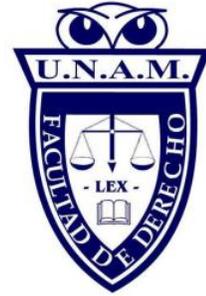




UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO



ENSAYO:
**LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS PARA
EL RETIRO EN EL DERECHO LABORAL
MEXICANO.**

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA

MARTÍNEZ CRUZ MARIO ALBERTO

ASESOR:
LIC. JOSÉ DÍAZ OLVERA.

CIUDAD UNIVERSITARIA, MÉXICO DISTRITO FEDERAL A 12 DE SEPTIEMBRE DE 2011.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
FUNDAMENTO JURÍDICO.	5
Definición Legal	6
NORMATIVIDAD APLICABLE	7
OBJETIVOS DE LAS AFORES.	7
En relación con las SIEFORES	8
AFORES QUE SE ENCUENTRAN OPERANDO.	11
OBJETIVO DE LAS SIEFORES.	12
RENTABILIDAD Y SEGURIDAD.	13
REQUISITOS PARA CONSTITUIR UNA AFORE.	14
Prohibiciones de las AFORES	15
Autorización de Nuevas AFORES	16
DIFERENCIAS DE LAS AFORES	17
RÉGIMEN DE PROPIEDAD DE LAS AFORES.	18
COMISIONES	20
CONCLUSIONES	23
BIBLIOGRAFÍA	25

LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS PARA EL RETIRO EN EL DERECHO LABORAL MEXICANO.

INTRODUCCIÓN

En México el Gobierno intenta crear un sistema integral de Seguridad Social para el trabajador, en atención a ello se ha dedicado a implementar medidas diversas para fortalecer el mismo en diferentes aspectos, privilegiando el sistema que se encarga de proteger a los Trabajadores al momento de que dejan de formar parte de la fuerza laboral del país, intentando que cuenten con los recursos necesarios en su retiro.

Las modificaciones en el Sistema de Ahorro para el retiro surgen de la necesidad de adecuar las normas a la realidad social, debido a que en México aumentó la esperanza de vida y disminuyó la tasa de natalidad, provocando con ello un aumento en el número de personas que se encuentran pensionadas, no así el número de personas que se encuentran laborando; el nuevo sistema será de capitalización individual, es decir, que cada trabajador contará con una cuenta donde abonará sus aportaciones, bien las establecidas de manera obligatoria en la ley o aquellas de carácter voluntario, además de las realizadas por su patrón y por el gobierno.

De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, el nuevo sistema tiene como ventaja que el trabajador en ningún momento pierde sus derechos sobre las aportaciones realizadas a lo largo de su vida laboral, a pesar de dejar de haber cotizado al seguro social, como sucedía con el sistema anterior.

El sistema de pensiones con que se cuenta actualmente se basa en cuentas individuales, que se capitaliza a través de aportaciones realizadas en forma tripartita, Gobierno, patrones y trabajadores, dichas cuentas se integran por subcuentas, a saber: retiro, cesantía en edad avanzada y vejez; vivienda; aportaciones voluntarias; y aportaciones complementarias de retiro, con la finalidad de que el trabajador sea jubile con una cantidad de dinero justa y equivalente al trabajo desempeñado durante todo el tiempo que laboró.

El surgimiento de las Afores, según la exposición de motivos de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, es debido a que el trabajador debe conocer cuáles son los fondos con los que cuenta, quien los administra, y en qué se invierten, por ello crea la figura de las Administradoras de Fondos de Ahorro para el Retiro, que podrá ser elegida libremente por el trabajador y dicha entidad financiera será vigilada por la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro para evitar abusos hacia el trabajador; cuestión que ha sido duramente criticada pues se considera que el gobierno privatiza el ahorro que realizan los trabajadores para su retiro y lo convierte en un negocio para los dueños de la Afores, privilegiando la rentabilidad bancaria.

Para evitar que las aportaciones del Gobierno, Patronos y Trabajadores sean mal invertidas, se crearon las Administradoras de fondos para el retiro (AFORES), con un esquema que sea equitativo y benéfico para el trabajador, logrando que cada trabajador al momento de jubilarse tenga un monto distinto, que dependerá del salario que percibió, el tiempo que laboró, si realizó aportaciones voluntarias y la AFORE que eligió, ya que cada una ofrece rendimientos y cobro de comisiones distintas.

