*, si la “dimensión vivencial pragmática” es una aportación novedosa que procura superar la mera proyección declarativa de los derechos humanos, resulta oportuno subrayar que la *visión individualista de los derechos humanos* es otra cuestión que periclita a favor de una concepción colectiva de estos derechos universalmente reconocidos.

²⁸ Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido una importante tesis jurisprudencial sobre “Personas y pueblos indígenas. Su derecho a fundar o utilizar los medios de comunicación”, donde afirma “que los derechos lingüísticos amparan el derecho de los pueblos y personas indígenas a fundar o utilizar los medios de comunicación. El ejercicio de este derecho deberá hacerse en condiciones de no discriminación, y mediante la adopción de medidas por parte del Estado que lleven a asegurar la diversidad cultural en dichos medios.” Amparo en revisión 622/2015. Mardonio Carballo Manuel. 20 de enero de 2016. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín

En el caso que nos ocupa, no debemos perder de vista que los derechos de los indígenas se inscriben justamente en esta concepción colectiva o grupal de los derechos humanos. Si bien se requiere una precisión teórico-conceptual para aclarar que los derechos difusos son, a fin de cuentas, derechos individuales de disfrute colectivo, esta precisión viene a reforzar la idea de que existen ciertos derechos humanos que no son vivenciables en lo individual, sino como patrimonio colectivo, incluso, como patrimonio común de la humanidad. Aquí se inscriben, entre otros, el derecho al medio ambiente sano, el derecho humano al agua, el derecho a la seguridad humana, por sólo citar los más representativos. El derecho, o más bien, los derechos de los indígenas, se perfilan en la vía colectiva porque todo lo que se puede predicar sobre esos derechos, requiere una mirada grupal, holista; *v.gr.*, los derechos indígenas a sus costumbres, lengua, autoridades, propiedad, etc.

Como podemos colegir de los argumentos previos, el derecho humano de los vulnerables indígenas a la vivienda, condice con estas afirmaciones; la conexión de este derecho esencial con los derechos arriba citados, es inmediata, pues el espacio habitable es fundamental para el desarrollo de las potencialidades del ser humano. Poco podríamos predicar sobre los derechos colectivos que no se vincule con el derecho humano a la vivienda digna necesariamente armónica con el medio ambiente, pues en este espacio vital para la vida humana, florecen o se enmohecen derechos que requieren el basamento del espacio apropiado, como los derechos a la salud, a la alimentación, al desarrollo, el derecho mismo a la familia y otros derechos nonatos que desde ahora exigen los trazos epistemológicos óptimos para su nacimiento y desenvolvimiento pleno, como por ejemplo, el derecho a la capilaridad social. Pues bien, la concepción de los derechos colectivos - como son los derechos de los pueblos indígenas-, debe trazar sus enunciados desde el enfoque de los derechos de disfrute individual; a partir de estas consideraciones, podemos iniciar nuestra búsqueda de los fundamentos jurídicos internacionales y nacionales del derecho humano de los indígenas a la vivienda.

III. EL DERECHO HUMANO A LA VIVIENDA Y AL MEDIO AMBIENTE

En el ejercicio epistemológico para la conexión entre el derecho humano a la vivienda digna y el derecho a un medio ambiente sano, es preciso afirmar que la vivienda ha sido catalogada como derecho humano en diversos ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. *Id. est.*, la vivienda es un presupuesto esencial para la vida humana en condiciones que posibiliten el desarrollo y el bienestar. “Ante estas perspectivas, la

edificación se enfrenta a un reto ineludible: ¿cómo conjugar el compromiso social de generar las condiciones adecuadas para alojar las actividades humanas con el deber de reducir el impacto ambiental global asociado a su creación, uso y mantenimiento?; es decir, ¿cómo seguir generando habitabilidad en un contexto que necesariamente se encaminará hacia la sostenibilidad?”²⁹

Si la naturaleza de este derecho está definida por su inclusión en derechos sociales o de segunda generación, nos parece conveniente que a partir de este escenario, podamos esbozar la conexión teórica con otros derechos que inician con la referencia antropocéntrica, pero que en un segundo momento parecieran incluso ser antagónicos con esta postura, pues desde una visión geocéntrica, esos derechos estarían reservados a la naturaleza, a la madre tierra, al medio ambiente como entidad “jurídicamente” indefinida y genérica, pero como claro destinatario de un mejor tratamiento por parte de los seres humanos.

Así las cosas, la conexión inicial entre el derecho a la vivienda (con sus reglas, condiciones y exigencias) y el derecho al medio ambiente sano de los indígenas identificados como grupo vulnerable, necesita una reflexión adicional que nos lleve a enlazar estos dos derechos (vivienda y medio ambiente sano), con el respeto al entorno para asegurar un medio ambiente sustentable (como “derecho” de la tierra³⁰ u obligación humana), cuyo propósito es atemperar los efectos del ejercicio de los derechos humanos en el medio ambiente que es a fin de cuentas el único espacio habitable, insustituible (en algunos aspectos no renovable) y que a la vez, funge como garante de los derechos humanos antes referidos.

El silogismo es claro; la conservación del medio ambiente en condiciones de sustentabilidad para las futuras generaciones de humanos, opera como la premisa mayor para la garantía de cualquier derecho humano. Ninguna afirmación tan contundente como ésta: sin medio ambiente en condiciones favorables, no puede ni podrá haber, posibilidades reales para la garantía de otros derechos humanos, sean individuales o colectivos, de segunda o tercera generación; en síntesis, sin medio ambiente sustentable, sin tierra, agua y aire para la vida, no podremos asegurar la pervivencia de los humanos, y entonces el discurso normativo pasará de largo sobre las garantías, pues ningún procedimiento jurídico y ninguna política pública con el mejor contenido social, solidario y humanista, encontrará

²⁹ Casals-Tres, Marina, *et. al.*, *Op. cit.*, p. 197

³⁰ *Vid.*, la propuesta de Declaración Universal de Derechos de la Madre Tierra, tomado de <http://rio20.net/propuestas/declaracion-universal-de-los-derechos-de-la-madre-tierra/>. Consultado el 24/08/2018.

el escenario para siquiera intentar la concreción de los derechos humanos; la conclusión de todo esto, es que sin un medio ambiente sustentable, los derechos humanos aún con sus garantías, se volverán irrealizables, y peor aún, irrecuperables.

En este orden de ideas, las condiciones mínimas que la doctrina y la legislación marcan para la habitabilidad de las viviendas en condiciones dignas, deben cuidar escrupulosamente el derecho-sustancia a la vivienda y su correspondencia con el cuidado y mantenimiento del medio ambiente sano; ambos derechos pueden potenciar el desarrollo humano y la vida en las mejores condiciones posibles. Ahora bien, en el marco normativo jurídico del derecho a la vivienda, ubicamos referencias directas al derecho al medio ambiente sano. Como los dos derechos resultan simbióticos, vamos a revisar algunos *corpus* nacionales e internacionales que recogen estos dos derechos –desde ahora vitales- para todos los humanos, sin perder de vista que estos derechos requieren mayor atención y puntualidad cuando se les enfoca hacia los vulnerables y específicamente, cuando se concretan en los indígenas -históricamente *vulnerables vulnerados*-.

La referencia internacional de mayor relieve, respecto al derecho humano a la vivienda, se sitúa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece:

Artículo 25

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.³¹

De manera similar, el derecho a la vivienda se encuentra reconocido en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en estos términos:

...

Artículo XI. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia

³¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, texto vigente, tomado de: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Consultado el 24/09/2018.

médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.³²

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, identifica que la vivienda digna, (o adecuada comúnmente conocida en España) considera la existencia de una calidad de vivienda más allá de una simple habitación, al distinguir en su entramado la continuidad de mejora de las condiciones de existencia; por lo que señala lo siguiente:

Artículo 11

1.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

...

Incluso, desde una visión filosófica, el ser humano que es a fin de cuentas un *ser social*, debe tener el cobijo del Estado para lograr la garantía de sus derechos esenciales. En este sentido, como fuente de obligación de los Estados, este Pacto establece:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.³³

...

³²Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, texto vigente, tomado de https://www.oas.org/dil/esp/Declaración_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf. Consultado el 24/09/2018.

³³Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, texto vigente, tomado de https://www.colmex.mx/assets/pdfs/3-PIDESC_50.pdf?1493133895. Consultado el 24/09/2018.

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1963, establece:

Artículo 3

1. Se pondrá particular empeño en impedir las discriminaciones fundadas en motivos de raza, color u origen étnico, especialmente en materia de derechos civiles, acceso a la ciudadanía, educación, religión, empleo, ocupación y vivienda.³⁴

Asimismo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígenas, proclamada el 13 de septiembre de 2007 señala en términos idénticos estos derechos en sus artículos 10, 21, 23 y 29.

En este orden de ideas, **clarificamos** que constitucionalmente los pueblos indígenas están reconocidos y se les otorga una gama de derechos; sin embargo, a quienes podemos denominar indígenas a lo que el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, que entró en vigor el 5 de septiembre de 1991 responde:

Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

...

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece 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, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

³⁴Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, texto vigente, tomado de https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf. Consultado el 26/08/2018.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

...

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;³⁵

...

De acuerdo con estos instrumentos internacionales y otros más que sería prolijo citar, el derecho a la vivienda es un derecho humano que se reconoce por igual a todos los seres humanos. Es importante subrayar que el derecho a la vivienda es materia de protección especial en instrumentos internacionales que reconocen los derechos de las mujeres, los pueblos indígenas, las personas refugiadas, los migrantes, entre otros.

A partir de las prescripciones normativas arriba citadas, el derecho humano a la vivienda se configura como un derecho esencial, toda vez que la carencia de vivienda adecuada -a más de constatar las condiciones de desventaja, marginación, miseria y vulnerabilidad-, representa un valladar casi insuperable para el disfrute y desarrollo de otros derechos humanos inmediatamente conexos con el espacio destinado a la habitabilidad humana. En el discurso que se puede construir desde esta visión teórica, es posible soportar la insuficiencia de los instrumentos jurídicos sobre la materia, si en el contexto de la *potestas* estatal, no existen los mecanismos jurídicos, ni las políticas públicas con claro propósito de paliar el rezago y hasta las condiciones de vida infrahumanas de los habitantes; al respecto, las cifras acerca de la vivienda y las condiciones de ésta, ofrecidas por el INEGI, manifiestan que son pocas las viviendas que cuentan con todos los servicios

³⁵ Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, texto vigente, tomado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314. Consultado el 27/09/2018.

que permiten tanto un desarrollo físico como emocional³⁶, además de ser estos derechos quienes requieren sus garantías adecuadas. Ahora bien, esta situación no es privativa de los indígenas, porque también los miserables de las ciudades –indígenas y o indígenas- la sufren cotidianamente; sin embargo, ni duda cabe que son los indígenas quienes resienten con mayor fuerza esta desatención que históricamente los ha invisibilizado.³⁷ En este orden de ideas, las políticas públicas son una condición que *a fortiori* debe acompañar el enfoque declarativo-prescriptivo de las normas jurídicas.

Ahora bien, es oportuno no perder de vista lo prescrito por el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, pues de acuerdo con este numeral, el gobierno de México debe consultar a los miembros de los pueblos interesados para la adopción de las medidas legislativas encaminadas a poner en marcha las tareas de construcción, otorgamiento y/o mejoramiento de la vivienda de los indígenas.

A mayor abundamiento, en términos de la Comisión creada para supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, al aclarar el significado y alcance del derecho a la vivienda, señaló que “debe ser visto como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte”,³⁸ y no como aquel derecho a tener un techo sobre la cabeza, sino una vivienda adecuada y digna, ya que este está vinculado a otros derechos humanos.

Sin embargo, a pesar de lo importante que es contar con una vivienda adecuada, el Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos estima que en todo el mundo más de 1.000 millones de personas residen en viviendas insuficientes y que hay más de 100 millones de personas sin hogar.³⁹ En ese sentido, el derecho a la vivienda comprende el derecho a acceder a los medios necesarios para hacerse de una vivienda así

³⁶ Encuesta Intercensal, Instituto Nacional de Estadística, Geografía, México 2015. Tomado de: http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/proyectos/enchogares/especiales/intercensal/2015/doc/eic_2015_presentacion.pdf. Consultada el 28/09/2018.

³⁷ Fue hasta 1994 (año del reclamo social conocido como el levantamiento zapatista), cuando el gobierno mexicano dedicó algunos esfuerzos para ayudar a los indígenas a paliar sus desventajas sociales. Sin embargo, la improvisación y el desconocimiento del contexto histórico-cultural, llevó al gobierno a proporcionar algunos enseres domésticos en lugares remotos que carecían de energía eléctrica; el resultado fue que los enseres domésticos, simplemente nunca funcionaron.

³⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, texto vigente, tomado de https://www.colmex.mx/assets/pdfs/3-PIDESC_50.pdf?1493133895. Consultado el 29/09/2018.

³⁹ Folleto Informativo No. 21 *El Derecho Humano a una Vivienda Adecuada*, tomado de http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs21_sp.htm#quérelaciónexisteentrelavivienda. Consultado el 29/08/2018.

como el derecho a contar con condiciones necesarias para habitar dignamente en el lugar constituido como vivienda.

De este modo, la "vivienda", no debe dejar de significar otra cosa que "lugar para vivir". Puede definirse a la vivienda digna como el espacio construido donde un grupo familiar puede concretar la vida de interrelación entre sus miembros, así como el desarrollo de las actividades personales de cada uno de ellos sin conflictos respecto a las pautas de comportamiento propias de su cultura. Es decir, este derecho está orientado a garantizar un entorno digno y apropiado como escenario de desarrollo de las personas, especialmente los grupos vulnerables como los pueblos indígenas.

En congruencia con lo aquí planteado, el derecho a la vivienda es un derecho humano vital, indispensable para la vida humana; desde luego, entre sus características, debemos identificar algunas condiciones de habitabilidad (hacia el interior de la vivienda) y de sustentabilidad (hacia el espacio exterior que rodea a la vivienda), porque éstas son las que aseguran que el referido derecho a la vivienda pueda ser identificado en el marco de la dignidad –elemento sustancial de los derechos humanos-. A falta de cualquiera de estos dos escenarios de la vivienda, el sustento jurídico-argumental que le reclama como derecho humano, fácilmente se resquebraja y nos deja ante la realidad de una vivienda precaria, inhabitable o inhumana.

IV. EL MEDIO AMBIENTE SUSTENTABLE

Como hemos venido señalando, otro derecho conexo con el derecho humano a la vivienda digna, es el derecho a un medio ambiente. Al respecto, existen diversas orientaciones teóricas que referencian esta cuestión y la califican con varias voces, como, por ejemplo, medio ambiente sano, medio ambiente sustentable o medio ambiente sostenible. Nos parece que estas distintas expresiones se focalizan en un lugar común que se concreta en la idea de la sustentabilidad ambiental que es “la administración eficiente y racional de los recursos naturales, de manera tal que sea posible mejorar el bienestar de la población actual sin comprometer la calidad de vida de las generaciones futuras”.⁴⁰ Se trata pues, de asegurar la pervivencia del género humano actual, sin detrimento del mismo derecho que corresponderá a quienes todavía no nacen.

En las líneas que siguen veremos cómo son tratados los derechos a la vivienda, al medio ambiente y al desarrollo, en los distintos ordenamientos

⁴⁰ García, Elvira Dora y Ramírez Marín, Juan, *Problemas actuales de derecho ambiental mexicano*, Porrúa, México, 2010, p. 30

nacionales e internacionales. En este orden de ideas, es importante mencionar la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, expedida el 3 de junio de 1992, específicamente en lo que sigue:

PRINCIPIO 1.- Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.

...

PRINCIPIO 3.- El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.

PRINCIPIO 4.- A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.⁴¹

La vinculación entre estos derechos, es regulada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los siguientes artículos:

Artículo 4°.-...

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.

...

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Artículo 25.- Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la

⁴¹**Declaración de Río** sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, tomado de http://www.unesco.org/education/pdf/RIO_S.PDF. Consultado el 30/08/2018.

riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.⁴²

En cuanto a leyes federales tenemos la Ley de Vivienda, en la que se establece la política nacional en esta materia e incluso señala algunas notas distintivas de la vivienda digna:

Artículo 2.- Se considerará vivienda digna y decorosa la que cumpla con las disposiciones jurídicas aplicables en materia de asentamientos humanos y construcción, habitabilidad, salubridad, cuente con los servicios básicos y brinde a sus ocupantes seguridad jurídica en cuanto a su propiedad o legítima posesión, y contemple criterios para la prevención de desastres y la protección física de sus ocupantes ante los elementos naturales potencialmente agresivos.

Artículo 71.- Con el propósito de ofrecer calidad de vida a los ocupantes de las viviendas, la Comisión promoverá, en coordinación con las autoridades competentes tanto federales como locales, que en el desarrollo de las acciones habitacionales en sus distintas modalidades y en la utilización de recursos y servicios asociados, se considere que las viviendas cuenten con los espacios habitables y de higiene suficientes en función al número de usuarios, provea de los servicios de agua potable, desalojo de aguas residuales y energía eléctrica que contribuyan a disminuir los vectores de enfermedad, así como garantizar la seguridad estructural y la adecuación al clima con criterios de sustentabilidad, eficiencia energética y prevención de desastres, utilizando preferentemente bienes y servicios normalizados.⁴³

En el caso de las entidades federativas, hay un tratamiento similar de la cuestión, aunque no con la claridad antes destacada. En vía de ejemplo, podemos citar el caso del Estado de México que en su Constitución Política establece lo siguiente:

⁴²Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto vigente, tomado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Estado%20de%20Mexico/wo31242.pdf>. Consultado el 30/08/2018.

⁴³Ley de la vivienda, texto vigente, tomado de https://www.ucoi.mx/content/cms/13/file/federal/LEY_DE_VIVIENDA.pdf. Consultado el 31/08/2018.

Artículo 5.- En el Estado de México todos los individuos son iguales y tienen las libertades, derechos y garantías que la Constitución Federal, esta Constitución, los Tratados Internacionales en materia de derechos fundamentales de los que el Estado Mexicano sea parte y las leyes del Estado establecen.

...

La Constitución local en análisis, destaca en un párrafo del mismo artículo 5o., lo siguiente:

...

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.⁴⁴

Como podemos ver, hay en todos los documentos citados, una gran riqueza de derechos esenciales que se hallan íntimamente relacionados. El último aquí referido que es el derecho al sano esparcimiento de los niños⁴⁵ y la correlativa garantía de su interés superior, no serían posibles sin un espacio físico adecuado; es decir, sin una vivienda digna. Más aún, si consideramos que la Constitución ha proscrito la discriminación por cualquier motivo, entonces el derecho a la vivienda, es un derecho que por igual corresponde a los indígenas y a los demás habitantes. En el caso que nos ocupa, este derecho se expande en virtud de los otros derechos humanos (de tipo colectivo) conexos con éste; el derecho a la tierra, al agua, etc.

⁴⁴Constitución Política del Estado libre y Soberano de México, texto vigente, tomado de <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig001.pdf>. Consultado el 01/09/2018.

⁴⁵ Este derecho que en términos genéricos está contemplado en el artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, adquiere mayor fuerza en referencia a los niños, los adolescentes y los jóvenes.

Ahora bien, como hemos señalado, el derecho a la vivienda y otros derechos de similar naturaleza, adquieren en el caso de los indígenas una configuración concreta. Así, el reconocimiento de las especificidades de los pueblos indígenas, es una cuestión esencial que resulta oportuno destacar. Por ello, es pertinente resaltar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala:

Artículo 2°.- La Nación Mexicana es única e indivisible.

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

...

B. La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos. Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:

...

IV. Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos.

Es pertinente decir que una de las principales problemáticas de los grupos indígenas es que habitan en zonas rurales, donde los afanes del ejercicio del derecho a la vivienda, van aparejados con idénticos esfuerzos por concretar el derecho a un medio ambiente sano y el derecho al desarrollo. Como ya vimos, en el elenco de derechos humanos de reciente cuño, el derecho a un medio ambiente sano requiere condiciones –y otros derechos- como la posibilidad real de habitar un territorio, el derecho a la alimentación, el derecho de acceso al consumo de agua potable, y otros derechos y condiciones que se visualizan mejor desde la perspectiva de un derecho axial, aún nonato que es el derecho humano a la pervivencia.

Para Henao: “Desde la perspectiva analizada, el ambiente sano es un derecho constitucional fundamental, pues en él se cumplen tanto la dimensión axiológica como la subjetiva”.⁴⁶ De acuerdo con esto, el derecho al medio ambiente debe definirse en relación al hombre, ya que es una condición esencial para la vida humana y tienen además, un valor intrínseco propio. “En suma, se trata de reglas que deben regular, por un lado, las relaciones de los seres humanos entre sí y, por el otro, las relaciones de los seres humanos con el resto de la biósfera. El derecho humano al medio ambiente es, así, el arco que une los dos pilares del futuro”.⁴⁷

Así el derecho humano al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado implica que todas las personas, especialmente los grupos indígenas, puedan desarrollarse en igualdad de condiciones. En su artículo 29 párrafo primero, la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos.