El objetivo de la creación de las cuentas individuales que son administradas por las Afores, es fortalecer la economía en su conjunto y canalizar los recursos hacia una inversión productiva, ya que supone que el ahorro de cada trabajador puede ser utilizado en beneficio de toda la nación, aun cuando otros consideran que los verdaderos beneficiados son los banqueros y no como se dice que lo es el trabajador; siendo posible que al invertir los ahorros de los trabajadores en los títulos, estos pueden perder su valor, inclusive más allá del valor por el que fueron adquiridos, provocando una pérdida en los ahorros de los trabajadores.

El problema con el que se enfrenta este sistema creado es que la mayor parte de los trabajadores obtienen un bajo salario, carecen de cultura financiera y se cuenta con muy poca información de cómo funciona una AFORE y que beneficios les podría dar realizar aportaciones voluntarias, por ello este sistema de ahorro cuenta con un capital limitado, recibiendo únicamente las aportaciones establecidas en la ley que las regula.

Las Administradoras de fondos para el retiro cuentan con una legislación aparentemente reciente, ya que la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro se encuentra vigente desde el día Veinticuatro de Mayo de Mil Novecientos Noventa y seis, y de acuerdo a la exposición de motivos su propósito era: “proporcionar a la ciudadanía un sistema de pensiones, eficiente y financieramente sustentable, que garantice de manera transparente y justa el otorgamiento de una pensión para los trabajadores al momento de su retiro, en los casos de incapacidad o en caso de muerte”¹

La realidad es muy diferente a lo que se pretendía implementando la referida legislación, pues un gran número de trabajadores al concluir con su vida laboral, sólo tienen acceso a los pocos ahorros que se generaron de las aportaciones tripartitas obligatorias, dejando a un lado el ideal de que el trabajador gozara de una pensión más gratificante al momento de jubilarse, a pesar de que cada trabajador es responsable de elegir su AFORE, elección que en la medida de lo posible debe atender a los intereses que se pueden obtener, las comisiones que se van a cobrar, el salario que se percibe, los años laborados y el riesgo que puede existir en invertir en una u otra Afore, por ello a lo largo del presente trabajo se realizará un estudio de las disposiciones que le son aplicable y el modo en que operan las AFORES.

FUNDAMENTO JURÍDICO.

Las administradoras de Fondos de ahorro para el retiro encuentran su fundamento en la Ley del Seguro Social, que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día Veintiuno de diciembre de Mil Novecientos Noventa y cinco y que se encuentra vigente desde el día Primero de Julio de Mil Novecientos Noventa y Siete, en su artículo 175, que a la letra dice: “La individualización y administración de los recursos de las cuentas individuales para el retiro estará a cargo de las Administradoras de Fondos para el Retiro.”

¹ ZEDILLO Ponce de León. Ernesto. Exposición de Motivos de la Ley del Sistema de Ahorro para el Retiro. 1996

Definición Legal

Se definen legalmente como “Entidades financieras que se dedican de manera habitual y profesional a administrar las cuentas individuales y canalizar los recursos de las subcuentas que las integran en términos de la presente ley, así como a administrar sociedades de inversión.”², que fue reformado el día Diez de Diciembre de Dos Mil Dos, ya que en un principio las AFORES tenían la limitante de dedicarse EXCLUSIVAMENTE a administrar las cuentas y canalizar los recursos, impidiendo de esta forma que realizaran una función diversa a la de administrar y canalizar recursos de los trabajadores.

En términos más sencillos las Afores, son instituciones, integrantes del sistema financiero, dedicadas a intervenir en el manejo de los ahorros de los trabajadores a cambio de una comisión o pago, contribuyendo a satisfacer las necesidades de financiamiento del gobierno y las empresas, estas entidades financieras se crean ex profeso y exclusivamente para administrar los fondos de retiro, cesantía y vejez, fondos que no quedarán inmóviles en las cuentas sino que serán destinados a operaciones de inversión, por conducto de sociedades de inversión especializadas (SIEFORES), que de igual forma se dedican de manera única a operar con recursos del Sistema de Ahorro para el Retiro.

Llegado el momento en que un trabajador o sus beneficiarios llenen los requisitos para una pensión o para hacer un retiro parcial de sus fondos por desempleo, o simplemente para retirar la totalidad de sus fondos, la Afore entregará al trabajador su dinero o bien contratará los seguros procedentes ante la institución de seguros seleccionada previamente por el trabajador, es decir, canalizará los recursos de las subcuentas en los términos de las leyes de seguridad social que le son aplicables.