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, señala sobre el derecho al medio ambiente sano, este principio:

PRINCIPIO 1

Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.⁴⁸

En otra parte, el principio tres de la mencionada Declaración, relaciona estrechamente el derecho humano a un medio ambiente con el derecho humano al desarrollo, señalando que este debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. Con esto, las poblaciones indígenas y sus comunidades desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas

⁴⁶ Henao Pérez, Juan Carlos, “El derecho a un ambiente sano desde la perspectiva constitucional colombiana”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVI, IJ-UNAM, México, 2010, p. 582, tomado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3946/3466>. Consultado el 2/09/2018.

⁴⁷ Kiss, Alexander Ch., *El derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado*, p. 125, tomado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/908/6.pdf>. Consultado el 6/09/2018.

⁴⁸ **Declaración de Río** sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, tomado de http://www.unesco.org/education/pdf/RIO_S.PDF. Consultado el 12/09/2018.

tradicionales; así, los Estados están obligados a apoyarlos para que puedan acceder con mayor facilidad al derecho humano a la vivienda, a un medio ambiente sano y sean parte de un desarrollo sostenible. Ahora bien, es oportuno mencionar las amenazas que la globalización ciernen sobre etnias, tradiciones y dialectos, ya que al desaparecer éstos se pierde parte importante de la riqueza cultural.⁴⁹ Toda vez que estos núcleos transmiten sus conocimientos sobre el medio ambiente de manera oral, al perderse el dialecto, se pierden conocimientos que pueden permitir salvar o continuar con el cuidado del medio ambiente, donde esos grupos han habitado.

De acuerdo con este hilo argumental, el derecho humano al desarrollo sostenible, consiste básicamente en el derecho de cada cual a poder desarrollar al máximo sus capacidades y facultades para así poder disfrutar plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Cuando hablamos del derecho al desarrollo, se trata de un proceso de mejora para el bienestar y la calidad de vida de todos de manera equitativa, para así poder disfrutar al máximo nuestros derechos humanos. Como podemos ver, este derecho está íntimamente relacionado con el derecho a una vida digna y ambos deben ser interpretados de manera complementaria.

En seguimiento de esta idea, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, señala que, para el ejercicio de su derecho al desarrollo, los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar estrategias y prioridades, participando en programas de salud, vivienda, entre otros, que los involucren. Sobre este punto, es oportuno recordar *que* “Los pueblos indígenas viven en todas las regiones del mundo y poseen, ocupan o utilizan aproximadamente el 22 % del territorio planetario. Cuentan con entre 370 y 500 millones de personas y representan la mayor parte de la diversidad cultural del mundo, ya que han creado y hablan la mayoría de las casi 7.000 lenguas del mundo”.⁵⁰ Lo cierto es que los pueblos indígenas siguen marginados y son continuamente privados de sus derechos humanos como el derecho a la vivienda adecuada y digna, al medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.

⁴⁹ Sobre este punto pueden consultarse las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) que aportan información sobre el número de lenguas y grupos indígenas actualmente existentes en el país y que lamentablemente disminuyen de manera preocupante. *Vid.*, <https://www.mexico.mx/es/articulos/lenguas-indigenas-mexico>, http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/proyectos/enchogares/especiales/intercensal/2015/doc/eic_2015_presentacion.PDF, <https://www.inali.gob.mx/clin-inali/>. Consultado el 12/09/2018.

⁵⁰ Folleto infográfico, “*Política de Colaboración de los pueblos Indígenas*” (2018), tomado de: <http://www.unesco.org/new/es/indigenous-peoples/>. Consultado el 07/09/2018.

En este orden de ideas, es importante señalar el desarrollo sustentable va de la mano con el desarrollo de los pueblos indígenas. Al respecto: “Un modelo de desarrollo rural sustentable debe basarse en los avances de la ciencia y la tecnología, pero también en la tecnología tradicional regional, buscando elevar las condiciones de vida de los habitantes del medio rural, en su interrelación con la ciudad.”⁵¹ Es evidente la necesidad de impulsar un modelo de desarrollo rural sustentable que logre vincular los derechos de los pueblos indígenas a la vivienda digna, al medio ambiente sano, sin trastocar la impronta de su cultura y creencias, toda vez que el multiculturalismo opera como un factor determinante en la atención y procura de las tareas del gobierno enfocadas al sector vulnerable de los indígenas.

V. POLÍTICAS PÚBLICAS EN ACCIÓN

Nuestra reflexión respecto a la construcción epistemológica del derecho humano a la vivienda, plantea una pregunta esencial que sirve para cuestionar las políticas públicas de cualquier: Si la tierra es nuestro hogar común, ¿cómo puede haber personas sin hogar?; ¿cómo puede justificarse que haya seres humanos sin tierra, sin techo?

De acuerdo con el itinerario de este trabajo, consideramos que algunos lineamientos que el Estado –principal obligado en esta materia- deberá atender a través de su gobierno, son al menos, los siguientes:

1. Un cambio de paradigma en la concepción de la vivienda tradicional que incorpore los elementos inherentes al grupo indígena concreto, en el entendido de que cada cual tiene necesidades específicas y un entorno particular.
2. Impulsar acciones encaminadas a salvaguardar la identidad de cada pueblo indígena y favorecer la construcción de vivienda digna.
3. Diseño de la vivienda con base en la utilización de un sistema de integración de recursos con el menor impacto ambiental posible.
4. Construcción de vivienda sostenible con respeto al medio ambiente, a partir del manejo adecuado de los recursos, de acuerdo a las condiciones ambientales del lugar.
5. Reconocimiento de la viabilidad y pertinencia de los mecanismos de *Consulta Indígena para el mejoramiento de la Vivienda*.

⁵¹ Gómez González, Gerardo, *et. al.*, *Tecnología tradicional indígena y la conservación de los recursos naturales*, tomado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/99/11.pdf>. Consultado el 08/09/2018.

6. Impulsar acciones para la certidumbre jurídica sobre la propiedad, a través de programas de *regularización y/o escrituración* de la vivienda de los indígenas.

Con estos criterios generales, es posible ensayar una serie de *políticas públicas*⁵² que deben asumir *a fortiori* que: “Por vivienda, en términos generales se entiende el refugio natural, o construido por la mano del hombre, en el que éste habita de modo temporal o permanente. En cuanto a que signifique que sea digna podría entenderse que es digna aquella vivienda que da cumplimiento a las más básicas necesidades del hombre, como pueden ser una cierta privacidad –intimidad- y un elemental equipamiento.”⁵³

La vivienda digna indígena es aquella en la que un grupo familiar puede concretar la vida de interrelación entre sus integrantes, así como el desarrollo de las actividades personales de cada uno de los miembros de ésta, con respeto a un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible; además, debe permitir la identificación e integración con su pueblo o comunidad. Es decir, una vivienda digna es aquella que cuenta con el escenario y las condiciones para el desarrollo del potencial humano. En este sentido, las condiciones para una vivienda indígena digna, más allá de los pormenores de orden arquitectónico⁵⁴ son, entre otras:

- Habitabilidad. Este concepto se refiere a la necesidad de contar con el espacio suficiente respecto del número de habitantes.
- Idoneidad ambiental. La vivienda debe ser amigable con el medio ambiente, evitando en la medida de lo posible, la deforestación, el consumo de carbón, etc.
- Condición permacultural, como expresión de *“un sistema de diseño que tiene su base en principios ecológicos con el fin de preservar espacios aptos para sostener la vida en el presente y hacerla posible a futuro”*.⁵⁵

⁵² Sobre este punto, “... es posible plantear que para la existencia de una Política Pública resulta necesario que las autoridades estatales adelanten acciones encaminadas a alcanzar unos objetivos previamente definidos, a través de un curso de acción que procure transformar una situación actual en una situación futura y deseable”. Holguín, Carmen Jimena, “La participación social y ciudadana en las políticas públicas: apuntes para su reflexión”, Roth Deubel, André-Noël (editor), *El análisis y la evaluación de las políticas públicas en la era de la participación. Reflexiones teóricas y estudios de casos*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 175 y 176

⁵³ Ferrando Nicolau, Esperanza, “El derecho a una vivienda digna y adecuada”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Ministerio de la Presidencia, Gobierno de España, Madrid, 1992, p. 3016, tomado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=F_1992_ANUARIO_DE_FILOSOF%C3%82%20DEL_DERECHO. Consultado el 09/09/2018.

⁵⁴ Sobre el particular, puede verse Audefroy, Joel, “El mejoramiento de la vivienda indígena en la ciudad de México”, *Revista INVI*, volumen 20, número 53, Universidad de Chile, Santiago, 2005.

⁵⁵ Moreno Galvis, Nicole, *Prototipo de vivienda productiva de interés social rural para el municipio de Soatá Departamento de Boyacá*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2016, p. 24, tomado de

- La protección ambiental, entendida como el compromiso de toda persona de respetar y cuidar el medio ambiente.
- Viabilidad tecnológica, referida a la capacidad de los indígenas para adaptarse a objetos tecnológicamente modernos que les permitirán tener una mejor calidad de vida.
- Identidad cultural, para mantener el respeto irrestricto a las costumbres y cosmovisión de cada pueblo indígena.

De acuerdo con el itinerario trazado, el derecho humano de los indígenas a una vivienda digna, está estrechamente vinculado con el derecho a un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible. Al hablar del derecho al desarrollo, es necesario establecer que este derecho –tendente a satisfacer tanto las necesidades actuales como futuras-, debe ser garantizado en congruencia con mecanismos para el mantenimiento y la mejora de nuestro medio ambiente. En este sentido, las viviendas indígenas dignas deben estar relacionadas con la protección al medio ambiente y deben ser, en sí mismas sostenibles; es decir, tienen que involucrar un costo mucho menor, tanto en construcción, como en mantenimiento para los grupos indígenas.

En el corolario de estas disquisiciones, decir “vivienda digna armónica con el medio ambiente”, nos lleva a identificar viviendas autosuficientes que pueden ser construidas con materiales próximos y de bajo costo y que no agreden al medio ambiente. Viviendas de este tipo, accesibles y funcionales, permitirán a los indígenas, el acceso a un mejor nivel de vida. En este orden de ideas, una vivienda autosuficiente es aquella que, si bien cuenta con los servicios básicos necesarios, también aprovecha los recursos naturales; es decir, ahorra energía, agua y recursos, y reduce o evita la contaminación. En términos llanos, este tipo de vivienda aprovecha las condiciones naturales del entorno para disminuir las necesidades energéticas y asume que no hay desperdicio, que todo material es recurso que se puede y debe ocupar racionalmente, reutilizar y reciclar.

En este punto, es necesario aclarar que el derecho humano a la vivienda, no se refiere solamente a la construcción de viviendas, sino también al mejoramiento de cada espacio habitable para dignificarlo; en este sentido, el compromiso del Estado no se debe limitar a proyectar (y a veces concretar) la construcción de casas autosuficientes para los grupos indígenas; es preciso también, ofrecer la capacitación pertinente para que cada grupo

<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/20211/MorenoGalvisNicole2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Consultado el 10/09/2018.

étnico del país pueda hacer uso de los recursos naturales existentes y convertir sus viviendas, en espacios para la habitabilidad humana, integrales e integrados al medio ambiente de la localidad. Sobre este tópico, es pertinente decir que una vivienda autosuficiente no sólo se satisface con la construcción según ciertos parámetros arquitectónicos y de urbanismo que pueden proveer una mejor calidad de vida; es necesario, además, contar con una visión holística que tome en cuenta las condiciones geográficas, inicialmente externas a la vivienda, pero inevitablemente determinantes en la conservación del medio ambiente y con recias repercusiones en la vida de los seres humanos.

Finalmente, podemos señalar que tanto los instrumentos internacionales como los instrumentos locales, tratan el tema de la asequibilidad de las viviendas como condición esencial para la vida. Al respecto, la Ley de Vivienda⁵⁶, establece los lineamientos para la obtención de créditos para adquirir una vivienda. En este sentido, corresponde a las entidades públicas hacer que los programas crediticios lleguen a los grupos más vulnerables.

Como ya lo explicamos a lo largo de este documento, el derecho a una vivienda digna está ampliamente ligado con el derecho a un medio ambiente sano y al desarrollo; por otro lado, el acceso a estos derechos por parte de grupos vulnerables, como los pueblos indígenas, enfrenta enormes retos y, en tal virtud, es aconsejable la instrumentación de políticas públicas de largo aliento para atender esta situación desfavorable. Por esto, es necesario que el Estado implemente acciones tendentes a que los pueblos indígenas puedan acceder con mayor facilidad al derecho a una vivienda digna autosustentable, tomando en cuenta el contexto señalado con anterioridad.

VII. CONCLUSIONES

El ejercicio argumental contenido en estas líneas, nos ha mostrado la necesidad de generar estudios y políticas públicas en el rubro de la vivienda de los grupos indígenas. La naturaleza esencial del derecho a la vivienda, ha quedado evidenciado tanto en la dimensión teórico-conceptual, como en las normas de orden nacional e internacional que tratan esta cuestión.

⁵⁶Ley de la vivienda, texto vigente, tomado de https://www.ucoi.mx/content/cms/13/file/federal/LEY_DE_VIVIENDA.pdf. Consultado el 11/09/2018.

Sin embargo, a pesar de las importantes aportaciones de la doctrina, falta mucho por hacer para lograr la vinculación entre las proyecciones de orden conceptual, las normas y la realidad. La vivienda como uno de los derechos esenciales de cualquier ser humano, no ha logrado su concreción en la vida cotidiana de los habitantes y, en el caso de los indígenas, su aprehensión se ve aún más lejana.

En este orden de ideas, además del necesario ejercicio epistemológico trazado para la conexión entre los derechos humanos aquí tratados, la implementación de políticas públicas es una tarea fundamental del Estado en la atención de este rubro fundamental para la vida de las personas que pertenecen al grupo vulnerable de los indígenas. En el mismo sentido, la relación de estos derechos con la preservación del medio ambiente, significa un esfuerzo adicional de índole hermenéutico, pero mayormente en las tareas cotidianas que debe realizar el gobierno para atender el derecho fundamental de los indígenas a una vivienda digna; sobre el particular, es preciso recordar que estas acciones no deben trastocar las concepciones étnico-culturales, las tradiciones y cosmovisión del mundo de los indígenas, en concordancia con la preservación del medio ambiente que opera como elemento exógeno de los derechos humanos, pero al mismo tiempo, como condición esencial de la apropiación de este derecho, requisito fundamental para la vida en las mejores condiciones posibles.

En el marco de la vinculación performativa del derecho humano a la vivienda digna de los indígenas, la mejor garantía para su disfrute y vivencia, se sitúa en las políticas públicas de largo aliento que el gobierno debe generar, a fin de potenciar el derecho humano al medio ambiente sano, la preservación del entorno y las posibilidades viables de desarrollo de los grupos vulnerables, hasta hoy poco comprendidos y, si acaso, atendidos en la visión clientelar y asistencialista que no ha permitido abatir su rezago histórico.

FUENTES DE INFORMACIÓN

FUENTES BIBLIOHEMEROGRÁFICAS

- Albertson Fineman, Martha, "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition", *Yale Journal of Law & Feminism*, Volumen 20, número 1, 2008.
Disponible en:
<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1277&context=yjlf>
- Amaya Navas, Oscar Darío, *El desarrollo sostenible y el derecho fundamental a gozar de un medio ambiente sano. El desarrollo sostenible como contenido esencial para*

- configurar la naturaleza fundamental del derecho a gozar de un ambiente sano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.
- Audefroy, Joel, “El mejoramiento de la vivienda indígena en la ciudad de México”, *Revista INVI*, volumen 20, número 53, Universidad de Chile, Santiago, 2005.
- Bellier, Irène, “Autochtone”, en *Spaces Temps.net*. Disponible en: <https://www.espacestems.net/articles/autochtone/>.
- Bonfil Batalla, Guillermo, “El concepto de indio en América: una categoría de la situación colonial”, en *Anales de Antropología*, vol. 9, Revista del Instituto de Investigaciones Antropológicas, UNAM, México, 1972. Disponible en: http://www.revistas.unam.mx/index.php/antropologia/article/view/23077/pdf_647
- Brailosvky, Antonio Elio y Foguelman, Dina, *cit.*, por Aníbal Rodríguez, Carlos, *El derecho humano al ambiente sano, los derechos ambientales desde la perspectiva de los derechos humanos*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2012
- Bustillo Marín, Roselia, “Lo indígena y las teorías del reconocimiento de las culturas. De la otredad a la alteridad”, *Revista Quid iuris*, Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, número 32, abril 2016. Disponible en: https://app.vlex.com/#MX/vid/654160877/graphical_version
- Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, en *Cuestiones constitucionales*, número 25, julio-diciembre 2011, IIJ-UNAM, México
- Casals-Tres, Marina, *et. al.*, “Aproximación a una habitabilidad articulada desde la sostenibilidad. Raíces teóricas y caminos por andar”, *Revista INVI*, número 77, mayo 2013, volumen 28. Disponible en: <http://revistainvi.uchile.cl/index.php/INVI/article/view/680/1079>
- Ferrando Nicolau, Esperanza, “El derecho a una vivienda digna y adecuada”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Ministerio de la Presidencia, Gobierno de España, Madrid, 1992, Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=F_1992_ANUARIO_DE_FILOSOF%C3%80%20DEL_DERECHEO
- García, Elvira Dora y Ramírez Marín, Juan, *Problemas actuales de derecho ambiental mexicano*, Porrúa, México, 2010
- Gómez González, Gerardo, *et. al.*, *Tecnología tradicional indígena y la conservación de los recursos naturales*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/99/11.pdf>

- Henao Pérez, Juan Carlos, “El derecho a un ambiente sano desde la perspectiva constitucional colombiana”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVI, IJ-UNAM, México, 2010. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3946/3466>
- Holguín, Carmen Jimena, “La participación social y ciudadana en las políticas públicas: apuntes para su reflexión”, Roth Deubel, André-Noël (editor), *El análisis y la evaluación de las políticas públicas en la era de la participación. Reflexiones teóricas y estudios de casos*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2013
- Kiss, Alexander Ch., *El derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/908/6.pdf>
- Moreno Galvis, Nicole, *Prototipo de vivienda productiva de interés social rural para el municipio de Soatá Departamento de Boyacá*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2016. Disponible en: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/20211/MorenoGalvisNicole2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Olano García, Hernán Alejandro, “El derecho a la vivienda digna en Colombia”, *Dikaion*, vol. 20, núm. 15, noviembre, Universidad de la Sabana, Cundinamarca, 2006
- Ramírez Ortiz, Diana y Ramírez Marín, Juan, *Derecho ambiental y desarrollo sustentable*, Porrúa, México, 2012
- Serrano Carreto, Enrique (Coord.), *Regiones indígenas de México*, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, PNUD México, 2006. Disponible en: http://www.cdi.gob.mx/regiones/regiones_indigenas_cdi.pdf
- Stavenhagen, Rodolfo, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, El Colegio de México, 1988, México. Disponible en: <https://ia600703.us.archive.org/6/items/Stavenhagen-DerechoIndigenaYDerechosHumanosEnAmericaLatina/Stavenhagen-Derecho-indigena-y-ddhh-en-AL.pdf>
- Uribe Arzate, Enrique, “La dimensión vivencial pragmática de los derechos humanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011

OTRAS FUENTES

Constitución Política del Estado libre y Soberano de México, texto vigente, tomado de <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig001.pdf>.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto vigente, tomado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Estado%20de%20Mexico/wo31242.pdf>.

Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, texto vigente, disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, texto vigente, tomado de https://www.oas.org/dil/esp/Declaración_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf.

Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, texto vigente, tomado de https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, tomado de http://www.unesco.org/education/pdf/RIO_S.PDF.

Declaración Universal de Derechos de la Madre Tierra. Disponible en: <http://rio20.net/propuestas/declaracion-universal-de-los-derechos-de-la-madre-tierra/>

Declaración Universal de los Derechos Humanos, texto vigente, tomado de: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>.

Encuesta Interresal, Instituto Nacional de Estadística, Geografía, México 2015. Tomado de: http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/proyectos/enchogares/especiales/intercensal/2015/doc/eic_2015_presentacion.pdf.

Folleto infográfico, “*Política de Colaboración de los pueblos Indígenas*” (2018), tomado de: <http://www.unesco.org/new/es/indigenous-peoples/>.

Folleto Informativo No. 21 *El Derecho Humano a una Vivienda Adecuada*. Disponible en: http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs21_sp.htm#quérelaciónexisteentrelavivienda

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “La población indígena en México”, 2004, disponible en:

http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/historicos/2104/702825497583/702825497583_17.pdf.

Ley de la vivienda, texto vigente, tomado de https://www.ucoj.mx/content/cms/13/file/federal/LEY_DE_VIVIENDA.pdf.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, texto vigente, tomado de https://www.colmex.mx/assets/pdfs/3-PIDESC_50.pdf?1493133895.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 622/2015. Mardonio Carballo Manuel. 20 de enero de 2016. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

Fecha de recepción: 17 de septiembre de 2018.

Fecha de aceptación: 13 de diciembre de 2018.

COLLOQUIUM

LA PARADOJA DE LOS MUERTOS CON EL CORAZÓN LATIENDO EN MÉXICO. ANÁLISIS BIOJURÍDICO

THE PARADOX OF THE DEAD WITH THE HEART BEATING IN MÉXICO. BIOJUSTICAL ANALYSIS

Miguel Angel TENORIO MENDOZA*

RESUMEN: La aplicación de los criterios clínicos para la determinación de la muerte encefálica, es procedimiento ordinario en unidades de cuidado intensivo en todo el mundo. Tal necesidad está vinculada a la existencia de unidades de trasplantes de órganos y al esfuerzo para transmitir a la sociedad la toma de conciencia e información relacionada. Se examinan aspectos bioéticos jurídicos conexos a los trasplantes de órganos en casos de muerte encefálica, los modelos actuales de donación de órganos en caso de muerte encefálica, a corazón latiendo, desde la bioética jurídica y el consentimiento presunto en los Estados Unidos Mexicanos. Una visión Neo Constitucionalista.