Por lo tanto las Afores actuarán como sociedad operadora de las Siefores, éstas a su vez no serán otra cosa que sociedades de inversión con sus propias características, derivadas de una diferencia esencial con las otras sociedades de inversión: no invertirán ahorros voluntarios sino forzados de la masa de

² Artículo 18, Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 23 de Mayo de 1996.

trabajadores, quienes por lo tanto no podrán retirar sus fondos en cualquier momento (liquidez por recompra de las acciones de la sociedad de inversión especializada, Siefore), sino sólo podrá realizar retiros en los tiempos y condiciones que fijan las leyes de seguridad social.

NORMATIVIDAD APLICABLE

- 1.- Ley del Seguro Social.
- 2.- Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado
- 3.- Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.
- 4.- Reglamento de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.
- 5.- Acuerdos, reglas generales, circulares y demás disposiciones emitidas por la CONSAR, de acuerdo con el artículo transitorio quinto de la Ley de Sistemas de Ahorro para el retiro que dispone: “Los acuerdos, reglas generales, circulares, acuerdos delegatorios y demás disposiciones y actos administrativos, tanto de carácter general como particular, expedidos por la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, continuarán en vigor en lo que no se opongan a la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.”

OBJETIVOS DE LAS AFORES.

Los objetivos de las administradoras de fondos para el retiro se encuentran plasmados en el artículo 18 de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro y en resumen son: recibir de las instituciones de seguridad social, las cuotas y aportaciones; recibir aportaciones voluntarias (no obligatorias legalmente) de trabajadores o patrones, individualizar tales cuotas y aportaciones y sus rendimientos; enviar a domicilio que indique el trabajador el estado anual de la cuenta (AFORE) e inversión (SIEFORE), y demás información sobre cuentas individuales, por lo menos tres veces al año de forma cuatrimestral, debiendo establecer servicios de información, vía Internet, y atención al público personalizado; operar y pagar retiros programados y pagos parciales, bajo las modalidades que la CONSAR autorice; contratar por cuenta y orden del trabajador y beneficiarios los seguros de rentas vitalicias (pensión para el asegurado) o del seguro de sobrevivencia (pensiones para familiares del asegurado) ante las

instituciones de seguros que el trabajador o sus beneficiarios hayan elegido, sin que exista la posibilidad del cobro de alguna comisión por este motivo.

Las AFORES llevarán bajo su más estricta responsabilidad la administración de todos los fondos de pensiones y de retiro que el sistema acumule, y serán directamente las AFORES quienes deberán por ley administrar las aportaciones tripartitas de la rama del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, del régimen obligatorio del seguro social básico.

En relación con las SIEFORES

Sus objetivos en relación con las Siefores, son: prestar servicios de administración a las sociedades de inversión; prestar servicios de distribución y recompra de acciones representativas del capital de las sociedades de inversión que administren, es decir, **distribución**, promoción y venta, exclusiva y primaria, de las acciones de las sociedades de inversión que ésta emita, cobrando la Afore una comisión por dicha actividad; por lo que se refiere a **recompra**, es la facultad de la Afore de comprar por su cuenta acciones emitidas por la Sociedad de inversión (Siefore), con la finalidad de que el mercado se mantenga estable sobre esas acciones, en interés de la Afore y la Siefore.

Es indudable la obligación del patrón de realizar las aportaciones correspondientes respecto de cada trabajador, pero qué sucede con las personas que laboran a través de la prestación de servicios profesionales, de acuerdo con la dispuesto en la fracción XIV del artículo 3º de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, debe entenderse por vínculo Laboral, la prestación de servicios subordinados de conformidad con lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo o la prestación de servicios profesionales, esta interpretación legal da lugar a dos situaciones; hablar de cotización obligatoria puede prestarse a una peligrosa interpretación, que lo patrones están obligados a cotizar tanto por los que laboran en forma subordinada como por lo que lo hacen por prestación de servicios profesionales, legalmente el patrón debe afiliar únicamente a las personas con las que tenga una relación laboral, concepto que debe ser interpretado conforme a la Ley Federal de Trabajo, por ser esta la legislación especial de la materia.

Otra interpretación de la fracción XIV del artículo 3º de la LSAR podría ser en el sentido de que los patrones respecto a los prestadores de servicios por honorarios, podrán aportar voluntariamente, por lo que en todo caso, se requerirá de una normativa especial, ya que en la legislación vigente sólo pueden ser incorporados los trabajadores.

Como sabemos los recursos del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, cuotas obrero patronales y aportación estatal, serán enterados por la cuenta concentradora de las instituciones de Seguridad Social a las entidades que se encargarán de su administración, las llamadas afores.