Palabras Clave: Bioética jurídica. Donación de órganos por Muerte encefálica en Estados Unidos Mexicanos. Trasplantes de órganos.

ABSTRACT: The application of clinical criteria for the determination of brain death is an ordinary procedure at intensive care units throughout the world. This requirement is linked to organ transplant units, and together work towards awareness and access to information in the subject to the general public. This paper examines legal bioethical aspects related to organ transplants in cases of brain death; current models of organ donation in case of brain death, beating heart, from legal bioethics; and presumed consent in the United Mexican States. A Neo Constitutionalist vision.

Keywords: Legal bioethics. Organ donation by Encephalic death in the United Mexican States. Organ transplants.

* Médico Cirujano, abogado, doctorando en Estudios Jurídicos con Orientación en Derecho Constitucional y Derechos de la Persona. Línea de e investigación: Derechos de la persona. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Programa Nacional de Posgrados de Calidad. Correo electrónico bari109matm@prodigy.net.mx. Teléfono: 9933591547.

I. Introducción

La muerte encefálica es parte de los contenidos de la Bioética⁵⁷. Restablecer la salud de las personas a partir de implantes de órganos provenientes de otros seres humanos, así como la búsqueda de la longevidad e inmortalidad, son anhelos sociales vigentes, del *homo sapiens*⁵⁸.

Históricamente se registran múltiples e infructuosos intentos de trasplantar órganos de un ser a otro⁵⁹. Es hasta la segunda mitad del siglo XX cuando se logra practicar con éxito trasplantes de órganos: riñón, hígado, corazón y páncreas, en un difícil proceso que registra numerosos fracasos vinculados al rechazo de los sistemas inmunológicos de los receptores de los órganos trasplantados.

Los avances científicos han logrado descubrir los medios adecuados para reducir el nivel del rechazo, y los trasplantes, como opción terapéutica, se han multiplicado significativamente.

El trasplante implica la extracción de uno o varios órganos, del cuerpo de un individuo (vivo o muerto y su transferencia al cuerpo de otro u otros seres humanos, con el fin de restablecer la salud de estos últimos y prolongar su vida y/o renovar la calidad de vida. Esta operación, sin embargo, no se limita a sus aspectos técnicos, o médicos, ya que en ella van implícitas consecuencias científicas, sociológicas, psicológicas, filosóficas y jurídicas. Ello obliga a los médicos y a la sociedad en general, a plantearse diversos cuestionamientos sobre los límites a este tipo de actividades de manera que, además de salvar la vida y/o beneficiar el estado de salud de personas que la han perdido, se preserven los derechos personalísimos, la autodeterminación, consentimiento informado, y dignidad de los donantes.

El trasplante de órganos es un tema inherente a la bioética⁶⁰, entendida ésta como el estudio sistemático, e interdisciplinario de las cuestiones éticas surgidas de las ciencias de la vida y de las relaciones de la humanidad consigo misma y con la biosfera.

El acontecimiento más trascendente en la historia universal de la medicina fue, el nacimiento de esta disciplina como un “saber técnico”. Esta conquista del saber humano se

⁵⁷ Sarmiento M., Pedro José, “¿Es la muerte cerebral realmente la muerte del individuo?”, análisis de una compleja situación Clínico-Bioética y de sus consecuencias. *Persona y Bioética* 2003, 7 (enero-abril): <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=83271805>.

⁵⁸ Homo es el género de los primates homínidos que pertenece a la tribu de los homininos. La única especie de Homo que aún subsiste es el Homo Sapiens (el ser humano actual), las demás se han extinguido. <https://definicion.de/homo-sapiens/>. 30 de julio de 2018.

⁵⁹ <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/105/art/art2.htm>.

⁶⁰ Lum-Gordillo, Bertha, *Nefrología Pediátrica*, Edition: 3a, Publisher: Elsevier, Editors: Gustavo Gordillo Paniagua, Ramón A. Exeni, Jorge de la Cruz, PP.772-781.

debe a Hipócrates, un personaje del cual se conoce poco, ya que la única biografía que nos ha legado la antigüedad fue escrita por Sorano⁶¹ de Éfeso, unos 500 años después de la muerte del célebre médico griego.

En la Grecia clásica, los médicos de la escuela hipocrática consideraron que la muerte tenía origen en la cabeza, en los pulmones o bien en el corazón⁶², pero solo este último era el lugar donde se asentaba la vida. El corazón, con su latir, era el primer órgano en comenzar a vivir y el último en morir; para ellos, los latidos del corazón distinguían los estados de vida y muerte.

Claudio Galeno reconocía que, en relación con la muerte, era preciso en ciertos casos aplicar sus propias definiciones y guiarse por los signos que él mismo había recomendado; en estas circunstancias se podía incurrir en errores diagnósticos de muerte, como en la histeria, la asfixia, el coma, y la catalepsia; estados que podían suspender temporalmente todos los signos de vida, sin posteriores secuelas⁶³.

Gracias al trabajo de William Harvey, en 1627, se describió la función circulatoria, lo cual hizo del latido cardíaco un signo de vida y su ausencia, señal de muerte; desde entonces se planteó clínicamente que la muerte llega con el "*cese de los latidos cardíacos*". Durante cerca de tres siglos se mantuvo el criterio de Harvey, hasta el surgimiento tecnológico del siglo XX.

En 1967, en la Ciudad del Cabo (Sudáfrica), Oenise Anne Oaval sufrió un accidente, a consecuencia del cual gran parte de su masa encefálica quedó destruida. Horas después, el cardiócirujano Christian Barnard extraía su corazón, aun latiendo, para trasplantárselo a Louis Waskanky⁶⁴.

El concepto de muerte encefálica total (*whole brain criterion*⁶⁵), sobre el que se basaron los criterios prácticos clínicos del Reporte Harvard de 1968, el cual se constituyó por convocatoria del presidente de EE.UU., reuniéndose científicos de varios países (*President's commission*) con el objetivo de establecer los criterios de muerte encefálica o muerte total, buscando homologar la selección de candidatos a donar órganos por muerte encefálica en el mundo, considerando para ello: I. La necesidad de establecer un criterio en el plano jurídico, para poder poner fin a procesos legales que comprometían derechos de

⁶¹ Médico romano del siglo II d.C. que ejerció su profesión en tiempos de Trajano y Adriano.

⁶² Alby, Juan Carlos, "La concepción antropológica de la medicina hipocrática". 2004, XVI: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=25900102>

⁶³ Bulletin of the History of Medicine, Baltimore, the John Hopkins University Press, 4: 482-511, 1975.

⁶⁴ Rodríguez del Pozo, P. "La determinación de la muerte. Historia de una incertidumbre", JANO, XLIV, 1036: 23-29, 1993.

⁶⁵ Sarbey, Ben. J Law Biosci. 2016, pp.743–752. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5570697/>

otros y responsabilidades en materia de acciones clínicas, así como 2. Dar uniformidad a todos los procesos similares en los que se requerían decisiones concretas. El acta de determinación uniforme de muerte, definió la muerte encefálica como "*la cesación irreversible de todas las funciones del cerebro, incluido el tallo cerebral*", criterio que sirvió para establecer un consenso en el plano jurídico.

En 1981, la *President's Commission*⁶⁶ determinó los criterios para establecer la muerte encefálica total (*whole brain criterion*), lo que sirvió, en el plano jurídico, para todos los procesos relacionados con dicho diagnóstico, y también, de modo concluyente, para reforzar el consenso clínico. Así las unidades de cuidados intensivos, y los grupos médicos para trasplantes, se apoyaron en la ley que emanaba de los criterios determinados por la comisión, y adoptaron las conductas clínicas señaladas por el reporte.

Los criterios de la muerte encefálica fueron publicados en revistas reconocidas y aplicados en la clínica sin ningún tipo de crítica. No obstante, en el mundo las opiniones culturales posibilitaron la vigencia de la discusión, en virtud que la comprensión acerca de la muerte y su significado no se limitan exclusivamente a la clínica, las leyes; o a lo que estas proponen "creer". El problema posee raíces filosóficas y culturales, en la comprensión acerca de la muerte y su significado antropológico, así como su expresión biológica y social, procesos que pueden ser comprendidos por los integrantes de la sociedad de diferente manera.

En 1981, la comisión del presidente de los EE.UU. (*President's Commission*)⁶⁷ afirmaba que "*el cuerpo del individuo en muerte encefálica carece de funcionalidad sistémica integrada, por lo que no puede ser tenido por persona viva*". Bajo esta interpretación, el funcionamiento del corazón, pulmones y demás es considerado como intrascendente, porque no implica un funcionamiento integral"⁶⁸.

En el trasplante de órganos convergen muchas de las creencias y supuestos sobre los que está construida nuestra cultura actual, mismos que cuestionamos cuando planteamos reconsiderar los valores tradicionales⁶⁹ y los derechos humanos desde la Bioética y el Derecho.

⁶⁶ President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12041401>

⁶⁷ Ibídem 4.

⁶⁸ President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research. *Defining death: Medical, legal and ethical issues in the determination of death*. Washington D.C., Government Printing Office, 1981.

⁶⁹ Stanford Encyclopedia of Philosophy. "The Definition of Death First published Fri Oct 26, 2007; substantive revision" Tue Aug 9, 2016. <https://plato.stanford.edu/entries/death-definition/>

Acerca de los trasplantes de órganos en los Estados Unidos Mexicanos, se plantea la necesidad de armonizar, tanto los derechos de los receptores de los órganos; tales como: el derecho a la vida y a la salud; como también por parte de los donadores: el derecho a la dignidad, al consentimiento informado, a la autodeterminación, y al respeto a sus derechos personalísimos o de la personalidad.

II. Desarrollo del tema

Teniendo como base filosófica epistemológica, la Teoría Neo Constitucionalista, (cuyo exponente principal ha sido Robert Alexy); sostiene entre sus postulados que: “Las leyes, además de seguir un proceso legislativo completo y legítimo, deben ser también justas, éticas, buenas para la sociedad, y contener principios los cuales pueden optimizarse”⁷⁰.

En este contexto, por una parte, se vierten consideraciones respecto al derecho a la vida y a la salud que atañen a quienes necesitan les sea trasplantado un órgano humano para no morir; y por otra, se expone el derecho a la libre autodeterminación y a los derechos personalísimos o de la personalidad, de quienes, siendo donadores tácitos de órganos, deberían decidir por sí mismos, si desean donar o no, sus órganos a su muerte; no como lo establece actualmente el artículo 324 de la Ley General de Salud⁷¹ (en base a una presunción legal, típica del siglo XIX, propia de un Estado de Derecho Legal y no de un Estado de Derecho Constitucional, como se plantea en el siglo XXI).

La historia de la Bioética comparte con la de los trasplantes de órganos humanos, un inicio simultáneo y una evolución paralela. El nacimiento de la Bioética es consecuencia del rápido desarrollo de las ciencias biomédicas durante la segunda mitad del siglo XX. Así los trasplantes de órganos se han convertido hoy, en un procedimiento terapéutico aceptado y consolidado para muchas enfermedades terminales, que actualmente no tienen cura o manera de preservar la vida o ayudar al enfermo a recuperar su salud ⁷².

En los trasplantes de órganos convergen casi la totalidad de los problemas éticos de la medicina, por lo que se lo ha llegado a considerar un micro modelo bioético, donde se adelanta el debate y la resolución de los problemas, aplicándose luego en otros campos de la medicina. Siguiendo la historia de los trasplantes se llega al planteamiento sucesivo de

⁷⁰ De Fazio, Federico. “Sobre La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica, de Jan-R. Sieckmann. Isonomía”, 2016, pp.193-199. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182016000100193&lng=es&nrm=iso.

⁷¹ Ley General de Salud, artículo 324. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgs.htm>

⁷² Gracia D. “Trasplante de órganos: medio siglo de reflexión ética”. Nefrología 2011; Vol. XXI. Sociedad Española de Nefrología. Suplemento 4. 13-29. <http://www.revistanefrologia.com/es-publicacion-nefrologia-articulo-trasplantes-organos-medio-siglo-reflexion-etica-X0211699501027225>.

diversos problemas éticos. El primer gran tema de debate, en los inicios del trasplante, en la década de 1950, fue la mutilación que exigía la donación de vivo. Resolviéndose este problema, surgió otro, el de los trasplantes en seres vivos con fines experimentales, que se desarrolló en la década de 1960, cuando se realizaron los primeros trasplantes de órganos sólidos. En la década de 1970, considerados los trasplantes ya terapéuticos, se planteó el problema de la donación de cadáver y una nueva definición de la muerte.

La mayor disponibilidad de órganos de donantes cadáveres y el advenimiento de nuevos inmunosupresores, planteó en los 80's del siglo XX, el problema de la distribución equitativa de órganos considerando que siempre serán un recurso escaso.

En la década de 1990 apareció como tema, el de la compleja organización que se requiere para que la donación y los trasplantes funcionen de manera óptima. No es difícil advertir el surgimiento de nuevas cuestiones éticas, como el trasplante de órganos procedentes de animales⁷³, así como el comercio y tráfico de órganos humanos para fines de trasplante⁷⁴.

Muchos principios éticos adquieren el carácter de variables en la ecuación y fundamentan la medicina del trasplante y donación de órganos. Por ejemplo, el principio de autonomía, de no usar al ser humano con un objeto o instrumento, por más loables que sean los fines. La libertad de las partes involucradas (donante, poder ejecutivo federal y receptor) que se expresa en el consentimiento informado. Los principios de beneficencia y no-maleficencia⁷⁵ tienen su lugar en la exigencia de seguridad de los procedimientos. La exigencia ética de la beneficencia⁷⁶ se concretaría en un llamado a la solidaridad humana como principio rector en la donación de órganos para fines de trasplantes.

Puesto en perspectiva, la definición y criterios de muerte encefálica son problemas éticos que el trasplante de órganos implica. Uno de los grandes avances de la medicina actual, consiste en la posibilidad de ofrecer a las personas enfermas, un cambio en sus condiciones a través del trasplante de órganos. Esta práctica no ha estado exenta de cuestionamientos éticos⁷⁷.

⁷³ Wijdicks Efm. *The diagnosis of brain death*. N Engl J Med 2011; 344: 1215-21. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=9062179&pid=S0034-9887200400010001600012&lng=es

⁷⁴ <https://es.aleteia.org/2017/05/28/el-trafico-de-organos-un-gran-negocio-y-una-forma-moderna-de-esclavitud/>

⁷⁵ Costumbre o inclinación de hacer el mal. Diccionario 2017 de la Real Academia Española de Lenguas. <http://dle.rae.es/?w=diccionario>

⁷⁶ Acción y efecto de hacer el bien a los demás. Diccionario 2017 de la Real Academia Española de Lenguas. <http://dle.rae.es/?w=diccionario>

⁷⁷ *Op. Cit.* 1, p.2.

La mejora en la supervivencia de los pacientes receptores de órganos cadavéricos, conseguida en las últimas tres décadas ha provocado la extensión de la tecnología de trasplante a pacientes con enfermedad terminal hepática, pancreática y de intestino delgado. Y ha provocado la posibilidad de extender dicha tecnología a órganos no vitales (cara, mano, laringe, tráquea, útero)⁷⁸. Las cuestiones éticas, nos obligan a plantearnos cuáles son los objetivos de las cosas que hacemos⁷⁹, como: La posibilidad de recibir donaciones de personas vivas, a cambio de un beneficio económico para el donador; práctica no aceptada en muchos países⁸⁰, pero promovida activamente⁸¹ por otros, como parte de sus programas del llamado Turismo de la Salud⁸².

Latinoamérica ha sido una de las regiones del mundo activas en relación al establecimiento de guías éticas en el área de trasplantes. La Sociedad de Trasplantes de América Latina y el Caribe auspició el Primer Foro Latinoamericano de Bioética en Trasplante,⁸³ el cual se llevó a cabo en Aguascalientes, en 2010; donde se consideraron los conceptos básicos de la Ética Médica, como los principios básicos a salvaguardar: dignidad humana, beneficencia, integridad, vulnerabilidad, autonomía, responsabilidad y justicia. En este contexto, surgen preguntas cuyas respuestas dan margen al debate, tales como: ¿Es ético obtener (sin consentimiento informado y expreso de quien debe otorgarlo) los órganos de personas con muerte encefálica, a quienes el resto de su cuerpo les funciona?, ¿Es ético el solicitar a los familiares de pacientes con muerte encefálica los órganos del “cadáver a corazón latiendo”, sin ofrecer simultáneamente, detallada información médica y quirúrgica? ¿Hay colisión de principios y derechos en los pacientes con muerte encefálica y quienes están en lista de espera para recibir un trasplante de órgano de cadáver a corazón latiendo? (el derecho a la salud y a la vida de unos, *versus* el derecho a la dignidad, la libre determinación, al consentimiento informado) todo ello, podría confluir en ese gran anhelo de los seres humanos: el *deseo de alcanzar la inmortalidad*.

Argumentaciones de doctrinantes a favor del uso por parte del Estado, de los órganos de “cadáveres” a corazón latiendo:

⁷⁸ Martínez, K. “Algunos aspectos éticos de la donación y el trasplante”, Anales del Sistema Sanitario de Navarra, 29, Suplemento. 2, 2006, pp. 15-24, http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272006000400003&lng=es&tlng=es.

⁷⁹ Organización Mundial de la Salud. *Principios rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos*. http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22sp.pdf

⁸⁰ *Op. Cit.* 18, P.7.

⁸¹ https://www.hosteltur.com/121725_30-primeros-destinos-turismo-salud-mundo.html

⁸² Gracia, Hernández, Maximiliano, *El Periplo Sustentable*, Universidad Autónoma del Estado de México <http://rperiplo.uaemex.mx/> Publicación Semestral Número: 30 enero / junio 2016.

⁸³ <http://www.sut.org.uy/materiales>

Para Ernesto Garzón Valdés, Rodolfo Vázquez y Carmen Núñez no hay razón para no admitir un consentimiento tácito. El primero señala que la tendencia actual es reconocer la importancia de los órganos y tejidos y su notable escasez. Esto lo induce a presumir el consentimiento no expresado, "un cadáver es, además, una fuente de bienes vitalmente útiles, cuya no utilización puede causar daño a seres vivientes"⁸⁴, Esta tendencia "se justifica por su carácter solidario y realista", agrega Rodolfo Vázquez⁸⁵. El mismo Vázquez⁸⁶ justifica plenamente la presunción del consentimiento cuando el fin terapéutico de la ablación es inmediato. El valor de la vida del receptor "*debe prevalecer sobre el consentimiento o la autorización de los disponentes secundarios*". En el caso del motivo terapéutico mediato, es decir cuando el órgano va a dar a un banco, Vázquez se inclina en pensar que tampoco en estos casos se requiere del consentimiento o de la autorización de los disponentes secundarios. Si el motivo de investigación es únicamente científico, considera la prevalencia de la *pietas familiae (consideración familiar)*^{87, 88} Carmen Núñez opina que si alguien, teniendo posibilidades reales de hacerlo, no manifestase su voluntad, sería perfectamente admisible una presunción legal, interpretando el silencio, en sentido favorable a la donación en aras de la salud colectiva⁸⁹.

Contra argumentaciones doctrinarias: La legislación brasileña ha aceptado el consentimiento tácito, sin embargo, esta decisión legislativa no ha sido bien recibida por la doctrina. En concepto de Roberto de Gouvêa Medina,⁹⁰—la nueva legislación rompe abruptamente con las costumbres arraigadas y las creencias y tradiciones religiosas. El mismo autor reflexiona que su país cuenta con 18.4% de analfabetismo, cifra indicativa de que buena parte de los habitantes carece de capacidad de discernimiento suficiente para decidir sobre el destino del propio cuerpo después de su muerte. Celso Rivero, citado por

⁸⁴ Garzón Valdés, Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos, Isonomía, México, núm.1, octubre de 1994, pp. 112-116.

⁸⁵ Vázquez, Rodolfo, *Consentimiento y extracción de órganos*, Isonomía, México, ITAM, núm. 1, octubre de 1994, p. 193.

⁸⁶ *Ídem*, p. 198

⁸⁷ Miceli Marilina Andrea. Aplicación de la *pietas familiae* en la Ley 24193 de trasplante de órganos y tejidos, *Fvndamenta ivris: terminología, principios e "interpretatio"* / Pedro Resina Sola, editorial Lit, 2012, pp. 633-638. (Consideración entre los miembros de una familia).

⁸⁸ Clemente Fernández, Ana Isabel, *Revista Internacional de Derecho Romano, Ridrom, octubre de 2012, pp. 1989-1970.*

⁸⁹ Gouvêa Medina, Roberto de, "Donación de órganos del cuerpo humano", *Revista, da ordem dos advogados do Brasil*, Brasília, año XXVI, núm. 63, julio-diciembre de 1996, p. 65. Gouvêa Medina, considera que "el silencio produce efectos jurídicos cuando, debido a circunstancias o condiciones de hecho o falta de respuesta a interpelaciones, abstención o aptitudes omisivas voluntarias, induce a la otra parte, como a cualquier persona a la creencia legítima de que el silente ha revelado de cualquier modo una voluntad seguramente identificada". La falta de manifestación de donar los órganos y tejidos no cumple, sino tal vez en casos aislados, con esta interpretación del silencio, sino que se trata la mayoría de las veces de una ignorancia tanto de lo que es el trasplante y su fin, así como de la legislación.