Todo trabajador tiene derecho a que se le haga la apertura de una cuenta individual en la Administradora de Fondos para el Retiro que el mismo elija, sin presión alguna, asignándole por tal motivo una clave de identificación, las administradoras tienen la obligación de abrir la cuenta individual o a aceptar el traspaso de dicha cuenta, respecto de los trabajadores que cumplan las disposiciones aplicables para cada caso, en ningún caso podrán hacer discriminación de trabajadores; las cuentas individuales de los trabajadores afiliados se integrarán por las siguientes subcuentas:

- I. Retiro, cesantía en edad avanzada y vejez;
- II. Vivienda;
- III. Aportaciones Voluntarias, y
- IV. Aportaciones Complementarias de Retiro.

Los trabajadores afiliados podrán solicitar a su administradora que se traspasen sus cuentas individuales que se hayan abierto conforme al régimen previsto en la Ley del Seguro Social de 1973, respecto de las aportaciones complementarias de retiro sólo podrán retirarse cuando el trabajador afiliado tenga derecho a disponer de las aportaciones obligatorias, ya sea para complementar, cuando así lo solicite el trabajador, los recursos destinados al pago de su pensión, o bien para recibirlas en una sola exhibición.

El que un trabajador elija una administradora para su la administración de sus fondos no implica que deba permanecer con ella durante toda su vida laboral, por el contrario el trabajador cuenta con el derecho de realizar el traspaso de su

cuenta individual de una administradora a otra, pero dicho traspaso se realizara una vez transcurrido un año, que se contará a partir de que el trabajador se registró o de la última ocasión en que haya ejercitado su derecho al traspaso; existe la posibilidad de que el traspaso se realice antes de un año, siempre que se haga a una administradora cuya Siefore haya registrado un rendimiento mayor neto en el período de cálculo inmediato anterior; determinado la Junta de Gobierno cuál es el mínimo de diferencia que debe existir entre los rendimiento netos de una administradora y otra, al hacer uso de este derecho el trabajador se hace acreedor a una obligación que consiste en permanecer al menos doce meses en la última administradora elegida.

El plazo anteriormente señalado podrá ser reducido por la Junta de Gobierno de la Comisión, tomando en consideración las circunstancias del mercado, la competencia entre administradoras y otros factores que permitan propiciar las mejores condiciones de competitividad en beneficio de los trabajadores, considerando que en caso contrario se estarían afectando los interés de los trabajadores y que iría en contra de las finalidades que se perseguían al crear a las Afores.

Otro supuesto para que el trabajador pueda realizar el traspaso de su cuenta individual a otra administradora se presenta en el momento en que se modifique el régimen de inversión o de comisiones, o la administradora entre en estado de disolución, o se fusione con otra administradora; si es por la fusión entre administradoras, el derecho de traspaso sólo corresponderá a los trabajadores afiliados que se encuentren registrados en la administradora fusionada. Además de los estados de cuenta que las administradoras están obligadas a enviarles periódicamente, los trabajadores, en cualquier momento, pueden solicitar en las oficinas de su administradora estados de cuenta adicionales; siendo las administradoras las responsables de efectuar los trámites para el traspaso de cuentas individuales, siempre que el trabajador haya realizado la correspondiente solicitud de traspaso y que previamente la administradora se haya cerciorado, irrefutablemente, de que el trabajador fue quien solicitó el traspaso.

Por lo que respecta a los trabajadores no afiliados podrán abrir una cuenta individual en la administradora de su elección con el fin de ahorrar para pensionarse, estas cuentas individuales se integrarán por una subcuenta en que se depositen los recursos destinados a su pensión, una subcuenta de aportaciones voluntarias, y las demás subcuentas que establezca la Comisión mediante disposiciones de carácter general. La administradora que el trabajador elija deberá realizar la apertura de la cuenta individual, la recepción, depósito, administración, traspaso y retiro de sus recursos, así como la emisión de estados de cuenta y los demás aspectos relacionados con ella, en los términos del reglamento de la LSAR y en general de las disposiciones que para tal efecto emita la Comisión.

De igual forma, estos trabajadores tienen derecho a traspasar su cuenta individual de una administradora a otra una vez transcurrido un año calendario contado a partir de su registro o de la última ocasión en que se haya ejercitado este derecho, siendo aplicable al caso lo que se dispone respecto del cambio en el régimen de inversión, rendimientos netos, fusión o disolución.