⁹⁰ *Ídem*. P. 64.

De Gouvêa, ha expresado que la manifestación tácita es una verdadera confiscación del cuerpo humano por el Estado⁹¹.

Otros autores justifican⁹² que el Estado goce del poder de disponer de los cadáveres de sus ciudadanos con el fin de obtener órganos y tejidos necesarios para salvar vidas humanas, e incluso proponen que los cadáveres sean declarados "bienes de utilidad pública"⁹³. Estas corrientes extremistas han sido fuertemente criticadas por no respetar el consentimiento de los deudos e ir en contra de las creencias y sentimientos de las personas.

María Bertoldi⁹⁴ considera que las legislaciones que posibilitan escuchar la opinión de los sobrevivientes, atribuyendo a estas facultades dispositivas o de oposición a la extracción, como la nuestra, están más acordes con los sentimientos de piedad que anidan en la sociedad.

La donación para después de la muerte, independientemente de quien haya manifestado la voluntad, es tratada legislativamente en forma distinta a la donación en vida. Ya no se intenta proteger la integridad física de un donante que ha dejado de existir. En vida, el cuerpo humano es el sustrato de la persona: "Se dice que es la persona misma",⁹⁵ sin embargo, muerto el donante desaparece el gran obstáculo de la integridad física entendida está en función del bien de la vida y de la persona.⁹⁶ A falta de una norma expresa que prohíba o limite la donación de órganos o tejidos para después de la muerte, ésta está permitida. Las diferentes legislaciones pasan de la minuciosidad a la laxitud.⁹⁷ Lo único exigible es la comprobación, previa a la extracción de los órganos y tejidos de la pérdida de la vida del donante, del consentimiento expreso del disponente o la inexistencia de negativa expresada por las personas señaladas en la ley, en nuestro país, por los artículos 324 y 334 de la Ley General de Salud.

Actualmente se encuentra en proceso legislativo una serie de reformas y adiciones a la Ley General de Salud, en la intención de introducir una figura legislativa denominada "consentimiento presunto", lo cual se aborda en las hojas siguientes.

⁹¹ *Ibidem*, p. 66.

⁹² Bergoglio de Brouwer de Koning, María y Bertoldi de Fourcade, María Virginia, Trasplante de órganos entre personas, con órganos de cadáveres, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, pp.14 y ss.

⁹³ Brena Sesna Ingrid. Boletín Mexicano de derecho comparado, número 105, *Bibliojurídicas UNAM*. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/105/art/art2.htm#N14>, 2011. IJ-UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

⁹⁴ *Ibidem* 36, P 10. pp. 260-261.

⁹⁵ Gazcon, Suzanne, L'utilisation médicale et al, commercialisation du corps humain, Les éditions Yvon Blais inc. Collection Minerve, 1993, p. 5.

⁹⁶ Gordillo Cañas, Antonio, Trasplantes de órganos: "pietas" familiar y solidaridad humana, Madrid, Civitas, 1987, p.62.

⁹⁷ *Ídem*, p.72.

A pesar de existir una profusa legislación sobre donación y trasplante de órganos a nivel mundial, aún se mantiene el debate respecto a ciertos aspectos de las donaciones hechas por causa de muerte, pues es necesario enfrentarse a la muerte para que se den las condiciones, que hacen posible trasplantar los órganos del donante. El concepto de muerte, para los efectos de la donación de órganos, y el consentimiento de las personas involucradas, iniciando por el mismo donante; son temas que la mayoría de las legislaciones del mundo han debido enfrentar cuando han decidido incentivar las donaciones.

Los sistemas de donación consagrados en los diversos ordenamientos jurídicos⁹⁸ pueden dividirse, a grandes rasgos en: sistemas básicos de consentimiento presunto y expreso, existiendo, sin embargo, variantes de ellos, según el valor que la norma le dé a la participación de terceros en la decisión final de la extracción de órganos y su posterior trasplante.

El sistema de consentimiento expreso se amplía, en muchos casos, al consentimiento de la familia del fallecido. Lo mismo vale para el caso contrario, en sistemas de consentimiento presunto, no solo el donante, sino en muchos casos también su familia se puede oponer a la donación de órganos. Los expertos señalan que entre los factores del incremento de las tasas de donación de órganos no necesariamente está el sistema de consentimiento presunto, pues países como Grecia, donde existe este sistema, las tasas de donaciones son bajas⁹⁹. En este sentido, se debe determinar cuándo se entiende que el donante ha fallecido, pues el órgano donado, para ser aprovechable para un trasplante, tiene que mantenerse irrigado, es decir recibiendo sangre del corazón latiente¹⁰⁰.

Por ello es relevante definir el concepto de muerte. La ciencia ha intentado dar respuesta del siguiente modo: el órgano puede ser extraído del cuerpo aún con vida, siempre que previamente se haya determinado la muerte cerebral, manteniéndolo artificialmente oxigenado para que el corazón no deje de latir y no se produzca el paro cardíaco que produce el fallecimiento inmediato de la persona y que los órganos se descompongan irreversiblemente¹⁰¹.

Los sistemas de donación consagrados en los diversos ordenamientos jurídicos pueden dividirse, a grandes rasgos, en sistemas básicos de consentimiento presunto y

98 BNC Informe. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2012. <https://www.bcn.cl/obtienearchivo/?Sistemas%20de%20donacion%20de%20organos>.

99 *Ídem*.

100 Valero, Ricard, Muerte Encefálica y Mantenimiento del Donante de órganos, <http://www.scartd.org/arxius/donants05.pdf> (septiembre, 2012).

101 <http://www.dw-world.de/dw/article/0,2144,2576141,00.html>.

expreso. Sin embargo, existe una serie de variantes de ellos, según el valor que la norma le dé a la participación de terceros en la decisión final de la extracción de órganos y su posterior Trasplante¹⁰².

| Fórmula regulatoria | Países que la adoptan |
|-------------------------|---|
| Consentimiento expreso | Alemania ¹⁰³ , Australia ¹⁰⁴ , Canadá ¹⁰⁵ , Chipre ¹⁰⁶ , Dinamarca ¹⁰⁷ , Estados Unidos de Norteamérica ¹⁰⁸ , Estonia, Grecia, Japón ¹⁰⁹ , Lituania ¹¹⁰ , Nueva Zelandia ¹¹¹ , Perú, Reino Unido ¹¹² , Irlanda ¹¹³ , Rumania ¹¹⁴ , Suiza ¹¹⁵ , México ¹¹⁶ . |
| Consentimiento presunto | Austria ¹¹⁷ , Eslovaquia ¹¹⁸ , Eslovenia ¹¹⁹ , Grecia ¹²⁰ , Hungría, Israel, Italia ¹²¹ , Holanda ¹²² , España ¹²³ , Letonia ¹²⁴ , Luxemburgo ¹²⁵ , Polonia ¹²⁶ , Portugal ¹²⁷ , República Checa ¹²⁸ |

¹⁰² Ministerio de Salud y Seguridad Social de Alemania. <http://www.dso.de/organspende-undtransplantation/gesetzliche-grundlagen.html>.

¹⁰³ Act on the Donation, Removal and Transplantation of Organs de 5 noviembre de 1997. Op. Cit. 25. P.9.

¹⁰⁴ No hay una ley federal, sino sólo leyes estatales. Ver en: <http://www.bioethics.org.au/Resources/Bioethics%20Legislation.html#LegTopic>.

¹⁰⁵ Uniform Human Tissue Donation Act of 1980. http://assets.cambridge.org/97805218/83023/frontmatter/9780521883023_frontmatter.pdf.

¹⁰⁶ Ley N° 97 de 1987, <http://www.cyprus-mail.com/transplant-centre/cyprus-could-become-regionaltransplant-centre/20120621>.

¹⁰⁷ Op. Cit. 42. P.12 (Ley N° 402v de 13 de junio de 1990)

¹⁰⁸ Uniform Anatomical Gift Act of 1968, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3413661/>.

¹⁰⁹ Ley N° 104 de 16 de julio de 1997: http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc_news?author.Sayuri%20Umeda.

¹¹⁰ Op. Cit. 42, P.12.

¹¹¹ Human Tissue Act. <http://www.health.govt.nz/our-work/regulation-health-and-disabilitysystem>.

¹¹² The Human Tissue Act 1961 y The Human Organ Transplants Act 1989, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/31/contents>.

¹¹³ Op. Cit. 42. P.12 (No tiene su propia legislación, pero sigue las directrices del Reino Unido sobre la materia)

¹¹⁴ Ídem. (Ley de 1998)

¹¹⁵ Ídem. (Ley Federal de Trasplantes)

¹¹⁶ Ley General de Salud, Título decimocuarto. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgs.htm>

¹¹⁷ Ley Federal de 1° de junio de 1982 (Serie N° 273, Sección 62A), disponible en: <http://www.hlutx.at/organtransplantation/53-transplantationsgesetzoessterreich.html>.

¹¹⁸ Op. Cit. 42. P.12.

¹¹⁹ Ídem.

¹²⁰ Ídem.

¹²¹ Ídem. (Legislation on Donation, Retrieval and Transplantation of Organs and Tissues)

¹²² Op. Cit. 42. P.12.

¹²³ Ley 30/1979 y por el Real Decreto 426/1980. <https://www.saludemia.com/trasplantes/trasplantes-de-organos-en-espana-ley-estadisticas>.

¹²⁴ Op. Cit. 42. P.12.

¹²⁵ Ídem.

¹²⁶ Ídem.

¹²⁷ Op. Cit. 42. P.12. (Ley N° 12 de 22 de abril de 1993).

¹²⁸ Ídem.

| | |
|---|---|
| Consentimiento presunto, con oposición de los parientes | Bélgica ¹²⁹ , Bulgaria ¹³⁰ , Croacia ¹³¹ , Finlandia ¹³² , Noruega ¹³³ , Turquía ¹³⁴ , Venezuela ¹³⁵ . |
| Extracción informada | Francia ¹³⁶ , Suecia ¹³⁷ |

Cuadro 1. Sistemas de Donación de órganos en el Mundo¹³⁸

a. Sistema de manifestación de voluntad o consentimiento directo.

Este modelo responde, teóricamente, a aquél en que las personas deban manifestar expresamente en vida si desean o no convertirse en donantes al momento de su muerte. Si fallecen sin haberse pronunciado en uno u otro sentido, no cabe la donación, aun cuando los parientes estuvieren de acuerdo en ello, pues no donar constituiría una forma de manifestación de voluntad.

b. Sistema de consentimiento expreso ampliado.

Como una extensión del anterior, en este sistema, el fallecido debe haber consentido en vida la extracción de órganos, por ejemplo, a través de una identificación de donante. Si no existe un consentimiento expreso, entonces son los parientes quienes deciden sobre una extracción. El fundamento de la decisión será la voluntad conocida o presunta del fallecido, quien “delegaría” su manifestación de voluntad en sus parientes.

c. Sistema de consentimiento indirecto o presunto.

En él, ante el silencio en vida del donante, la ley presume su condición de donante. Si el fallecido no ha declarado expresamente en vida su voluntad de no ser donante, por ejemplo, en un registro de no donantes, entonces los órganos pueden ser extraídos para ser trasplantados, sin perjuicio de la oposición de los parientes.

¹²⁹ *Ídem.* (Ley de 13 de junio de 1986).

¹³⁰ *Op. Cit.* 42. P.12.

¹³¹ *Ídem.*

¹³² *Ídem.* Ley N° 101 de 2001, <http://ndt.oxfordjournals.org/content/early/2011/11/25/ndt.gfr619.full.pdf>.

¹³³ *Op. Cit.* 42. P.12. (Act. on the Donation, Removal and Transplantation of Organs).

¹³⁴ *Op. Cit.* 57. P.15.

¹³⁵ *Ídem.* Ley sobre Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos de 1992. <http://www.tuabogado.com/leyes/legislacion/1778-ley-sobre-transplante-de-organos-y-materiales-anatomicos-en-sereshumanos?showall=&start=1>.

¹³⁶ Ley de la Bioética. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024323102>. En la práctica la oposición de los parientes puede alterar el consentimiento presunto.: <http://www.dondorganes-dondesoi.org/article-la-legislation-en-matiere-de-don-d-organes-source-france-adot-105043490.html>.

¹³⁷ *Op. Cit.* 42. P.12. (Ley de 1996).

¹³⁸ *Ídem.*

d. Sistema de consentimiento presunto, con oposición de los parientes.

Corresponde a una variante del sistema anterior, pues no habiendo consentimiento expreso, se presume la voluntad de donar, pero se otorga a los parientes el derecho a oponerse. Incluimos aquí algunos países donde, estando consagrado el sistema de consentimiento presunto y sin que la ley lo requiera, se consulta a los parientes igualmente, lo que modifica en la práctica el sistema legal de donación.

e. Sistema de la extracción informada.

En este caso también el legislador parte de la base de una disponibilidad para la donación de órganos en el evento de no haber declarado en vida la persona su voluntad en contrario. Sin embargo, los parientes deben, en cada caso, ser instruidos sobre la extracción planeada, sin que se les conceda el derecho a oponerse.

Sin perjuicio del sistema adoptado, es importante tener presente que la comunidad médica involucrada en el sistema de procuramiento de órganos para trasplantes, aboga por el consentimiento expreso. De acuerdo al Protocolo Adicional de la Convención de Biomedicina, concerniente al Trasplante de Órganos y Tejidos de Origen Humano del Consejo de Europa de 2002, los órganos y tejidos sólo pueden ser extraídos del cuerpo de una persona muerta cuando existe consentimiento o autorización expresa y conste que no ha existido objeción en vida del donante (artículo 17 del Protocolo)¹³⁹.

El contenido y la aplicación de las leyes que consagran la presunción de consentimiento varían enormemente entre los distintos países. Así, por ejemplo, en Austria, donde se consagra una versión estricta de la presunción de consentimiento, igualmente la familia puede ser tenida en cuenta; o en España, donde la extracción de órganos puede ser llevada a cabo por ley sin el consentimiento de la familia, sin embargo, en la práctica, los órganos coordinadores a cargo del proceso de donación no autorizan la extracción de órganos sin la aprobación explícita de la familia¹⁴⁰. Son numerosas las legislaciones (Brasil, España, Francia, entre ellas), que plantean la aceptación tácita, en caso de ausencia de una manifestación expresa, pero también son numerosos los doctrinarios que se oponen a ella con fundamentos religiosos, sociales y jurídicos.

En nuestro país se intentó legislar en 2000 la aceptación tácita, sin embargo, los autores del proyecto percibieron tal oposición social ante ella que, modificaron su postura.

¹³⁹ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=186&CM=8&DF=8/2/2008&CL=ENG>.

¹⁴⁰ Abadiea, Alberto y Gayb, Sebastien. The impact of presumed consent legislation on cadaveric organ donation: A cross-country study, *Journal of Health Economics*, Volumen 25, tema 4, Julio de 2006. P. 4, <http://www.hks.harvard.edu/fs/aabadie/pconsent.pdf>.

En España no es necesario el consentimiento de los familiares, se presume la voluntad del donante; sin embargo, “siempre se solicita este consentimiento a pesar de que la ley en ningún momento la menciona”¹⁴¹.

Cuando el trasplante de órganos se hizo una realidad a mediados del siglo pasado, todos los órganos eran procurados de pacientes “clínicamente muertos”¹⁴². En estos casos, el paciente era trasladado al quirófano una vez que desarrollaba “paro cardiorrespiratorio irreversible”, y sus órganos eran obtenidos quirúrgicamente después de que una autoridad médica declaraba la muerte del paciente. Lo anterior, no arrojó los resultados esperados debido al deterioro casi inmediato de los órganos extraídos, en tanto el procedimiento de implantación o trasplante se realizaba, lo que se traducía en la posterior muerte del receptor al no ser funcional el órgano trasplantado. Tras el reconocimiento de que la muerte de la persona como un todo resultaba de la lesión irreversible del tallo cerebral y no del establecimiento del paro cardiorrespiratorio, el modelo de procuración de órganos para trasplante cambió rápidamente del uso de pacientes “clínicamente muertos” a pacientes con “muerte encefálica”, en los cuales el corazón seguía latiendo¹⁴³. Estos donadores “de corazón latiente”¹⁴⁴ han sido la fuente principal de órganos cadavéricos, para trasplantes durante los últimos 40 años.

En cuanto al consentimiento presunto, éste sucede en materia penal, cuando el sujeto pasivo acepta, en determinadas condiciones, que el autor realice la conducta que constituiría delito sin dicho consentimiento¹⁴⁵

Respecto al consentimiento presunto, vinculado a las reformas a la Ley General de Salud aprobada por la cámara de senadores el 03 de abril de 2018, y pendiente de análisis y discusión en la Cámara de Diputados; en Los Estados Unidos Mexicanos, en lo que concierne a la donación de órganos y, tratándose de los donantes que han perdido la vida, jurídica y científicamente, a causa de la llamada “muerte encefálica”; en el supuesto de que la inexistencia de una manifestación de la voluntad o disposición similar; una construcción legislativa podría sustituir a la expresión de la voluntad del donante.

¹⁴¹ Núñez Muñiz, Carmen, "Respeto a la voluntad del fallecido en la legislación sobre trasplantes de órganos", Boletín de la Facultad de Derecho, Madrid, España, UNED, núm. 7, 1994, pp. 340-355.

¹⁴² Smith, M. Brain death: *time for an international consensus*. BJA: British Journal of Anaesthesia, Volume 108, Issue suppl_1, 1 January 2012, pp.16–19, <https://doi.org/10.1093/bja/aer355>. https://academic.oup.com/bja/article/108/suppl_1/i6/237379.

¹⁴³ Herrera, Vanesa, “El proceso de donación y trasplante de órganos y tejidos”, *Revista Ciencia UANL*, México. Volumen V, número 001, enero-marzo 2012.

¹⁴⁴ Plata Muño, Juan José, *Revista Cirujano General Vol. 35 Suplemento 2 – 2013. Justificaciones éticas de la obtención de órganos Después de paro cardíaco*, <http://www.medigraphic.com/cirujanogeneral>.

¹⁴⁵ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2ª reimpresión., Reppertor, Barcelona, 2005, p. 503.

Lo anterior se advierte como una presunción legal, formulada por el legislador tendiente a aumentar la disponibilidad de órganos humanos para trasplantes, aprovechando el que más de 50 millones de personas en el país, son pobres (la pobreza por si misma constituye un factor de vulnerabilidad) y dentro de sus prioridades cotidianas, no está la de leer el diario oficial de la federación, la Ley General de Salud, o entender el alcance de sus contenidos. Lo que los coloca en una situación de vulnerabilidad, no solo a los pobres, sino a los grupos en situación de vulnerabilidad en nuestro país.

Tratándose del denominado “Consentimiento Presunto”, concepto en gestión legislativa actualmente, no existe un auténtico consentimiento previo a la muerte, para la disposición de sus órganos. Por ello, el uso de este término no resulta acertado, siendo preferible utilizar, en todo caso el término *voluntad presunta*. El consentimiento presunto surge como una causal de justificación en materia penal, desarrollada en un ámbito temático sumamente controvertido¹⁴⁶. Para los casos en que se tipifica el consentimiento presunto, es característica el evento en que un bien jurídico amenazado que solo puede ser conservado a costa de otro bien jurídico del mismo propietario, en circunstancias en que su titular no está en condiciones de decidir con cuáles medios, o si a ese respecto, en realidad cabe acción alguna.

El consentimiento presunto¹⁴⁷, sólo puede referirse a un bien jurídico disponible. Asimismo, debe ser posible presumir, en el detentador del bien jurídico, la capacidad de comprender los efectos de su decisión. Cabe aquí una reflexión ¿se puede comprender lo que se desconoce?, estimo que no.

El consentimiento presunto¹⁴⁸ es una ficción legal, formulada por el legislador bajo la hipótesis normativa del “consentimiento presunto”.

El deseo de las personas, que al morir conserven todas las partes de su cuerpo incluidas, está soportado por: el libre desarrollo de la personalidad, auto determinación, los derechos de la personalidad o personalísimos y la cosmovisión individual de cada gobernado, sin importar si tal determinación deviene de una concepción religiosa o del ejercicio de su derecho a la libre autodeterminación, ejercicio de derechos personalísimos, libre desarrollo de la personalidad, resentimientos acumulados por una vida plagada de

¹⁴⁶Chang Kcomt, Romy Alexandra. *IUS ET VERITAS*, N° 54, Julio 2017 <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201702.014>.

¹⁴⁷ *Ídem*.

¹⁴⁸ Correa Sarmiento, Ana Cenuvieth, Prolegómenos, Derecho y Valores. Bogotá, D.C., Colombia - Volumen X - N° 20 - Julio - diciembre 2017, Pág. 57-69.

maltratos en su atención médica, injusticias, marginación social, o pobreza sin posibilidad alguna de haber avanzado en la escala social, etcétera.

III. Conclusiones

Debe imitarse el modelo de obtención de órganos con fines de trasplante de España, donde el volumen de órganos humanos disponibles para trasplantes es el más elevado del mundo, considerando desde luego, los derechos de los donadores y también de los donantes, pues nuestro modelo actual ha sido ineficiente para obtener los órganos suficientes para fines de trasplante, la diferencia es desproporcionada (información del Centro Nacional de Trasplantes, estima que existen actualmente 17,000 personas esperando un riñón para salvar su vida, en contraste el número de trasplantes que se realizan cada año no llega a los 4,000)¹⁴⁹.

Desde la introducción de las tecnologías de sostén vital en la medicina crítica, está presente la posibilidad de la aplicación no ética de las mismas. La muerte encefálica es creación de las tecnologías de sostén. El desarrollo de la medicina del trasplante y donación de órganos, provocan miedo y desconfianza en los familiares de los donantes, de que la declaración de la muerte de su ser querido pueda ser *insegura* y *apresurada* para beneficiar a otros. Los temores de la mutilación de cadáveres, con corazón y demás órganos funcionado (a excepción del encéfalo) también aparecen relacionados con el trasplante de órganos.

Los temores y recelos acerca de la muerte encefálica provienen principalmente de que no es un concepto fácil de entender para la gente común. Intuitivamente a cualquier persona le costará comprender que un individuo pueda estar muerto si aún su corazón late y parece vivo. Los médicos tampoco han contribuido mucho a disipar estos temores cuando explican a la familia que «*a su paciente se le ha diagnosticado muerte cerebral y morirá tan pronto se le retire el respirador que lo mantiene vivo*».

La redefinición científica y legal de la muerte, en el siglo pasado, dio pauta a un nuevo paradigma, de tal magnitud y en un tema tan delicado, que se necesitaran muchos años, tal vez generaciones; para incorporarse plenamente a la cultura social.

Los individuos viven, se desarrollan y se educan en sociedades marcadas por la diversidad cultural y religiosa, por tanto, la penetración de los cambios se produce a distinta

¹⁴⁹ <https://www.gob.mx/cenatra>

velocidad. El consentimiento informado¹⁵⁰ de los pacientes y familiares, principalmente para efectos de la toma de decisiones, tratándose de atención médica, y en particular de la donación de órganos en casos de muerte encefálica, deben regirse por el principio de autonomía del individuo, la autodeterminación, el respeto de los derechos personalísimos o de la personalidad. No estoy a favor de la confiscación de órganos a “cadáveres” con corazón latiendo, pues comparto la teoría Neo constitucionalista del derecho, de Robert Alexy, la cual sostiene que la ley no solo debe emanar de un proceso legislativo, también debe ser racional, justa, ética, corregible, buena, perfectible, no solo producto de la voluntad del legislador.

El sentimiento de respeto hacia los muertos, nacido en las tradiciones más antiguas, impide la consideración del cuerpo humano sin vida, como un bien del dominio común del cual el Estado puede disponer bajo el pretexto de la no manifestación en contrario de la persona. Existen derechos oponibles a esta concepción bioética jurídica de parte de los receptores de los órganos y algunos doctrinarios; de ahí que la discusión no está concluida y el tema tampoco se advierte agotado o superado. La incapacidad del enfermo, su inconciencia, nunca pueden servir de excusa o pretexto para ignorar sus derechos humanos.

El derecho a la vida y el derecho a la salud, están indisolublemente vinculados al anhelo del *homo sapiens* por obtener la máxima longevidad y en algún momento evolutivo, alcanzar la inmortalidad. La necesidad de obtener mayor número de órganos para trasplante, respetando los derechos de los donadores, es el punto en conflicto actual. Queda claro que se puede incentivar la donación expresa a través de una bien encauzada promoción, pero también se puede elevar significativamente la donación tácita si se imita el modelo implementado por España.

IV. Referencias

- ABADIEA, Alberto y GAYB, Sebastien. “The impact of presumed consent legislation on cadaveric organ donation: A cross-country study, *Journal of Health Economics*”, Vol. 25, tema 4, Julio de 2006. P. 4, <http://www.hks.harvard.edu/fs/aabadie/pconsent.pdf>.
- ALBY, Juan Carlos, *La concepción antropológica de la medicina hipocrática*. 2004, XVI: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=25900102>.

¹⁵⁰Pérez Fuentes, Gisela María. y Cantoral Domínguez, Karla, *El consentimiento informado como garantía constitucional desde la perspectiva del derecho mexicano*, Revista de Derecho Privado, nueva época, año v, número 15, septiembre-diciembre 2006.

- BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING, María y BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, *Trasplante de órganos entre personas, con órganos de cadáveres*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, pp.14 y ss.
- BRENA SESNA Ingrid. *Boletín Mexicano de derecho comparado*, número 105, *Bibliojurídicas* UNAM.
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/105/art/art2.htm#N14>.
2011. IJ-UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- BULLETIN OF THE HISTORY OF MEDICINE, Baltimore, the John Hopkins University Press, 4: 482-511, 1975.
- CHANG KCOMT, Romy Alexandra, *IUS ET VERITAS*, N° 54, Julio 2017.
<https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201702.014>".
- CLEMENTE FERNÁNDEZ, Ana Isabel, *Revista Internacional de Derecho Romano*, Ridrom, octubre de 2012. pp.1989-1970.
- CORREA SARMIENTO, Ana Cenuvieth, *Prolegómenos, Derecho y Valores. Bogotá, D.C., Colombia - Volumen X - N° 20 - Julio - diciembre 2017, PP. 57-69*.
- DE FAZIO, Federico. *Sobre La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica, de Jan-R. Sieckmann. Isonomía, 2016, pp.193-199*.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182016000100193&lng=es&nrm=iso.
- GAZCON, SUZANNE, *L'utilisation médicale et al, commercialisation du corps humain*, Les editions Yvon Blais inc. Collection Minerve, 1993, p. 5.
- GARZÓN VALDÉS, *Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos, Isonomía, México, núm. 1, octubre de 1994, p. 112-116*.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Trasplantes de órganos: "pietas" familiar y solidaridad humana*, Madrid, Civitas, 1987, p.62.
- GRACIA D. *Trasplante de órganos: medio siglo de reflexión ética. Nefrología 2011; Vol. XXI. Sociedad Española de Nefrología. Suplemento 4. 13-29*.
<http://www.revistanefrologia.com/es-publicacion-nefrologia-articulo-trasplantes-organos-medio-siglo-reflexion-etica-X0211699501027225>.
- GRACIA, HERNÁNDEZ, Maximiliano, *El Periplo Sustentable*, Universidad Autónoma del Estado de México <http://rperiplo.uaemex.mx/> Publicación Semestral Número: 30 enero / junio 2016

- GOUVÊA MEDINA, Roberto de, "Donación de órganos del cuerpo humano", Revista, *da ordem dos advogados do Brasil*, Brasilia, año XXVI, núm. 63, julio-diciembre de 1996, p. 65
- HERRERA, Vanesa, *El proceso de donación y trasplante de órganos y tejidos*, "Revista Ciencia UANL", México. Volumen V, número 001, enero-marzo 2012, <http://www.redalyc.org/pdf/402/40250115.pdf>.
- LUM-GORDILLO, Bertha, *Nefrología Pediátrica*, Edition: 3a, Publisher: Elsevier, Editors: Gustavo Gordillo Paniagua, Ramón A. Exeni, Jorge de la Cruz, PP.772-781.
- MARTÍNEZ, K. "Algunos aspectos éticos de la donación y el trasplante", *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, 29, Suplemento. 2, 2006, pp. 15-24, http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272006000400003&lng=es&tlng=es.
- MICELI MARILINA Andrea. *Aplicación de la "pietas familiae" en la Ley 24193 de trasplante de órganos y tejidos*, *Fvndamenta ivris: terminología, principios e "interpretatio"*, Pedro Resina Sola (ed. Lit), 2012, pp. 633-638.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2ª reimpresión., Reppertor, Barcelona, 2005, p. 503.
- NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen, "Respeto a la voluntad del fallecido en la legislación sobre trasplantes de órganos", *Boletín de la Facultad de Derecho*, Madrid, España, UNED, núm. 7, 1994, pp. 340-355.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María. Y CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, 2007: *La implicación del consentimiento informado como garantía constitucional en la administración de justicia*, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* Núm. 24, Julio 2007, https://doctrina.vlex.com.mx/vid/implicacion-consentimiento-informado-71182553#section_10
- PÉREZ FUENTES, Gisela María. y CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, 2006, *El consentimiento informado como garantía constitucional desde la perspectiva del derecho mexicano*, *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año v, número 15, septiembre-diciembre.
- PLATA MUÑO, Juan José, *Revista Cirujano General* Vol. 35 Suplemento 2 – 2013. "Justificaciones éticas de la obtención de órganos Después de paro cardíaco", <http://www.medigraphic.com/cirujanogeneral>.
- RODRÍGUEZ DEL POZO, P. "La determinación de la muerte. Historia de una incertidumbre", *JANO*, XLIV, 1036: 23-29, 1993.

- SARBEY, Ben. LAW BIOSCI, j. 2016 Dec; 3 (3): 743–752. 2016 Nov 20.
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5570697/>
- SARMIENTO M., Pedro José, ¿Es la muerte cerebral realmente la muerte del individuo? Análisis de una compleja situación clínico-bioética y de sus consecuencias. *Persona y Bioética* 2003, 7, enero-abril: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=83271805>.
- SMITH, M. "Brain death: time for an international consensus. BJA": *British Journal of Anaesthesia*, Volume 108, Issue suppl_1, 1 January 2012, pp.16–19, <https://doi.org/10.1093/bja/aer355>.
https://academic.oup.com/bja/article/108/suppl_1/i6/237379.
- VALERO, Ricard, Muerte Encefálica y Mantenimiento del Donante de órganos, 2012, <http://www.scartd.org/arxius/donants05.pdf>.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Consentimiento y extracción de órganos*, Isonomia, México, ITAM, núm. 1, octubre de 1994, p. 193.
- VERA CARRASCO, Oscar, *El Consentimiento Informado del Paciente en la Actividad Asistencial Médica*, Revista Médica, La Paz, 2016, vol.22, n.1, pp. 59-68. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-89582016000100010&lng=es&nrm=iso.
- WIJDICKS Efm. "The diagnosis of brain death". *N Engl J Med* 2011; 344: 1215-21. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=9062179&pid=S0034-9887200400010001600012&lng=es

Citas de internet.

- http://assets.cambridge.org/97805218/83023/frontmatter/9780521883023_frontmatter.pdf
- <http://www.bioethics.org.au/Resources/Bioethics%20Legislation.html#LegTopic>.
- <https://www.gob.mx/cenatra>
- <http://www.cyprus-mail.com/transplant-centre/cyprus-could-become-regionaltransplant-centre/20120621>
- <http://www.dondorganes-dondesoi.org/article-la-legislation-en-matiere-de-don-d-organes-source-france-adot-105043490.html>.
- <https://definicion.de/homo-sapiens/>.
- <https://es.aleteia.org/2017/05/28/el-trafico-de-organos-un-gran-negocio-y-una-forma-moderna-de-esclavitud/>
- <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/105/art/art2.htm>
- <http://www.dw-world.de/dw/article/0,2144,2576141,00.html>, septiembre, 2012

- https://www.hosteltur.com/121725_30-primeros-destinos-turismo-salud-mundo.html. Act on the Donation, Removal and Transplantation of Organs de 5 noviembre de 1997.
- <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024323102>
- <http://www.sut.org.uy/materiales>.
- <http://www.tuabogado.com/leyes/legislacion/1778-ley-sobre-transplante-de-organos-y-materiales-anatomicos-en-sereshumanos?showall=&start=1>.
- BNC Informe. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2012.*
<https://www.bcn.cl/obtienearchivo?/Sistemas%20de%20donacion%20de%20organos>.
- Human Tissue Act.* <http://www.health.govt.nz/our-work/regulation-health-and-disabilitysystem>
- Ministerio de Salud y Seguridad Social de Alemania. <http://www.dso.de/organspende-undtransplantation/gesetzliche-grundlagen.html>, septiembre, 2012
- President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical.*
Stanford Encyclopedia of Philosophy. The Definition of Death First published Fri Oct 26, 2007; substantive revision Tue Aug 9, 2016. <https://plato.stanford.edu/entries/death-definition/>
- President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical.*
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12041401>. <http://dle.rae.es/?w=diccionario>.
- Protocolo Adicional de la Convención de Biomedicina, concerniente al Trasplante de Órganos y Tejidos de Origen Humano del Consejo de Europa de 2002.*
<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=186&CM=8&DF=8/2/2008&CL=ENG>.
- Organización Mundial de la Salud. Principios rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos.* President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research. Defining death: Medical, legal and ethical issues in the detennination of death. Washington D.C., Government Printing Office, 1981.
http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22sp.pdf
- The Human Tissue Act 1961 y The Human Organ Transplants Act 1989,*
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/31/contents>
- Uniform Anatomical Gift Act of 1968,*
<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3413661/>.

Legislación

Ley General de Salud. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgs.htm>

Ley 30/1979 y por el Real Decreto 426/1980.
<https://www.saludemia.com/trasplantes/trasplantes-de-organos-en-espana-ley-estadisticas>

Ley N° 104 de 16 de julio de 1997.: http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc_news?author.Sayuri%20Umeda.

Ley Federal de 1° de junio de 1982 (Serie N° 273, Sección 62A), disponible en:

<http://www.hlutx.at/organtransplantation/53-transplantationsgesetzosterreich.html>.

Ley sobre Trasplante de Órganos, Venezuela, 3 de diciembre de 1992.

Ley sobre Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos, Argentina, 19 de abril de 1993.

Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se Regulan las Actividades de Obtención y Utilización Clínica de Órganos Humanos, y la Coordinación Territorial en Materia de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos, España, 4 de enero de 2000.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, Diario Oficial de la Federación, México, 26 de noviembre de 1987.

Fecha de recepción: 24 de agosto de 2018.

Fecha de aceptación: 7 de febrero de 2019.

LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS: LA REDARQUÍA COMO PARADIGMA EN LAS FUNCIONES DEL ESTADO MEXICANO.

THE AUTONOMOUS CONSTITUTIONAL ORGANS: REDARQUIA AS A PARADIGM IN THE FUNCTIONS OF THE MEXICAN STATE.

Eduardo GARCÍA GIRÓN*

RESUMEN: En el año de 1990 nuestro país inició una transformación fundamental dentro de las instituciones de gobierno, por lo que su presencia en la vida dentro del Estado Mexicano hoy en día, cumple funciones esenciales a todo Estado, nos referimos a los Órganos Constitucionales Autónomos, figura prevista en nuestra Constitución Política. Siendo órganos especializados para cumplir funciones, ya sea de protección de los derechos humanos, de banca central, electoral del Estado o del manejo de la información estadística y geográfica de interés nacional, lo cierto es que no forman parte de la tradicional división de poderes, pero sí dentro de la estructura institucional de gobierno. Es momento de cuestionarnos la posición que ocupan en el Estado Mexicano, ya que no se encuentran supeditados a los tres poderes, es por ello que, es necesario abandonar la clásica forma de organización de jerarquía y situarlos en el vértice de la división de poderes, ubicándolos entonces dentro de una forma de redarquía. Este trabajo presenta una visión integradora a fin de establecer su posición institucional dentro del Gobierno, su relación frente a los poderes públicos del Estado y la importancia en la trama política.

Palabras clave: Órganos Constitucionales Autónomos, Estado, División de Poderes, Redarquía, Jerarquía.

ABSTRACT: In the year 1990 our country began a fundamental transformation within the government institutions, so that its presence in the life within the Mexican State today, fulfills

* Licenciado en Derecho, por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Maestría en Administración Pública, por la Universidad Anáhuac Mayab. Candidato a Doctor en Gobierno y Gestión Pública, por la Universidad Anáhuac Mayab. Diversos diplomados en materia de Estado, Política y Gobierno. Profesor titular de la asignatura de Temas Selectos de Derecho I y II, en el Instituto Cumbres de Chetumal, Quintana Roo, desde 2009. Contacto: eduardo72giron@hotmail.com

essential functions to every State, we refer to the Autonomous Constitutional Bodies, figure foreseen in our Political Constitution covering them with an autonomy for its functioning. Being specialized bodies to fulfill functions, be it the protection of human rights, central banking, electoral of the State or the handling of statistical and geographic information of national interest, the truth is that they are not part of the traditional division of powers, but if within the institutional structure of government. It is time to question what position they occupy structurally in the Mexican State, since they are not subject to the three powers, that is why, it is necessary to abandon the classical hierarchical organization form and place them at the vertex of the division of powers, locating them then within a form of redarquía. This work presents a vision of integrator in order to locate its institutional position within the Government and its relation to the public powers of the State and the importance in the political plot.

Keywords: Autonomous Constitutional Bodies, State, Division of Powers, Redarchy, Hierarchy.

I. Introducción

El presente trabajo consiste en analizar la figura de los Órganos Constitucionales Autónomos frente a los conceptos más estudiados que se desprenden del Estado, nos referimos a la División de Poderes, Funciones de Estado y Equilibrio de Poderes. Es por ello la imperiosa necesidad de situarlos de una manera estructural frente a los Poderes de la Unión, lo anterior en virtud de que, dichos órganos emanan de la Constitución y tienen características esenciales como es la autonomía, ya que no se sitúan dentro de la División de Poderes, aunado a que llevan a cabo funciones esenciales dentro del Estado participando en la dirección política, en la toma de decisiones o en la solución de conflictos al interior del Estado, es relevante dar especial señalamiento a que no se encuentran orgánicamente adscritos o jerárquicamente subordinados a ningún otro órgano o poder, y por ello, se estaría frente a una nueva estructura política organizacional del Estado Mexicano.

En primer término, para situarnos en el contexto político de la organización del Estado Mexicano regido por la Carta Magna, se analizará brevemente el principio jurídico-político de la división de poderes, en virtud de que los órganos autónomos constitucionales constituyen un claro ejemplo a la existencia de una Constitución flexible.

Conociendo la postura doctrinaria en relación al tema medular del presente análisis, se hará mención de antecedentes de los Órganos Constitucionales Autónomos con la

finalidad de situarnos, cronológicamente hablando, en su proceso de creación, iniciando en el 1991 y que posteriormente dio cabida a la reforma de 1992.

De la misma manera, es relevante conocer la naturaleza jurídica y las características de los Órganos Constitucionales Autónomos, es importante destacar el contexto histórico nacional e internacional que en el año 1992 se vivía.

También en el presente trabajo, podremos encontrar un análisis de la justificación de la creación de los Órganos Constitucionales Autónomos, asimismo, la importancia de su actuación autónoma frente a los demás poderes del Estado. Es fundamental destacar su neutralidad política y su actuar, legitimado por la constitución y siendo una de las justificaciones sólidas podemos señalar que, son creados para enfrentar los efectos perniciosos del Estado y de la presencia cada vez más notoria de la partidocracia, a efecto de que las decisiones no estén sujetas o encaminadas a ciertos intereses que implicaría una imparcialidad a la luz de las instituciones en su actuar.

Finalmente se pretende responder la pregunta, dentro del Estado qué posición tienen estructuralmente los Órganos Constitucionales Autónomos (en adelante OCA), ya que no se encuentran en una organización de jerarquía ni dentro de la división de poderes, por lo que, lo viable entonces es situarlos dentro de una forma de organización llamada redarquía, y situarlos en el vértice de los Poderes estamentales.

II. Planteamiento

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se señala de una manera clara la forma de gobierno del Estado Mexicano, misma que está conformada por una República representativa, laica, federal, compuesta de Estados Libres y soberanos¹⁵¹, asimismo precisa que el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial¹⁵², de igual manera prevé que tiene una división flexible de los poderes públicos, ya que se advierte de la existencia de los OCA, que coordinadamente efectúan funciones no subordinadas a los Poderes de la Unión¹⁵³, sin embargo tienen la encomienda del cumplimiento de ciertas funciones coyunturales del Estado, y se requiere que sean eficazmente atendidas en una forma de organización diversa a una jerarquía tradicional, sin la intromisión política directa en su funcionamiento y decisiones hacia el

¹⁵¹ Artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. Texto vigente última reforma publicada Diario Oficial de la Federación 09-08-2019.

¹⁵² *Ibidem*, Artículo 49.

¹⁵³ *Ibidem*, Artículo 135.

interior y exterior, el planteamiento concreto sería una forma de redarquía, por no estar subordinados a ningún Poder del Estado Mexicano, siendo ésta última una característica esencial de los OCA.

La jerarquía se caracteriza por ser un orden impuesto en el que se establece las relaciones entre superiores y subordinados dentro de una organización, ya sea pública o privada. Sin embargo, al presentarse un nuevo elemento o componente dentro de las estructuras organizacionales que no implique una jerarquía o subordinación, se estaría en presencia de una organización en forma de redarquía, siendo un orden emergente que surge como resultado de las relaciones de participación y los flujos de actividad generados en un entorno colaborativo institucional.

La redarquía establece un orden alternativo en la dualidad de las organizaciones públicas o privadas. Un orden basado en las relaciones de participación y de actividad que, de forma natural o por exigencia de una sociedad, surgen las redes de colaboración, basadas en el valor añadido de las personas, la autenticidad, transparencia, legalidad, certidumbre y la confianza en el actuar y toma de decisiones en temas torales.