Las administradoras en este tipo de cuentas individuales, es decir de los trabajadores que no se encuentren afiliados, tiene la obligación de señalar las condiciones bajo las cuales podrán hacerse retiros parciales o totales de la subcuenta en que se depositen los recursos destinados a su pensión y sus montos máximos, sin que exista la posibilidad de que en el contrato respectivo se niegue al trabajador el derecho de la libre disposición de sus fondos, bien sea que los reciba en una sola exhibición o con la finalidad de contratar algún mecanismo de pago, autorizado por la Comisión, al momento de contar con 60 años de edad.

AFORES QUE SE ENCUENTRAN OPERANDO.

1. Afirme Bajío
2. Azteca
3. Banamex
4. Bancomer
5. Banorte Generali
6. Coppel

7. HSBC
8. Inbursa
9. ING
10. Invercap
11. Metlife
12. PensionISSSTE
13. Principal
14. Profuturo GNP
15. XXI
16. Amafore

OBJETIVO DE LAS SIEFORES.

Las SIEFORE son también personas jurídicas constituidas de manera independiente y en análogos términos que cualquier sociedad mercantil. Las Siefos serán siempre administradas y operadas por las Afores, pues como su nombre lo indica, dichas sociedades tienen por objeto exclusivo invertir los recursos providentes de las cuentas individuales de los asegurados de las instituciones de seguridad social. Para organizarse y operar como una SIEFORE también se requiere autorización expresa de la CONSAR, misma que será otorgada discrecionalmente por esta comisión, oyendo en forma previa la opinión de la SHCP.

El mismo se encuentra establecido claramente en el artículo 39 de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el retiro y consiste en invertir los recursos de los trabajadores provenientes de las cuentas individuales que reciban en los términos de las leyes de seguridad social e invertir los recursos de las administradoras de fondos de ahorro en instrumentos financieros, evitando el mayor riesgo posible y lograr la inversión más segura para obtener un mejor rendimiento, todo en beneficio del trabajador; además, las sociedades de inversión podrán invertir las aportaciones destinadas a fondos de previsión social, las aportaciones voluntarias y complementarias de retiro que reciban de los trabajadores y patrones, así como los demás recursos que pueden ser depositados en las cuentas individuales.

Las inversiones realizadas deben incrementar el ahorro interno y el desarrollo de un mercado de instrumentos de largo plazo acorde con el sistema de pensiones, por lo que preponderantemente deben canalizarse las inversiones que fomenten la actividad productiva nacional; la mayor generación de empleo; la construcción de vivienda; el desarrollo de infraestructura estratégica del país, y el desarrollo regional. Las Afores serán las únicas encargadas de individualizar y administrar los recursos de las cuentas individuales para el retiro, por lo que las instituciones de crédito operadoras de cuentas del SAR deben abstenerse de abrir cuentas individuales.

Por disposición legal, las SIEFORES no pueden ser sancionadas por los actos u omisiones que realicen, debido a que se dispone que serán las AFORES quienes respondan directamente de aquellos, dado que la responsabilidad de las administradoras es directa, implicando esta característica que a pesar de que la conducta no sea propia, sino ajena a la AFORE debe responder, esto apoyado en que las sociedades de inversión son operadas por las administradoras de fondos y que la dirección de las SIEFORES queda a cargo de los mismos integrantes del consejo de administración de la AFORE, tal como lo establecen los criterios de los Tribunales Federales al respecto en la Tesis **“SIEFORES. NO SON SUSCEPTIBLES DE SER SANCIONADAS, EN VIRTUD DE QUE EL ARTÍCULO 35 DE LA LEY DE LOS SISTEMAS DE AHORRO PARA EL RETIRO ESTABLECE QUE SERÁN LAS AFORES QUIENES RESPONDAN DIRECTAMENTE DE TODOS LOS ACTOS, OMISIONES U OPERACIONES QUE REALICEN AQUÉLLAS.”**

RENTABILIDAD Y SEGURIDAD.

En la iniciativa, y en la ley correspondiente, se plasmó que las Afores y las Siefiores buscarán la rentabilidad y la seguridad, debido al orden en que se mencionan será prioritaria la rentabilidad sobre la seguridad, ello es lógico en atención a que los fondos del SAR son el futuro de vida, por lo menos de supervivencia para los trabajadores del pueblo de México, pero sería más conveniente que la seguridad prevalezca sobre la rentabilidad.

Las Afores y Siefores deberán siempre guiarse por los intereses de los trabajadores, por lo que en caso de duda deberá resolverse lo que más convenga al interés del trabajador, guiándose por este principio deberán de evitar en todo momento el “conflicto de intereses”.