Ante una dinámica y participación de la sociedad más proactiva en la trama de la vida política y en la toma de decisiones, constantemente demanda mejores gobernantes y órganos de gobierno, es por ello que el Estado desde su ámbito de competencia, se ha dado a la tarea de crear con una base constitucional, entes que coadyuven a una mejor gobernabilidad refiriéndonos a la calidad del desempeño gubernamental a través del tiempo, ya sea visto desde la perspectiva de gobierno o administración y con ello, legitimar un Estado democrático moderno, teniendo un equilibrio entre los Poderes de la Unión, asimismo entre los gobernados y gobernante.

Es de señalar que, los componentes de la Gobernabilidad son: la eficacia, legitimidad y estabilidad, es por ello que los OCA son entes creados por la Carta Magna y constituyen en un Estado Moderno, un mecanismo que coadyuve al cumplimiento del trinomio antes señalado, apartado de una forma organizativa de tipo jerárquico, siendo la visión más *ad hoc* la redarquía como estructura complementaria haciendo posible nuevas formas de organización del Estado Moderno, para el cumplimiento de sus funciones primordiales y garantizando el bien común.

Para situarnos en contexto es imprescindible abordar dos temas fundamentales, por una parte, el Estado y por otra la división de poderes, en virtud de la estrecha relación que tiene con el tema planeado, ya que el primero de ellos es el escenario inherente del actuar

de los OCA, y el segundo va estrechamente ligado al cumplimiento de funciones del propio Estado en su actuar mediante los poderes públicos.

III. Teorías sobre la naturaleza del Estado.

Una de las piezas fundamentales como institución primordial en el Derecho y la Política es sin duda el Estado, por ser un segmento esencial en la construcción social, en tal virtud ha sido analizada por más de dos milenios. Por congruencia del tema y metodológicamente es imperioso contextualizar lo antes señalado, ya que sería fundamental un acercamiento, no con la finalidad de saber desde el punto de vista filosófico ¿el Estado es dado o construido? sino para conocer. Señalamos teorías sobre la naturaleza del Estado:

La teoría naturalista de Aristóteles, defiende que el Estado es como una especie de "ser natural" que no aparece como resultado de un pacto o acuerdo convencional entre hombres, sino que es connatural al hombre, es decir, pertenece a su misma esencia o naturaleza. Finalmente, la comunidad compuesta de varios pueblos o aldeas es la ciudad-estado.¹⁵⁴

La Teoría Organicista, parte de la idea de que los empleados y funcionarios públicos, más que representantes del Estado, se incrustan en la organización estatal como una parte integrante o constitutiva de ella, por lo que el órgano, cuya existencia formal se da por la creación jurídica que el Derecho impone al disponerlo en las normas y darle una competencia determinada, sólo puede manifestarse a través de los individuos que expresan su existencia; por tanto, además del elemento objetivo representado por la competencia, requiere de un elemento subjetivo que manifieste la voluntad.¹⁵⁵

La idea del contractualismo fue defendida en la época moderna por Hobbes, Locke y Rousseau. Para Hobbes la sociedad surge producto de un contrato entre individuos y de allí parte el Estado, en tanto el individuo se preocupa por sí mismo y busca cualquier medio para conseguir sus metas, de ahí que desconfíe de todos, porque a cada uno le interesa el poder y por tanto corresponde al monarca buscar principalmente la seguridad; aspecto que no riñe con la democracia porque el Leviatán no tiene que ser un individuo, puede ser una asamblea con poder. Por su parte, Locke considera que a pesar de que la sociedad surge fruto de un contrato, son las libertades individuales las que le dan razón de ser al mismo, en tanto para él, el objetivo primordial es la defensa de las libertades individuales frente al

¹⁵⁴ Aristóteles, *Política, en sus Obras*, trad. de Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964.

¹⁵⁵ Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares, 1991-1992, vol. 1, p. 109-[160]. ISSN 1134-9492

Estado, sin intervención alguna en la parte económica. Razón por la cual más que el interés colectivo, importa la propiedad privada, en el que como el Estado no interviene, se convertirá en bienestar colectivo. De donde se desprende que el Estado si bien surge fruto de un consenso, el poder del Estado estará limitado por los derechos individuales, específicamente la propiedad.¹⁵⁶

La teoría Jurídica sostiene tres posturas para comprender el origen del Estado, la primera como objeto, la segunda como una relación jurídica y finalmente como sujeto de derecho. Para concebir al Estado como objeto no es posible si se quiere ser consecuente, pues todo objeto de derecho supone un sujeto, y este sujeto no puede ser sino los hombres que dirigen al Estado. La doctrina del Estado como objeto nace, por consiguiente, de un desgarramiento interno del mismo y de una oposición respecto a él de uno de sus elementos esenciales. Por eso no se puede mantener esta doctrina, porque, según ella, el reconocimiento de los súbditos como sujetos de derecho mediante el Estado puede ser efecto únicamente de una conclusión sofística. Si se considera al pueblo y, por consiguiente, a todo miembro del mismo solamente como objeto, no es posible atribuirles, al propio tiempo, la consideración de sujetos.¹⁵⁷

La teoría sociológica postula que el Estado, es un orden de la vida social, complejo, de naturaleza amplia y de difícil determinación. Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el “territorio” es elemento distintivo), reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima. Lo específico de nuestro tiempo es que a todas las demás asociaciones e individuos sólo se les concede el derecho a la violencia física en la medida en que el Estado lo permite. El Estado es la única fuente del “derecho” a la violencia.¹⁵⁸

Finalmente, la teoría Economicista, señala que el hombre es un *Homo economicus*, es decir, todos los actos que el hombre realiza están influenciados por el aspecto económico, por lo que se convierte en un ser que gira alrededor de este tema. Las diferencias de opinión sobre el papel económico del Estado, con todo lo importantes que son mucho menores que hace cien años, en que los socialistas eran partidarios de que el Estado desempeñara un papel dominante y los economistas del *laissez faire* eran

¹⁵⁶ González, González, Robeiro. *Perspectiva contractualista del concepto Estado Social de Derecho*. Analecta política., Vol. 2, 2012, pp.186 y 187.

¹⁵⁷ Jellinek, Georg. *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 181.

¹⁵⁸ Weber, Max. *La política como vocación*. Alianza Editorial, España, 2009, pp. 83 y 84.

partidarios de que no realizará papel alguno. La visión actual del papel del Estado se ha traducido en dos iniciativas, la liberalización y la privatización.¹⁵⁹

Teniendo diversas teorías por las cuales se explican la naturaleza del Estado, es conveniente fijar algunas definiciones de los doctrinarios:

De acuerdo con García Máynez, el Estado suele definirse como la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio. Tal definición revela que son tres los elementos de la organización estatal: la población, el territorio y el poder.¹⁶⁰

Moto Salazar define al Estado como una población asentada en un territorio y con una forma de gobierno suficientemente fuerte para mantener el orden interno y el respeto exterior.¹⁶¹

Por otra parte, señala Serra Rojas que el Estado es un producto social, una obra humana que se integra a lo largo de un proceso histórico, plétórico de luchas sociales y de intensa transformación de los grupos.¹⁶²

Burgoa Orihuela señala que el Estado implica una organización o estructura jurídica dinámica, por cuanto que como persona moral, desarrolla una conducta para conseguir determinados fines específicos en beneficio de la nación, y los cuales funda su justificación.¹⁶³

El Estado es la organización política soberana de una sociedad humana por excelencia, asentada en un territorio determinado, bajo un régimen jurídico, con independencia y autodeterminación, con órganos de gobierno y de administración que persigue determinados fines mediante actividades concretas. En un marco jurídico constitucional, el Estado debe tener mecanismos para hacer efectivo el control del poder que ejerce, por lo que, uno de los instrumentos políticos de protección contra los abusos del poder, es sin duda la división de poderes y hoy en día los OCA.

IV. El principio jurídico-político de la división del poder y funciones.

Indistintamente de la postura con la cual se pretenda explicar el génesis de la existencia del Estado, es una realidad de toda sociedad su agrupación u organización para buscar los satisfactores primarios de su subsistencia, por lo que emana dicha forma como

¹⁵⁹ Stiglitz, Joseph Eugene. *La economía del sector público*. España: Antoni Bosch, España, 2000, p. 19.

¹⁶⁰ García Máynez, Eduardo, *"Introducción al Estudio del Derecho"*, Editorial Porrúa, México 2004, p.98.

¹⁶¹ Moto Salazar, Efraín, *"Elementos de Derecho"*, Editorial Porrúa, México 2002, p. 56.

¹⁶² Serra Rojas, Andrés, *"Derecho Administrativo"*, Editorial Porrúa, México 1977, p.23.

¹⁶³ Burgoa Orihuela, Ignacio, *"Derecho Constitucional Mexicano"*, Editorial Porrúa, 1984, p.31.

Estado, dando lugar por una parte, a los gobernantes y por otra los gobernados, constituyéndose relaciones jurídicas e instituciones recíprocas que les permita una mejor organización en busca de bien común, por lo que, cada uno de ellos en su ámbito de funciones conforman un todo.

Es de señalar que, para el cumplimiento formal de su labor y de las políticas públicas, el Estado cuenta con una estructura orgánica constitucional, es decir órganos de gobierno que actúan en un marco de legalidad constitucional, que diariamente materializan en la toma de decisiones hacia el interior de la propia estructura de gobierno y hacia la sociedad, al presentarse alguna problemática social, y para dar una pronta solución mediante mecanismos legales y en apego a los derechos fundamentales de los gobernados.

Por lo que se refiere a la división del Poder, diversos autores sustentan la necesidad de una clara división de los poderes estamentales. Por congruencia sólo se mencionan algunos de ellos, en virtud que valdría la pena hacer un estudio separadamente del tema.

De acuerdo con el pensamiento de Montesquieu¹⁶⁴ todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares.

Sostiene que en cada Estado inevitablemente hay tres de poderes, uno llamado el legislativo contenido en el príncipe o el magistrado encomendado a la tarea esencial de hacer las leyes para aplicarlas en cierto tiempo o en su caso para siempre, corrigiendo o derogando las que están hechas. Por lo que se refiere al segundo lo coloca en el ejecutivo de las cosas pertenecientes al derecho de gentes, es encomendada la tarea de hacer la paz o la guerra, envía o recibe embajadores, previene las invasiones del enemigo y establece la seguridad del estado. Finalmente, al ejecutivo de las que pertenecen al civil, también llamado como poder judicial encargado de la aplicación de las leyes al caso concreto.

Es de señalar que cuando los poderes legislativo y ejecutivo sean depositados en una misma persona o corporación, no se estaría en presencia de un equilibrio de poderes, porque es posible que el monarca o el senado hagan leyes injustas para ejecutarlas. Así sucede también cuando el poder judicial no está separado del poder legislativo y del ejecutivo. Estando unido al primero, el imperio sobre la vida y la libertad de los ciudadanos

¹⁶⁴ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, 9a. ed. Porrúa, 1992, libro XI, capítulo VI, México, pp. 104-110.

sería arbitrario, por ser uno mismo el juez y el legislador y, estando unido al segundo, sería tiránico, por cuanto gozaría el juez de la fuerza misma que un agresor.

En una síntesis muy apretada, la filosofía política de Locke¹⁶⁵ señala que el gobierno debe ejercerse con el consentimiento de los gobernados. El gobierno es una creación del pueblo, mantenida por el pueblo para asegurar su propio bien. Según Locke, esta teoría se basa en la vigencia de dos conceptos muy vinculados: la Ley de la Naturaleza y el Contrato Social.

De igual manera señala Locke¹⁶⁶, la división de poderes es un sistema contra la opresión del poder tiránico, pero asimismo la división entre los poderes legislativo y ejecutivo se basa fundamentalmente en la necesidad de aplicación permanente de normas generales. La nota claramente distintiva de ese enfoque es la supremacía que Locke otorga al poder legislativo, al cual el poder ejecutivo, que se deposita en una persona que no es parte de la legislatura, le está claramente subordinado.

Por otra parte, sostiene Jellinek que si el obrar injusto fuera el principio positivo no se podría fijar el concepto de derecho donde la referencia es positiva. De allí también que para Jellinek el derecho tenga el valor de representar un "*minimun ético*", de donde resulta el siguiente principio ético: Si quieres que la sociedad evolucione necesitas obrar de tal suerte que tu acción contribuya al progreso.¹⁶⁷

La doctrina del Estado de Jellinek afirma que el derecho, encausado por una voluntad para favorecer constantemente los intereses que está llamado a amparar y auxiliar, da al Estado, su fin y la razón de su existencia: favorecer los intereses solidarios, individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresiva y común. Se trata de fines que hacen del Estado un valor categórico y un fenómeno consustancial en la historia.

Un análisis detallado de la discusión en Madison del principio de separación de poderes revela una permanente tensión entre la aceptación y defensa de este principio y el problema que supone para las ideas republicanas de gobierno responsable y soberanía popular.

Kelsen¹⁶⁸ desde otra perspectiva, realiza un interesante aporte al relacionar la separación de poderes con la democracia. Señala en este sentido que a la idea de

¹⁶⁵ Locke, John, *Curso de teoría política libro, Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1981.

¹⁶⁶ Locke, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, 1990, pp. 133, 155-157.

¹⁶⁷ Dalla, Vía, Alberto Ricardo, "Jellinek, Georg: Consideraciones sobre la Teoría general del Estado", *Revista mexicana de derecho Constitucional*, Biblioteca jurídica virtual, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/14/rb/rb16.htm#P1>.

¹⁶⁸ Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1983.

democracia le corresponde la noción de que todo el poder debe concentrarse en el pueblo de manera tal que, allí donde no es posible la democracia directa sino solo la indirecta, todo poder tiene que ser ejercitado por un órgano colegiado cuyos miembros han sido electos por el pueblo y son jurídicamente responsables ante este.

Madison señala que la experiencia nos ha enseñado que el mayor conocimiento práctico de la ciencia del gobierno ha sido impotente hasta ahora para distinguir y diferenciar con la suficiente certeza sus tres grandes campos -el legislativo, el ejecutivo y el judicial-, y ni siquiera los poderes y privilegios correspondientes a las diversas ramas legislativas. Diariamente surgen problemas en la práctica que prueban la oscuridad que todavía rodea estos asuntos y que tiene perplejos a los más versados en la ciencia política.¹⁶⁹

Por su parte, Tena Ramírez ¹⁷⁰ señala que “la división de poderes comparte con las garantías individuales el lugar de honor en la defensa de la construcción política que levantó el siglo XIX”

De acuerdo con la opinión de Héctor Fix-Zamudio ¹⁷¹ tanto México, como el resto de los países de América Latina, tomaron como modelo el sistema político-constitucional establecido en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787; sin embargo, resalta el mismo autor que la consagración por primera vez del principio de división de poderes en nuestro país, se debe a la influencia de las Constituciones revolucionarias francesas, apoyadas ideológicamente en el pensamiento de John Locke, Montesquieu y Rousseau, este último por cuanto su idea de que la ley es producto de la voluntad general.

En congruencia con lo que se ha mencionado, la división de poderes es en política una de las teorías más estudiadas e importantes adoptada de los últimos tiempos. La cual se podría percibir como una forma de organizar al Estado, agrupando en una sola figura reconocida como Gobierno y, asimismo, dividiendo las funciones en tres potestades, con un rol diferente en el escenario social y cuya existencia tiene por objetivo también el control mutuo y la limitación de la concentración del poder en una sola persona, así generando el equilibrio entre las potestades del Estado.

En el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala lo siguiente: Artículo 49. "El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en

¹⁶⁹ Hamilton Alexander, Madison James, y Jay John, *El Federalista*. [The Federalist Papers], Fondo de Cultura Económica, México, 1994 [1788].

¹⁷⁰ Tena Ramírez, Felipe, “*La crisis del principio de división de poderes*”, Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, México, t. IX, núms. 35 y 36, julio-diciembre de 1947, pp. 135 y 136.

¹⁷¹ Fix-Zamudio, Héctor, “*El principio de la división de poderes*”, Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM, 1987, t. II, pp. 624 y 625.

Legislativo, Ejecutivo y Judicial".¹⁷² Un Poder Legislativo mismo que es bicameral: Cámara de Diputados y Cámara de Senadores, responsable de la redacción, formulación, elaboración y aprobación de las leyes de aplicabilidad general, es decir, leyes generales.

En sentido formal se entiende por función legislativa la actividad desarrollada por el órgano legislativo en ejercicio del poder público; en cambio, con un criterio objetivo, en sentido material, la función legislativa es la actividad desarrollada en ejercicio de la potestad estatal para crear la norma jurídica, es decir la regla de conducta externa humana, de carácter abstracto, impersonal, general, obligatorio y coercitivo.

La función legislativa habrá de ejercerse a través del acto legislativo entendido, insistimos, en sentido material como el que crea una situación jurídica general, abstracta, impersonal, objetiva, obligatoria y coercitiva.¹⁷³

Continuando con el orden señalado en el artículo 49 constitucional, se comentará brevemente el Poder Ejecutivo, aunque valdría mucho la pena un análisis profundo sobre el tema, pero para efectos del ensayo mencionaremos algunos elementos relevantes.

El supremo Poder Ejecutivo de la Unión se deposita en una sola persona, es decir unipersonal, el cual se le denomina por mandato constitucional Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, está integrado por un elemento: el titular del Poder, es decir el Presidente de la República, y el conjunto de órganos que con él colaboran y le están subordinados (Secretarías y Departamentos). El Presidente de la República, es quien representa el poder superior, el del Pueblo, se encarga de ejecutar la ley, por eso se llama ejecutivo. Así mismo tiene la doble misión: política y administrativa, al señalar política nos referimos a que representa un poder, que tiene en sus manos el Poder del Estado y que el ejercicio de dicho poder constituye el gobierno. Por otra parte tiene también la función administrativa, por lo que le da el carácter de jefe de la Administración Pública Federal.¹⁷⁴

Por último y atendiendo al ordenamiento constitucional invocado, se expone brevemente el Poder Judicial, por lo que para efectos del tema mencionaremos algunos puntos relevantes. La función jurisdiccional o judicial está encomendada a uno de los órganos del Estado, llamado Poder Judicial de la Federación. Esta función consiste en mantener el imperio del Derecho, resolviendo los casos en que éste es dudoso.

¹⁷² *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada DOF 09-08-2019.

¹⁷³ Jeze, Gastón, *Principios generales del derecho administrativo*, trad. de Julio N. San Millán Almagro, Buenos Aires, Depalma, 1948, t. I, p. 32.

¹⁷⁴ Moto Salazar, Efraín, *Elementos de Derecho*, Editorial Porrúa, 2002.

Con frecuencia se suscitan conflictos de intereses; una persona puede tener intereses contrarios a los de otra, o bien, los intereses del propio Estado pueden estar en desacuerdo con los del particular; cuando esto ocurre, para evitar que el conflicto degenera en violencia o injusticias, es necesario la solución, la cual requiere que previamente se establezca a quién corresponde el derecho que, en apariencia es dudoso. Esta función se deposita en el Poder Judicial de la Federación, que cuenta con las atribuciones necesarias para impartir justicia, proteger el orden constitucional y para mantener el equilibrio entre los demás Poderes.

Por lo anterior es preciso hacer el señalamiento que, las atribuciones son los medios para que el propio Estado teniendo personalidad jurídica, misma que se manifiesta en formas jurídicas muy diversas, sea un ente que busca alcanzar determinados fines, por lo que resulta variado el número y extensiones, sin embargo, su finalidad específica es el bien común y el bien público.

La idea de un poder dominante dentro de la sociedad o comunidad, se ve justificado por la búsqueda de los fines específicos y que son implementados como justificación de la existencia del Estado. Por lo que se refiere al ejercicio del Poder, en la actualidad ha quedado determinado que éste no puede ser, por un lado, absoluto y por el otro, ejercido por unos cuantos.

Así entonces, para el desarrollo del ideal de la democracia moderna y del Estado, es necesario tener presente la construcción de varios pilares fundamentales, a saber: democracia y representación; división de poderes; transparencia y respeto a los derechos fundamentales, legitimación, entre otros; aquí nos referiremos por el momento sólo a la teoría de la División de Poderes y el sistema de Frenos y Contrapesos.

Al distribuir el ejercicio del poder se hace indispensable la separación clara de la función Ejecutiva, Legislativa y Judicial. Los controles son entendidos como los mecanismos por los cuales el poder político delimita el ejercicio de sus funciones, señalando constitucionalmente las atribuciones que corresponden a cada órgano y previniendo mecanismos que permitan verificar el cumplimiento de esto, considerando, en última instancia, la posibilidad de sancionar su inobservancia. De acuerdo con Carla Ochoa el control establece simultáneamente métodos que eviten el ejercicio abusivo del poder; es decir, que acaten las restricciones establecidas, teniendo una doble función, vigilar el respeto a los límites y evitar el abuso en el poder.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Huerta Ochoa, Carla. *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*. 2ª edición. IJ-UNAM. México. Consultado en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=158> el 5 de junio de 2010. p. 35.

Lo anterior nos lleva a lo que la doctrina constitucional ha denominado sistema de Frenos y Contrapesos y la clara presencia de los temperamentos del poder. Como ha quedado asentado con anterioridad, los frenos y contrapesos se refiere a la posibilidad que tienen los órganos de poder de intervenir en funciones que tradicionalmente han sido facultados a un órgano en particular, dando lugar a la flexibilidad en el sistema, de tal suerte que a los órganos se les conceden, además de sus funciones específicas, otras que serían privativas de otro órgano, de un contenido distinto a aquellas que les corresponden de acuerdo a su denominación formal¹⁷⁶.

En el caso de los segundos refiriéndonos a los temperamentos, se ha indicado que se presentan cuando dos órganos intervienen en la realización de una función que por origen debiera corresponder sólo a uno de ellos¹⁷⁷, suavizando o disminuyendo la rigidez en la separación de poderes.

Los temperamentos del poder hacen que la distribución de las facultades y atribuciones otorgadas en la Constitución, genere contrariedad en las funciones de los poderes del Estado. Más que una división de poderes debe haber una unión de los mismos, con la finalidad de que las funciones sean de manera equilibrada para beneficio de los gobernados.

Señala Gabino Fraga que, "entendemos por temperamentos los casos en los cuales existe colaboración de varios Poderes en la realización de una función que, materialmente considerada, sólo debiera corresponder a uno de ellos, y por excepciones, aquellos en los cuales falta coincidencia entre el carácter material y el carácter formal de la función".¹⁷⁸

Es fundamental mencionar lo que señala Alfonso Nava Negrete¹⁷⁹, que una de las fuentes formales del Derecho Administrativo es el presidente de la República, al expedir leyes con la misma fuerza jurídica formal que tienen las emitidas por los órganos legislativos federales. Es decir que tiene la misma fuerza o valor jurídico, se quiere subrayar que poseen igual jerarquía que la ley del Congreso de la Unión; puede inclusive reformar o abrogar leyes de éste.

Al hablar del equilibrio de poderes es fundamental que, en todo gobierno democrático, los gobernados elijan a los gobernantes mediante mecanismos legales y

¹⁷⁶ Espino Ledesma, Bertha. *La teoría de la división de poderes*. Documento en línea http://bajo.delasalle.edu.mx/web3/contenidos/revistas/derecho/numero_3/docentes_espino.html. Consultado el 5 de junio de 2018.

¹⁷⁷ Ídem.

¹⁷⁸ Fraga Magaña, Gabino, *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, Cuarta edición, México, 2000, p. 66.

¹⁷⁹ Nava Negrete, Alfonso, *Derecho administrativo mexicano*, edición electrónica, México, editorial fondo de cultura económica, 2011, p. 177.

transparentes, creando organismos públicos que atiendan a las necesidades de la población. Por su parte Francisco Porrúa Pérez¹⁸⁰, señala que al continuar el estudio de las modificaciones de la teoría de la división de poderes, debemos tomar en cuenta no una división tajante entre ellos, sino que, de acuerdo con la doctrina moderna, existe una flexibilidad en la separación de los poderes, o para expresarlo con propiedad en el reparto de las competencias.

Es imprescindible tener los mecanismos constitucionales para una mejor relación de los poderes, ya que al tener una clara división de poderes las atribuciones se ejercen eficaz y eficientemente. La ciudadanía es la columna vertebral de todo estado democrático, valdría la pena investigarlo en otro momento ya que, de no ser así, estaríamos desviando el tema hacia otro punto que es fundamental en todo estudio del Estado.

El maestro Andrés Serra Rojas¹⁸¹ ha señalado en relación a la función legislativa que es una actividad creadora del Derecho Objetivo del Estado, subordinada al orden jurídico y consiste en expedir las normas que regulan la conducta de los individuos y la organización social y política. El derecho legislativo o Derecho parlamentario es la disciplina que regula esta importante función del Estado. Hay un método, una competencia y una técnica para legislar.

Es una realidad que la incertidumbre de gobernanza en la sociedad generaría un desequilibrio político, ya que, se considera que una buena gobernanza es la que promueve la equidad, la participación, el pluralismo, la transparencia, la responsabilidad y el estado de derecho, de modo que sea efectivo, eficiente y duradero, por lo que, la gobernanza democrática fomenta el desarrollo de una nación.

Por lo anterior, actualmente la clásica teoría de la división de poderes, ha sido superada ya que el poder no se divide, sino que las funciones del poder público es uno, y esta unidad es una de las características esenciales de la soberanía.

Es importante señalar que, lejos ya de la concepción rígida de la división de Poderes, el andamiaje constitucional tiene hoy en día una faceta flexible de este principio, por lo que se considera uno de los elementos fundamentales de la república moderna. En la actualidad, es posible identificar con cierta claridad las funciones de los tradicionales tres poderes que se han mencionado, y daría paso a la presencia de órganos que, teniendo su marco jurídico en la propia constitución vendría a coadyuvar al cumplimiento de los fines del Estado, nos referimos a los OCA.

¹⁸⁰ Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, trigésima novena edición, México, editorial Porrúa, 2005, p.396.

¹⁸¹ Serra Rojas, Andrés, *Teoría del Estado*, decimoctava edición, México, editorial Porrúa, 2006, p.375.

Con la finalidad de tener una clara visión del presente análisis, en primera instancia valdría diferenciar entre órgano y organismo, por lo que en síntesis podemos hacer señalar que, diversos tratadistas y siguiendo la doctrina tradicional, señalan las diferencias principales entre los *órganos* y *organismos* que en su ámbito de independencia serían las siguientes: **El órgano:** a) tiene confiada una actividad directa e inmediata del Estado; b) está coordinado pero no subordinado a ninguno de los tres Poderes del Estado o a otros órganos; c) se encuentra en el vértice de la organización estatal y goza de completa independencia. **El organismo,** por su parte, se caracteriza por ser una unidad administrativa que pertenece a alguno de los tres Poderes del Estado, constituyendo una manera de organización administrativa que se relaciona estrechamente con la prestación de un servicio público o la realización de una actividad pública relevante.

V. Los Órganos Constitucionales Autónomos en el Estado Mexicano.

Planteada la aclaración anterior, abordaremos el análisis de los OCA, bajo diversas tesis con la finalidad de establecer la relación que guardan en la actualidad dichos órganos y los efectos dentro de la vida del Estado Mexicano en la toma de decisiones.

Es importante señalar diversas definiciones que los doctrinarios señalan para identificar dichos OCA, por lo que señalaremos algunas de ellos:

Hiram Escudero advierte que, los OCA se pueden entender “como órganos creados inmediata y fundamentalmente en la Constitución, y que no se adscriben a los poderes tradicionales del Estado. Son órganos de equilibrio constitucional y político cuyos criterios de actuación son preservar la organización y el funcionamiento constitucional”.¹⁸²

Indica Ackerman que, los OCA ayudan al avance de la reforma del Estado y son el resultado de “...los esfuerzos por garantizar la plena operación del Estado de Derecho, la rendición de cuentas y la democratización del Estado”.¹⁸³

La noción de órgano constitucional autónomo que prevalece en la mayor parte de la doctrina, es la que los considera como aquellos entes a los cuales está confiada una actividad directa e inmediata del Estado quien, dentro de los límites del derecho objetivo, los coordina entre sí, pero no los subordina unos a otros, ni tampoco a un determinado

¹⁸² Escudero Álvarez, Hiram. *Los Órganos Constitucionales Autónomos y la Seguridad Pública*. Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, año 2013, Núm. 78, marzo-abril de 2006: México, p.53.

¹⁸³ Ackerman, John M. *Organismos autónomos y democracia. El caso México*; siglo XXI: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas: México, 2007, p.17

órgano estatal; gozan de una completa independencia, se encuentran en el vértice de la organización estatal, no tienen superiores y son sustancialmente iguales entre sí.¹⁸⁴

Los Órganos Constitucionales Autónomos son aquéllos creados inmediata y fundamentalmente en la Constitución, y que no se adscriben a los poderes tradicionales del Estado¹⁸⁵.

Los Órganos Constitucionales Autónomos pueden ser los que actúan con independencia en sus decisiones y estructura orgánica, depositarios de funciones estatales que se busca desmonopolizar, especializar, agilizar, independizar, controlar y/o transparentar ante la sociedad, con la misma igualdad constitucional¹⁸⁶.

Precisa Jorge Carpizo: “Los órganos constitucionales autónomos son de creación reciente; aún el concepto se presta a muchas equivocaciones.”¹⁸⁷

Por otra parte, Jaime Cárdenas Gracia, define a los organismos constitucionales autónomos “como aquellos que se –inmediatos y fundamentales- establecen en la Constitución y no se describen claramente a ninguno de los poderes tradicionales del estado.”¹⁸⁸

VI. Antecedentes de los Órganos Constitucionales Autónomos.

Recientemente en países de Latinoamérica, por causas diversas han surgido los OCA, conteniendo diversos grados de independencia de los tradicionales tres poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), por lo que, se ha generado un cambio en la percepción del tema de las potestades del Estado. Por lo que se refiere a nuestro país, se ubica en la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, la base de la existencia de los OCA. Por mencionar algunos como los primeros antecedentes se encuentran el Banco de México, el actualmente Instituto Nacional Electoral, y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Para situarnos cronológicamente, el proceso de creación de los OCA, inició en 1991 y posteriormente dio cabida a la reforma de 1992 referente al mismo tema.

¹⁸⁴ Trujillo Rincón, María Antonia. “*Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*”, España: publicaciones del Congreso de los Diputados. Monografía número 25, p.p. 41 y 42.

¹⁸⁵ Cárdenas Gracia, Jaime. Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional. UNAM, México, 1996. p. 244.

¹⁸⁶ Carrillo Cervantes, Yasbe Manuel. “*La división de poderes y los órganos constitucionales autónomos en México, propuestas para la reforma del Estado*”, Alegatos, vol. 39, mayo-agosto, UAM, 1998. p. 331.

¹⁸⁷ Carpizo, Jorge, Propuestas Sobre el Ministerio Público y la Función de Investigación de la Suprema Corte. Porrúa. México.2005. p.34.

¹⁸⁸ Cárdenas Gracia, Jaime. *Estudios Jurídicos en Torno al Instituto Federal Electoral*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2000. Pág. 22.

El Banco de México, que desde su fundación en 1925 había tenido la forma de una sociedad anónima y en 1983 se transformó en un organismo público descentralizado, adquirió el carácter de órgano autónomo en 1993, en virtud del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 20 de agosto de ese año, que adicionó los párrafos sexto y séptimo del artículo 28 de la Constitución Política. En tales párrafos se establece que el Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración; y el cual regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros.

Si bien es cierto que el Instituto Nacional Electoral (antes Instituto Federal Electoral) se creó desde 1990, no fue sino hasta 1996 cuando se convirtió en órgano autónomo, como consecuencia del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de agosto de ese año que reformó, entre otros, el artículo 41 de la Constitución Política. La fracción III de este precepto establece que la organización de las elecciones federales es una función estatal que se realiza a través del organismo público autónomo Instituto Federal Electoral, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios.

Fue en el año de 1990 mediante decreto, que se crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos como órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación. En 1992 se adicionó el apartado B al artículo 102 de la Constitución Política, en el cual se facultó al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los Estados para instituir, en el ámbito de sus respectivas competencias, organismos públicos protectores de derechos humanos. Pero no fue sino hasta la reforma publicada el 13 de septiembre de 1999 cuando se previó que la Comisión Nacional de Derechos Humanos contara con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios (párrafo cuarto).

El tema de los OCA ya ha sido abordado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Al resolver el 22 de mayo de 2006 la controversia constitucional 32/2005, interpuesta por el municipio de Guadalajara, Jalisco, el Pleno afirmó que, "con motivo de la evolución del concepto de distribución del poder público, se han introducido en el sistema jurídico mexicano, a través de diversas reformas constitucionales, órganos autónomos cuya actuación no está sujeta ni atribuida a los depositarios constitucionales del poder público; y que a tales órganos autónomos se les han encargado funciones estatales específicas, con el fin de obtener una mayor especialización, agilización, control y transparencia para atender eficazmente las demandas sociales. Asimismo, señaló que, aun cuando no existe algún precepto constitucional que regule la existencia de tales órganos, éstos deben: a) estar establecidos y configurados directamente en la Constitución; b) mantener con los

otros órganos del Estado relaciones de coordinación; c) contar con autonomía e independencia funcional y financiera; y d) atender funciones coyunturales del Estado que requieren ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad".¹⁸⁹

Conforme con esta evolución progresiva, en la sentencia dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 7 de noviembre de 2006, dentro de la controversia constitucional 31/2006, promovida por el Tribunal Electoral del Distrito Federal, actualmente Tribunal Electoral de la Ciudad de México, se señaló la evolución y características de los OCA. Sobre tales órganos la sentencia expresó lo siguiente:

ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS.

Con motivo de la evolución del concepto de distribución del poder público se han introducido en el sistema jurídico mexicano, a través de diversas reformas constitucionales, órganos autónomos cuya actuación no está sujeta ni atribuida a los depositarios tradicionales del poder público (Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial), a los que se les han encargado funciones estatales específicas, con el fin de obtener una mayor especialización, agilización, control y transparencia para atender eficazmente las demandas sociales; sin que con ello se altere o destruya la tradicional doctrina de la división de poderes, pues la circunstancia de que los referidos organismos guarden autonomía e independencia de los poderes primarios, no significa que no formen parte del Estado mexicano, ya que su misión principal radica en atender necesidades torales tanto del Estado como de la sociedad en general, conformándose como nuevos organismos que se encuentran a la par de los órganos tradicionales. Ahora bien, aun cuando no existe algún precepto constitucional que regule la existencia de los órganos constitucionales autónomos, éstos deben: a) estar establecidos y configurados directamente en la Constitución; b) mantener con los otros órganos del Estado relaciones de coordinación; c) contar con autonomía e independencia funcional y financiera; y, d) atender funciones coyunturales del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Controversia constitucional 32/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, octubre de 2006.

¹⁹⁰ Tesis P./J. 12/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVII, Novena Época, Febrero de 2008, p. 1871.

VII. Naturaleza jurídica los Órganos Constitucionales Autónomos.

La naturaleza jurídica administrativa de los OCA, frente a los Poderes de la Unión, versa en su grado de autonomía.

Por lo que se refiere a la autonomía son diversos los tipos, entre las que se encuentran la plena, técnica, gestión, jurídica, de gobierno, jurisdiccional entre otras, por lo que los entes públicos de gobierno tienen diferentes grados de autonomía, lo anterior de conformidad a su decreto de creación, por lo cual determinaría su grado de independencia que guardaría frente a los Poderes del Estado.

En síntesis, podemos afirmar que, los OCA son órganos públicos que ejercen una función primordial del Estado, establecidos en los textos constitucionales y, por tanto, tienen relaciones de coordinación con los demás poderes tradicionales u órganos autónomos, sin situarse subordinadamente en algunos de ellos.

El simple hecho de que un órgano haya sido creado por mandato del constituyente, no resulta suficiente para considerarlo como autónomo. En diversas constituciones hay órganos del Estado a los que sólo se hace referencia y, otros, cuyas funciones son detalladas pero sin ser autónomos, a los cuales se les denomina órganos de relevancia constitucional o auxiliares, y su diferencia con los autónomos radica en que éstos no están incluidos en la estructura orgánica de los poderes tradicionales; por ejemplo, el Ministerio Público.¹⁹¹

En la actualidad se acepta que dentro de un Estado puede haber funciones distintas a las que atiende de conformidad a la división de poderes, dichas funciones deben ser llevadas a cabo por órganos diferentes a los tradicionales y debe ser considerado como un elemento fundamental en la toma de decisiones en virtud de su legitimidad y neutralidad política.

VIII. Características de los Órganos Constitucionales Autónomos.

Sobre este particular, nos señala el Doctor Jorge Carpizo las siguientes características de los OCA:

1. Es establecido por la Constitución, la cual debe señalar los principios básicos de su organización y sus facultades más importantes...
2. Realiza funciones públicas que corresponden al Estado...
3. No depende políticamente de ninguno de los tres

¹⁹¹ Moreno Ramírez, Ileana. *Los órganos constitucionales autónomos en el ordenamiento jurídico mexicano*. (Breviarios Jurídicos 34). Porrúa, México, 2005. p. 7.

poderes, con los cuales guarda una relación de coordinación, no de subordinación. 4. Goza de autonomía técnica y funcional... 5. Su titular o titulares, así como los funcionarios, no son irresponsables. Existen procedimientos precisos para exigirles llegado el caso, la correspondiente responsabilidad. 6. Realiza una labor técnica altamente especializada. 7. Su actuación debe estar completamente alejada de consideraciones políticas o partidistas. 8. Sus actos sólo deben estar regidos por los principios de legalidad, imparcialidad e igualdad de todos ante la Ley. 9. Sus miembros deben gozar de garantías para asegurarles autonomía técnica, tales como nombramiento, estabilidad, ubicación, remuneración y responsabilidad. 10. Sus actos de autoridad, como cualesquiera otros de esta naturaleza, si presuntamente violan derechos o libertades, están sujetos a control jurisdiccional. 11. Si ese órgano fuera suprimido, y sus funciones atribuidas a cualquiera de los tres poderes, se lesionaría gravemente el Estado democrático de derecho (Carpizo, 2005: 35).¹⁹²

Al respecto, García Pelayo, sugiere algunas características de los OCA, a saber:

1. La inmediatez, es decir, estos órganos deben estar establecidos y configurados directamente en la Constitución; 2. La esencialidad, pues son necesarios para el Estado constitucional de derecho; 3. La dirección política, toda vez que estos entes participan en la dirección política del Estado y de ellos emanan actos ejecutivos, legislativos o jurisdiccionales que contribuyen a orientar de modo decisivo el proceso de toma de decisiones; 4. La paridad de rango, dado que mantienen con los otros órganos y poderes relaciones de coordinación y nunca de subordinación; y, 5. La autonomía orgánica, funcional y, en ocasiones, presupuestaria (García, 1981: 13 y 14).¹⁹³

En el caso de los países europeos, podemos ubicar la existencia de estos órganos no sólo en sus Constituciones sino, también, en la interpretación constitucional que de ellas se deriva.

¹⁹² Carpizo Mc Gregor, Jorge, Propuestas Sobre el Ministerio Público y la Función de Investigación de la Suprema Corte. Porrúa. México. 2005. p.35.

¹⁹³ García Pelayo, Manuel, "El *status* del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 1, 1981, p. 13 y 14.

Pedroza de la Llave, señala algunas características de los órganos constitucionalmente autónomos, siendo las siguientes:

- 1) Autonomía de tipo político-jurídica (en el sentido de que los órganos constitucionales autónomos gozan de cierta capacidad normativa que les permite crear normas jurídicas sin la participación de otro órgano estatal); administrativa (que significa que tiene cierta libertad para organizarse internamente y administrarse por sí mismo, sin depender de la administración general del Estado), y financiera (que implica que los órganos constitucionales autónomos pueden determinar en una primer instancia sus propias necesidades materiales mediante un anteproyecto de presupuesto que normalmente es sometido a la aprobación del Poder Legislativo).
- 2) El ente u órgano debe tener personalidad jurídica y potestad normativa o reglamentaria, esto es, la facultad para dictar normas jurídicas reconocidas por el sistema legal, lo que se traduce en la capacidad de formular su regulación interna. Estas normas deben de ser publicadas en el periódico oficial, que en México es el Diario Oficial de la Federación.
- 3) Se deben establecer de forma precisa las competencias propias y exclusivas de los entes u órganos.
- 4) Deben elaborar sus políticas, planes y programas respecto de las funciones a su cargo.
- 5) Deben contar con capacidad para auto organizarse. Ello trae aparejado que dicho ente u órgano seleccione a su personal, establezca medidas disciplinarias y designe a sus autoridades. A esto se le conoce como servicio civil de carrera.
- 6) Los entes u órganos deben gozar de autonomía financiera, o de gasto, para disponer de sus fondos con plena libertad.
- 7) Debido a su carácter técnico el ente u órgano no debe tener influencia proveniente de las fuerzas políticas (Pedroza, 2002: 179).¹⁹⁴

Por lo que respecta a nuestro país, hasta la última reforma político-administrativo del año 2014, se cuenta con los OCA siguientes y fechas de creación:

- a) La Comisión Nacional de Derechos Humanos, 28 de enero de 1992;
- b) El Banco de México, 20 de agosto de 1993;
- c) El Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 7 de abril del 2006;
- d) El Instituto Nacional de Evaluación Educativa, 26 de febrero del 2013;

¹⁹⁴ Pedroza de la Llave, Susana Thalía, *Los Órganos Constitucionales Autónomos*, en José María Serna de la Garza *et. al*, "Estado de Derecho y Transición Jurídica", Serie Doctrina Jurídica, número 95, UNAM, México, 2002, p. 179.

- e) El Instituto Federal de Telecomunicaciones, 11 de junio del 2013;
- f) La Comisión Federal de Competencia Económica, 11 de junio del 2013;
- g) El Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, 7 de febrero del 2014;
- h) El Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, 10 de febrero del 2014;
- i) La Fiscalía General de la República, 10 de febrero del 2014, y
- j) El Instituto Nacional Electoral (antes Instituto Federal Electoral), 10 de febrero del 2014.

Ante un cambio constante y reformas constitucionales tendientes a garantizar una mejor gobernabilidad en el Estado Mexicano, el listado antes mencionado podría aumentar, y con ello es necesario una clara ubicación en la estructura orgánica de los OCA, ya que cumpliendo funciones esenciales del Estado no se encuentran subordinados a cualesquiera de las potestades del estado. Es claro que emanan de la Constitución y una vez creado adquiere su autonomía y es colocado fuera de la estructura de la división de poderes, no existiendo una supra subordinación a los poderes tradicionales, y cumpliendo su función ya sea de protección de los derechos humanos, de banca central, electoral del Estado o de manejo de información estadística y geográfica de interés nacional, por mencionar algunos de ellos.