Siendo los conflictos de interés aquellas situaciones en las que la Afore o Siefore, a través de sus funcionarios o empleados, se encuentran en el supuesto de sacrificar los intereses de los trabajadores para cuyo beneficio siempre deben actuar y preferir los propios o de alguna otra persona con la que tengan nexos, sin importar la naturaleza de los mismos. Pudiendo presentarse, en lo que se refiere al manejo de fondos de las pensiones, en las relaciones que las Afores y Siefores tienen con los grupos y entidades financieros con los que existen vínculos patrimoniales o con alguna otra entidad del sistema financiero mexicano.

REQUISITOS PARA CONSTITUIR UNA AFORE.

De acuerdo con la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro en su artículo 19, para constituir una Administradora de Fondos para el Retiro se requiere autorización de la Comisión que será otorgada discrecionalmente, oyendo previamente la opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y satisfacer los siguientes requisitos:

I. Presentar la solicitud respectiva, así como el proyecto de estatutos sociales;

II. Presentar un programa general de operación y funcionamiento, de divulgación de la información y de reinversión de utilidades, que cumpla con los requisitos mínimos que determine la Comisión;

III. Los accionistas que detenten el control de la Administradora, deberán presentar un estado de su situación patrimonial que abarque un periodo de cinco años anteriores a su presentación, en los términos que señale la Comisión; y

IV. Las escrituras constitutivas de las sociedades de que se trata, así como sus reformas, deberán ser aprobadas por la Comisión. Una vez aprobadas la escritura o sus reformas deberán inscribirse en el Registro Público de Comercio. En todo caso, deberán proporcionar a la Comisión copia certificada de las actas de

asamblea y, cuando proceda, testimonio notarial en el que conste la protocolización de las mismas.

Un punto criticable en este rubro es la facultad discrecional de la CONSAR, que consiste en que la autoridad, apreciando con libertad la situación que prevalezca en el mercado, la que tengan los participantes en el SAR y los solicitantes; tomando en cuenta el orden público y el interés social, y que los candidatos presente propuestas económica y jurídicamente viables, decidirá si se otorga o no la autorización para constituir la Afore, o la Siefore en su caso. Considerando algunos autores que era preferible conservar con el sentido de la iniciativa, que establecía para constituirse como Afore o Siefore la autorización como un acto reglado, es decir, que una vez cubiertos todos y cada uno de los requisitos por parte del solicitante la autoridad debía dar simplemente la autorización, esto porque, es preferible quitarle poder a la comisión, y en general a las autoridades financiera, de decidir, sin motivo razonado, quien puede y quien no puede constituirse como Afore o Siefore.

El legislador le concede a las propias Afores un papel activo en la protección de la viabilidad del sistema así como de los intereses de los trabajadores mediante mecanismos de regulación prudencial, que es un conjunto de normas para que las Afores actúen adecuadamente en todo momento, previendo y previniendo conflictos de interés y otros factores de desequilibrio del sistema, esto mediante el establecimiento de límites a los participantes, pero sin obstaculizar su funcionamiento y que pueden consistir en auditoría legal externa, dictamen de estados financieros, consejeros independientes, contralor normativo, reglamentación interna, monto de comisiones, entre otros.

Prohibiciones de las AFORES

Las Afores tiene prohibiciones expresas, entre las que se encuentran que no puedan emitir obligaciones, gravar su patrimonio, otorgar garantías o avales, adquirir acciones de otras de AFORE, a menos que exista autorización expresa de la CONSAR, obtener préstamos o créditos, adquirir el control de empresas, entre otras especificadas en la ley que las regula. Con base en el artículo 5º fracción I de la LSAR, la CONSAR tiene la facultad de regular, mediante la expedición de

disposiciones de carácter general, todo lo relativo a la cuestión operativa de los Sistemas de Ahorro para el retiro.

En uso de las atribuciones la CONSAR ha expedido diferentes circulares, que ha publicado en el Diario Oficial de la Federación, mediante las cuales establece las reglas generales para llevar a cabo la función normativo-controladora que le es propia; un ejemplo de ello es la circular CONSAR 01-1, mediante la cual se establece el procedimiento a seguir para obtener autorización de la Consar en la constitución y operación legal de una AFORE y una SIEFORE, estableciendo los requisitos que han de cubrir durante su constitución, integración, nombramiento de contralores normativos y concejeros independientes.