IX.- Justificación de la creación de los Órganos Constitucionales Autónomos.

De lo antes expuesto y, analizando el contexto histórico social, se pueden desprender argumentos por los cuales se justifica la necesidad de la creación de los OCA; uno de ellos es el movimiento internacional y, como resultado de la nueva visión del poder, y equilibrio de poderes, claramente no perdiendo su esencia misma, se ha considerado una forma de distribución de funciones o competencias inherentes al Estado, con la finalidad de hacer más eficaz el desarrollo de las facultades encomendada por la propia constitución, es por ello que del mismo marco jurídico, emana la creación de los órganos autónomos constitucionales, para efectuar una función especializada.

Constantemente se ha generado una serie de pugnas hacia los países democráticos, y resaltando la defensa de los derechos fundamentales, considerando la necesidad de la separación de la estructura fundamental de gobierno para su firme cumplimiento y garantizar el pleno respeto, por lo cual, se propuso la creación de un ente

para dar certeza y velar los derechos humanos, elevándolo como órgano autónomo constitucional.

Uno de los ejes fundamentales por lo cual se justificó la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos como un OCA, se percibe por el tema de la defensa de los derechos fundamentales y con ello lograr controlar la constitucionalidad de los actos depositados del poder público.

Señala Sánchez Trujillo que, un Estado se califica como Estado de derecho porque en él se promueve y respetan los derechos humanos. Las decisiones políticas y económicas tienen como directriz los derechos humanos, ya que las normas en que se basan todas ellas son válidas porque son resultantes de un diálogo donde la argumentación es de razones sobre temas e intereses públicos¹⁹⁵

Teniendo como base el texto constitucional, y revistiendo de garantías de actuación e independencia de la estructura de gobierno y partidista a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, para dar cumplimiento a los fines de su creación, ya que su especialización y relevancia social requiere la autonomía de las potestades del Estado.

Con la creación de estos órganos no se rompe con el clásico principio de la separación de los poderes, es por ello que representan y guardan un equilibrio a los excesos en la toma de decisiones por parte de los órganos de gobierno, garantizando y velando las necesidades totales que la propia sociedad demanda sin estar supeditado especialmente a alguno de los tradicionales poderes del Estado.

En el contexto nacional era claro que se encontraba viviendo una situación de cambio social y, ante el nuevo modelo económico global, exigía un nuevo equilibrio en las facultades constitucionales de los actores políticos, de las mayorías parlamentarias, del mismo Poder Ejecutivo Federal y de los factores reales de poder.

En el Estado Mexicano es un hecho la presencia de los factores reales de poder, mismos que actualmente tiene una gran relevancia en la vida política y social ya que, influyen de manera directa en la toma de decisiones, sin embargo los factores reales de poder no se encuentran dentro de la clásica estructura o división de poderes, refiriéndonos a ellos a saber los partidos políticos, los medios de comunicación, la iglesia, las grandes empresas entre otros, es por la necesidad de crear un órgano que funja como contrapeso también para los mencionados factores reales de poder.

¹⁹⁵ Sánchez Trujillo, María Guadalupe, *Derechos Humanos, su protección legal y jurisdiccional en México*, Editorial Porrúa, México, 2016, p. 1.

Fundamental para alcanzar un sólido Estado de derecho contemporáneo, es necesario conocer el poder que se encuentra detrás del organigrama del Estado, por lo que la presencia de los OCA representaría un freno a los excesos del poder.

Finalmente podemos señalar que, son creados para enfrentar los vicios perniciosos del Estado y de la presencia cada vez más notoria de la partidocracia, para que no estén sujetas o encaminadas las decisiones hacia ciertos intereses que implicaría una imparcialidad a la luz de las instituciones.

La corrupción en los poderes tradicionales y de los factores reales de poder, han generado una desconfianza social y una notoria falta de credibilidad gubernamental, es por ello la existencia de los OCA, encomendados por la propia Carta Magna ya sea de fiscalizar o controlar instituciones para que, el actuar del Estado no violente derechos fundamentales, y de la misma manera en apego a la constitución, logrando con ello un efectivo equilibrio de poderes.

X.- La redarquía como forma de organización.

Una de las formas de organización implementadas en un ámbito público o privado es el binomio de la jerarquía y redarquía. Es por ello que en la era de la colaboración uno de los mayores desafíos que enfrenta toda organización, es encontrar una forma de organizarse para interactuar en la actualidad y hacer frente a los constantes cambios generados por un sinnúmero de factores, ya sean económicos, políticos o sociales.

La administración pública desde sus orígenes, ha tenido la característica de ser su organización de forma jerárquica para el funcionamiento de los entes de gobierno, mediante estructuras burocratizadas, que, en un intento de ajustarse a una nueva realidad del país, resultan innecesarias e inoperantes, con un alto costo económico para los gobernantes.

El desafío que enfrenta toda organización como es el Estado, es contar con una organización hacia su interior y exterior, ubicando cada uno de los componentes o entes para el funcionamiento de la estructura organizativa del Estado, es por ello que enfrenta un enorme desafío al tener estructuras cerradas o exageradamente jerarquizadas, y con ello su capacidad de respuesta hacia la sociedad.

Es momento de cuestionar si las actuales organizaciones de gobierno funcionarían eficientemente y eficazmente diseñadas mediante una jerarquización cerrada, dejando de lado la posibilidad de un diseño como sistema adaptativo capaz de transformarse, desempeñando ciertas funciones esenciales encomendadas por mandato constitucional, y que dichas

funciones sea una forma de garantizar la gobernabilidad. En una nueva estructura dentro del Estado, debe ser clara su funcionalidad y ubicación en la trama de la vida política.

Es primordial la conectividad de todos los entes de gobierno y de sus propias estructuras para el funcionamiento y cumplimiento de sus fines, en una organización administrativa debe ser idóneo para enfrentar las nuevas demandas sociales y con ello agilizar e innovar en la gestión pública.

Todo Estado dentro de su organización debe adaptarse a la realidad social y la dualidad organizativa proporciona un nuevo enfoque para la innovación continua y hacer frente a los grandes retos de todo gobierno. Lo cierto es que las organizaciones duales aspiran a complementar el modelo jerárquico, preservando la responsabilidad de los servidores públicos, la capacidad de decisión, transparencia en la gestión pública y la rendición de cuentas.

Sin desestimar la funcionalidad de la jerarquía en la organización de los entes de gobierno, señalaremos que, es un modelo vertical la forma de comunicación y en la toma de decisiones que se da en la parte superior de la estructura, y el poder se distribuye hacia abajo, teniendo posiciones concretas en el organigrama.

La redarquía como un modelo de organización, engrana con la jerarquía ya que representa un nuevo marco de contribución conectado a la perfección y coordinación con la tradicional jerarquía establecida en todo orden de gobierno. Dentro de la redarquía el control no es jerárquico, por el contrario es social, ya que establece un orden alternativo en las organizaciones, un orden no necesariamente basado en el poder y la autoridad jerárquica formal, por lo que surge como una red de colaboración entre las estructuras ya establecidas, desempeñando funciones medulares y toma de decisiones en coordinación con otras estructuras ya establecidas, sin que ello sea una jerarquía por las funciones que realiza, por el contrario participa en los temas fundamentales para la toma de acciones y permite que fluya con mayor libertad y transparencia su desempeño.

XI. La organización del Estado Mexicano, un nuevo equilibrio bajo dos estructuras.

La forma de división del poder en el Estado Mexicano, se señala en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, depositándose para su ejercicio en un Poder Legislativo, un Poder Ejecutivo y un Poder Judicial, con la restricción de no reunirse dos o más Poderes en una sola persona o corporación, ni podrá depositarse en un individuo el Legislativo salvo en los casos previstos en la Carta Magna.

De lo anterior, se advierte que en dicho texto no se encuentra contenido la existencia de los OCA, como entes auxiliares en el cumplimiento de funciones específicas que requiere la atención de un órgano técnico especializado, es en diversos artículos que se menciona de la existencia de dichos órganos.

Para tener un panorama más amplio y mayor conocimiento de los OCA, es importante conocer los pilares por los cuales actúan en la vida política y social del Estado Mexicano, es por ello que dentro de su accionar deben ser dotados de autonomía, especialización técnica y administrativa con la finalidad de hacer frente a los efectos nocivos de la partidocracia, ejecutando tareas específicas que no deben estar sujetas a coyunturas políticas, pero que son partes inherentes al Estado, y garantizando la mayor imparcialidad, por lo que las decisiones que se emitan no obedezca o beneficien exclusivamente a intereses particulares de algún sector.

Las características fundamentales de los OCA versan en relación que cuentan con autonomía e independencia funcional y financiera, están configurados y establecidos directamente por la Constitución, asimismo conservan con los otros órganos del Estado una relación de coordinación, y se considera la parte central de su creación el atender funciones coyunturales del Estado, por lo que se requiere de un ente especializado que cumpla eficazmente su función en beneficio de la sociedad. Cabe destacar la paridad de rango que tienen los OCA, con los otros órganos y poderes relaciones de coordinación y nunca de subordinación frente a las potestades del Estado.

Por lo anterior planteado es necesario ubicar en la estructura del Estado a los OCA, y considerando su naturaleza jurídica y características esenciales de dichos órganos, no es posible encuadrarlos dentro de la tradicional división de poderes, ya que tienen funciones coyunturales del Estado de manera especializada. Sin embargo, dentro de la figura de la redarquía se puede ubicar a los OCA, ya no se encuentran jerárquicamente por encima ni por debajo de los tres poderes tradicionales, enfatizamos que siguen siendo parte del Estado cumpliendo funciones específicas como las ya mencionadas, aunado a lo anterior una autonomía técnica, orgánica o administrativa, financiera presupuestal y normativa.

A saber, la autonomía técnica se refiere concretamente, a la capacidad de los organismos de decidir en temas propios que les han sido asignados, mediante procedimientos especializados.

Por otra parte, la autonomía orgánica o administrativa hace alusión a que no dependen jerárquicamente de ningún otro poder o entidad, es decir independencia de acción entre los actores políticos u organismos.

En relación a la autonomía financiera-presupuestaria, consiste en disponer de sus propios recursos ya presupuestados, para el cumplimiento de sus fines, y con ello garantizando su independencia económica hasta cierto punto, ya que dentro de la ley de egresos de la federación existe una partida destinada.

Referente a la autonomía normativa podemos señalar que, se encuentran facultados para emitir su reglamentación, políticas, lineamientos y en general las normas que tengan exclusivamente como finalidad su organización y administración interna.

Ameritaría el tema de la autonomía de los órganos autónomos constitucionales un estudio más profundo, pero para efectos del presente análisis sólo se hizo de manera enunciativa.

Ahora abordaremos el planteamiento de la neutralidad política, por lo que se refiere a que su actuar pueda desvirtuarse por la injerencia o supeditación de algún interés de político partidario en especial, es decir, las funciones de los órganos deben estar libres de toda influencia de factores o intereses de partido, ya que en la ejecución de funciones deberá ser imparcial, por tal razón nuevamente es necesario ubicar a los OCA, dentro de un modelo organizacional de la redarquía.

Siguiendo el mismo orden de ideas de la legitimidad de los OCA, podemos decir que en muchas de las ocasiones el Estado carece de credibilidad en su actuar en la toma de decisiones y al ejercicio de una función, por motivos diversos como es la corrupción de los servidores públicos en su actuar al frente de alguna institución de gobierno, toman sistemáticamente decisiones que atiende a intereses o criterios favorecidos a los políticos o de partidos, y no a lo ordenado por mandato de ley.

Todo lo antes señalado, la ciudadanía lo percibe y va perdiendo la confianza en los órganos del Estado, al mismo tiempo el respeto a las instituciones y, por ende, el deterioro constante del Estado de Derecho. Uno de los mecanismos por los cuales el propio Estado puede recuperar esa pérdida de confianza de sus gobernados, es encomendar la función a uno de los OCA, cuya imparcialidad no está en tela de juicio, por lo que, su actuar legitima al Estado al cumplir sus finalidades, es decir, su especialización técnica, es por ello que participa activamente en la dirección de las políticas de Estado.

Partiendo de los principios de todo actuar de gobierno, mismo que es aplicable en todos los órdenes de gobierno (regional y nacional), hace que en su actuar cumplan su razón de ser y su primordial finalidad, es decir, todo orden de gobierno en la implementación de políticas públicas y toma de decisiones debe de tener un marco referencial, y con un

contenido ético, dando como consecuencia un gobierno funcional en la concesión de sus objetivos.

En todo orden de gobierno, el principio de participación es uno de los ejes por los cuales el gobierno escucha el sentir de la sociedad y asimismo, lo hace participe en la implementación de políticas públicas y la toma de decisiones, es por ello que implica una variedad de actores sociales como lo son las Organizaciones No Gubernamentales (Comisión Nacional de los Derechos Humanos), es debido a ello que dichas organizaciones coadyuvan con todos los órdenes de gobierno, en su ámbito de competencia, siendo un reforzamiento de la confianza ciudadana hacia las instituciones públicas.

Los OCA, en su actuar siendo entes especializados y creados por la propia constitución, coadyuvan en la gobernabilidad devolviendo a la sociedad certeza y confiabilidad en las acciones de gobierno, por lo que, permite incrementar la legitimidad democrática de la propia administración pública, ya que dichos órganos no forman parte en la estructura divisional del poder o se encuentran supeditados a ellos, por lo que es necesario abandonar la clásica forma de organización jerárquica y situarlos en el vértice de las potestades del Estado o mejor señalado en la división de poderes, ubicándolos dentro de una forma de redarquía.

Es una realidad en nuestro país la necesidad de un nuevo equilibrio y ubicación estructural de los OCA, por un lado, la jerarquía y la redarquía configuran en la organización del Estado un binomio con ámbitos de contribuciones diferentes, cada uno con sus propias reglas. No puede haber nada intrínsecamente malo en la organización jerárquica, sin embargo, a la creación de los OCA, es necesario clarificar estructuralmente su ubicación en la trama política, independientemente de las funciones que realizan como un órgano técnico especializado en su materia.

XII. Conclusión.

Es claro que la tradicional división de poderes estamentales y la organización del Estado Mexicano se encuentra plasmada en la Carta Magna, y asimismo se advierte de la existencia de los OCA, que de manera coordinada efectúan funciones torales del Estado no subordinadas a los Poderes de la Unión.

Los OCA actúan con independencia en sus decisiones y estructura orgánica, depositarios de funciones estatales que se busca desmonopolizar, especializar, agilizar, independizar, controlar y/o transparentar ante la sociedad, con la misma igualdad, y siendo órganos públicos que ejercen una función primordial del Estado, establecidos en los textos

constitucionales y, por tanto, tienen relaciones de coordinación con los demás poderes tradicionales u órganos autónomos, sin situarse subordinadamente en algunos de ellos.

De manera prospectiva podemos señalar que, serán uno de los mecanismos por los cuales el propio Estado puede recuperar esa pérdida de confianza de sus gobernados, al confiarles a los OCA ciertas funciones esenciales, cuya imparcialidad no está en tela de juicio, por lo que, su actuar legitima al Estado al cumplir sus finalidades, debido a su especialización técnica participa activamente en la dirección de las políticas de Estado.

En la actualidad sabemos que temas fundamentales como los derechos humanos, de banca central, electoral del Estado o de manejo de información estadística y geográfica de interés nacional, por mencionar algunos de ellos son efectuados por los OCA. Con la incursión de los OCA en temas como la transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas, el Estado Mexicano podría generar un sentir en los gobernados de mayor aceptación, certeza, y credibilidad en las acciones de gobierno.

Finalmente es tiempo de dar respuesta de la posición estructural que ocupan los OCA en el Estado Mexicano, ya que no se encuentran supeditados a los tres poderes del Estado, es por ello que, es necesario abandonar la clásica forma de organización jerárquica y situarlos en el vértice de la división de poderes, ubicándolos entonces dentro de una forma de organización bajo una redarquía.

FUENTES DE INFORMACIÓN.

ACKERMAN, John M. *Organismos autónomos y democracia. El caso México*; siglo XXI:

UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas: México, 2007.

ARISTÓTELES, *Política, en sus Obras*, trad. de Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964.

BURGO Orihuela, Ignacio, *"Derecho Constitucional Mexicano"*, Editorial Porrúa 1984, p.31

CÁRDENAS Gracia, Jaime. *Estudios Jurídicos en Torno al Instituto Federal Electoral.*

Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2000.

CÁRDENAS Gracia, Jaime. *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional.* UNAM, México, 1996.

CARPIZO, Jorge, *Propuestas Sobre el Ministerio Público y la Función de Investigación de la Suprema Corte.* Porrúa. México. 2005.

CARPIZO, Jorge, *Propuestas Sobre el Ministerio Público y la Función de Investigación de la Suprema Corte.* Porrúa. México.2006.

- CARRILLO Cervantes, Yasbe Manuel. "La división de poderes y los órganos constitucionales autónomos en México, propuestas para la reforma del Estado", Alegatos, vol. 39, mayo-agosto, UAM, 1998.
- DALLA, Vía, Alberto Ricardo, "Jellinek, Georg: Consideraciones sobre la Teoría general del Estado", Revista mexicana de derecho Constitucional, Biblioteca jurídica virtual, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/14/rb/rb16.htm#P1>.
- ESCUADERO Álvarez, Hiram. *Los órganos constitucionales autónomos y la seguridad pública. Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, año 2013, Núm. 78, marzo-abril de 2006: México.
- ESPINO Ledesma, Bertha. *La teoría de la división de poderes*. Documento en línea http://bajio.delasalle.edu.mx/web3/contenidos/revistas/derecho/numero_3/docentes_espino.html. Consultado el 5 de junio de 2010.
- FIX-Zamudio, Héctor, "El principio de la división de poderes", *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1987, t. II.
- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, Cuarta edición, México, 2000.
- GARCÍA Máynez, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, México 2004.
- GARCÍA Pelayo, Manuel, "El status del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 1, 1981.
- GONZÁLEZ González, Robeiro, (2012, abril 18). *Perspectiva contractualista del concepto Estado Social de Derecho*. *Analecta política.*, Vol. 2.
- HAMILTON, Alexander, MADISON James, y Jay John, *El Federalista*. [The Federalist Papers], Fondo de Cultura Económica, México, 1994 [1788].
- HUERTA Ochoa, Carla. *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*. 2ª edición. IIJ-UNAM. México. Consultado en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=158> el 5 de junio de 2010. p. 35.
- JELLINEK, Georg. (2017). *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- JEZE, Gastón, *Principios generales del derecho administrativo*, trad. de Julio N. San Millán Almagro, Buenos Aires, Depalma, 1948, t. I.
- La sentencia dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 22 de mayo de 2006, en la controversia constitucional 32/2005, fue publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, octubre de 2006. La parte referente a los órganos constitucionales autónomos se localiza en

- las pp. 959-960. La tesis de jurisprudencia P./J.12/2008 que recoge el criterio sostenido en la sentencia mencionada, se publicó con el rubro "Órganos constitucionales autónomos. Sus características", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008.
- LOCKE, Jonn. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, 1990, pag. 133, 155-157.
- LOCKE John: *Curso de teoría política libro Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 1981.
- KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1983.
- MORENO Ramírez, Ileana. *Los órganos constitucionales autónomos en el ordenamiento jurídico mexicano*. (Breviarios Jurídicos 34). Porrúa, México, 2005.
- MOTO Salazar, Efraín, *"Elementos de Derecho"*, Editorial Porrúa, México 2002.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 9a. ed. México, Porrúa, 1992, libro XI, capítulo VI.
- NAVA Negrete, Alfonso, *Derecho administrativo mexicano*, edición electrónica, México, editorial fondo de cultura económica, 2011.
- PEDROZA de la Llave, Susana Thalía, *Los Órganos Constitucionales Autónomos*, en José María Serna de la Garza *et. al*, "Estado de Derecho y Transición Jurídica", Serie Doctrina Jurídica, número 95, UNAM, México, 2002.
- PORRÚA Pérez, Francisco, *Teoría del estado*, trigésima novena edición, México, editorial Porrúa, 2005.
- SÁNCHEZ Trujillo, María Guadalupe, *"Derechos Humanos, su protección legal y jurisdiccional en México"*, Editorial Porrúa 2016, México.
- SERRA Rojas, Andrés, *"Derecho Administrativo"*, Editorial Porrúa, México 1977.
- SERRA Rojas, Andrés, *Teoría del Estado*, decimoctava edición, México, editorial Porrúa, 2006.
- STIGLITZ, Joseph E. *La economía del sector público*. España: Antoni Bosch, 2000.
- TENA Ramírez, Felipe, *"La crisis del principio de división de poderes"*, Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, México, t. IX, núms. 35 y 36, julio-diciembre de 1947.
- TRUJILLO Rincón, María Antonia. *"Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado"*, España: publicaciones del Congreso de los Diputados. Monografía número 25.
- WEBER, Max. *La política como vocación*. España: Alianza Editorial, 2009.
- Revista de Estudios Políticos (nueva época) ISSN: 0048-7694, Núm. 128, Madrid, abril-junio, 2005.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, pp. 1217-1218. Las características mencionadas quedaron expresadas en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/2007, "órganos constitucionales autónomos. Notas distintivas y características", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXV, mayo dem2007, p. 1647, registro 172,456.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada DOF 09-08-2019.

Fecha de recepción: 13 de julio de 2018.

Fecha de aceptación: 25 de junio de 2019.