Autorización de Nuevas AFORES

El proceso de autorización de las nuevas AFORE consta de dos etapas básicas, siendo la primera de ella la aprobación para constituirse; y la segunda etapa la de la autorización para organizarse y operar; descrito de este modo suena muy sencillo crear una AFORE y ponerla en el mercado, pero ello no es así pues es un proceso que pudiera tardar muchos meses en consolidarse, y una vez superado este proceso sigue un paso mucho más complicado es el mantenerse vigente en el mercado que día a día es más competitivo, sin dar motivo para que se le saque del referido mercado de administración de fondos pensionarios.

Otra regla importante que deben cumplir las AFORES, es que deben contar permanentemente con un capital fijo totalmente pagado, sin que sobre el mismo tengan derecho a retiro, siendo el capital fijo determinado por la CONSAR a través de disposición de carácter general que para tal efecto dicte, y en ningún caso debe ser inferior; si por alguna razón disminuyera su capital por debajo del mínimo exigido, la AFORE queda obligada a reconstruirlo dentro del plazo que determine la CONSAR, mismo que no podrá exceder de 45 días naturales.

En la LSAR, se establecen mecanismos para que el sistema funcione adecuadamente en los aspectos de eficiencia, competencia, balance y equilibrio; regula las inversiones que realicen las Afores, estando obligadas a conservar una reserva especial que determinara la CONSAR, misma que será invertida en acciones de la SIEFORE que administren.

Las AFORE están obligadas a responder directamente de todos los actos, omisiones y operaciones que realicen las SIEFORE que operen, derivado de su participación en el Sistema de Ahorro para el Retiro; además responderán, directamente, por los actos realizados tanto por sus concejeros, directivos de las Siefores que administren, respecto de sus funciones relativas al Sistemas de Ahorro para el Retiro, ello sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que puedan incurrir con su conducta las personas físicas que ostentan dichos cargos.

Asi mismo, las AFORES, están obligadas a efectuar todas las gestiones necesarias para cumplir con sus objetivos, destacando el obtener rentabilidad y seguridad en las inversiones que realicen las SIEFORE que administren; dando cabal cumplimiento a las funciones que tienen, sin perder de vista que deben atender exclusivamente al interés de los ahorradores, asegurando, en la medida de lo posible, que todas las operaciones que efectúen al invertir los recursos sean con estos objetivos.

DIFERENCIAS DE LAS AFORES

Los miembros del consejo de administración, director general y el contralor normativo, serán autorizador por la Consar siempre que tengan acreditada solvencia moral, capacidad técnica y administrativa. El contralor normativo es un funcionario hasta ahora no conocido en las sociedades anónimas y, concretamente en las sociedades operadoras de las sociedades de inversión, que será responsable de vigilar que los funcionarios y empleados de la Afore se apeguen a las normas legales tanto externas como internas (las que constituyen el marco normativo que se ha dado la propia persona moral).

La Afore, para poder ser autorizada como tal debe cumplir con los niveles de capitalización; el cumplir con estos niveles de solvencia será requisito indispensable para recibir la autorización de la Consar, se conceptuará que carecen de este requisito los intermediarios financieros interesados en constituir una Afore, que no hayan cubierto los apoyos financieros que le haya facilitado el fondo bancario de protección al ahorro o el fondo de apoyo al mercado de valores.

“El Fondo Bancario de protección al ahorro es una entidad administrada por el Banco de México, cuya finalidad es la realización de operaciones preventivas tendientes a evitar problemas financieros que pudieren representar las instituciones de banca múltiple; y el fondo de apoyo al mercado de valores, es también una entidad administrada por el Banco de México, que tendrá la finalidad de preservar la estabilidad financiera de las casas de bolsa y demás especialistas bursátiles, así como procurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por su clientela. En suma, ambos fondos apoyan económicamente a las entidades financieras que tengan problemas económicos, a efecto de mantener en equilibrio el mercado financiero y respaldar a la clientela de tales entidades.”³

Si los intermediarios financieros no realizan el pago puntual de los recursos que han recibido, en concepto de apoyo de tales fondos, para efectos de la vigente Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro se les debe de tener como no cubierto el requisito de nivel de capitalización necesario, imposibilitando con ello el acceso a una autorización por parte de la Consar para constituir una Afore. La razón es obvia, y consiste en asegurar, desde que se ha constituido una Administradora de Fondos para el retiro, el que la misma sea manejada por una entidad que asegure su solvencia y que este en la posibilidad de servir y no de servirse de los fondos que reciban, pues de ser el caso se estaría perdiendo uno de los objetivos fundamentales por el que fueron creadas, aun y cuando este aspecto es insuficiente para lograr la tarea de servicio, pero debe asegurarse el mismo.

RÉGIMEN DE PROPIEDAD DE LAS AFORES.

Por disposición legal el capital social de las Afores se constituye por acciones de la serie “A”, mismo que debe representar cuando menos el 51% del capital social total, el restante capital social, es decir el 49% puede integrarse indistinta o conjuntamente con serie del tipo “A” y “B”.

Las acciones de la serie “A” únicamente podrán adquirirse por personas físicas mexicanas y por personas morales mexicanas, siempre que el capital de

³ Amezcua Ornelas, Norahenid, *Las Afores paso a paso*, México, Sistemas de Información Contable y Administrativa Computarizados S. A. de C. V., 1997, p. 34

estas últimas sea, mayoritariamente, propiedad de mexicanos y efectivamente se encuentren controlados, teniendo la limitante de que una persona física o moral, sin la autorización correspondiente, no puede adquirir acciones que representen el 5% o más del capital social de una administradora. En caso de que la adquisición de acciones sea menor al 5% de su capital social, la administradora de que se trate deberá dar aviso a la Comisión con diez días hábiles de anticipación a que surta efectos el acto y proporcionarle la información que ésta determine.

Asimismo, una vez efectuada la operación deberá hacerlo del conocimiento de la Comisión. Por lo que hace a las acciones de la serie "B" son de libre suscripción. No teniendo la posibilidad de que las personas morales extranjeras que ejercen funciones de autoridad participen de cualquier forma en el capital social de las administradoras.

En el último párrafo del artículo 21 de la LSAR se establece que: "La participación, directa o indirecta, de las instituciones financieras del exterior en el capital social de las administradoras, será de conformidad con lo establecido en los tratados y acuerdos internacionales aplicables y en las disposiciones que emita la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para proveer a la observancia de los mismos."

La autorización por parte de la Consar, respecto de la adquisición del 5% o más del capital social de la administradora, en cualquier tipo acción, bien de la serie "A" o de la serie "B", y la fusión de las administradoras, se dará siempre que estas operaciones no impliquen un conflicto de interés.

Respecto del capital extranjero, se harán las siguientes consideraciones: debe establecerse que el titular de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, utilizando las atribuciones conferidas el último párrafo del artículo 21 de la LSAR, dicto con fecha 2 octubre de 1996, las reglas para la constitución de la AFORE filial, tendiendo a fortalecer el sistema mediante la participación de instituciones financieras extranjeras, regulando así su intervención en forma tal que siempre este contralada de manera efectiva. Las mencionadas reglas para la constitución de AFORE filiales fueron creadas con el ánimo de traer recursos extranjeros para ser invertidos en México.

Además de la adquisición de acciones serie “B” de las afores nacionales, es posible el establecimiento de Afores y Siefores que se encuentren totalmente controladas por extranjeros, mismas que recibirán la denominación de Afore y Siefores filiales. “Afore filial, es aquella en cuyo capital social participe una institución financiera del exterior o sucursal de institución financiera. Siefore filial, es aquella en cuyo capital participe una Afore filial, es decir, es una Siefore respecto de la cual participa como sociedad operadora una Afore filial.

Una institución financiera del exterior, es la entidad financiera constituida en un país con el que México haya celebrado un tratado o acuerdo internacional en virtud del cual se permita el establecimiento en territorio nacional de filiales. Una institución financiera filial, es la sociedad mexicana autorizada para constituirse y operar como sociedad controladora filial, institución de crédito filial, institución de seguros filial o casa de bolsa filial.”⁴

Para decirlo de manera sencilla las Afores y Siefores filiales serán propiedad en su totalidad de capital extranjero, mediante participación en su capital (directamente en afores, indirectamente en Siefores); de instituciones financieras extranjeras que aquí vendrán a constituir sus Afores y Siefores, o que se valdrán de las filiales o sus establecimientos que ya funcionen en México para constituirse. La autorización para una Afore y Siefore filial la otorga la Consar, oyendo a la SHCP y cómo requisito la institución financiera del exterior deberá realizar en el país de origen el mismo tipo de operaciones que realizará la Afore.

COMISIONES

El Reglamento de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, establece cuando podrán las Afores cobrar comisiones por cuota fija al trabajador, siendo por la prestación de los siguientes servicios: expedición de estados de cuenta adicionales a los previstos en la ley; reposición de documentos de la cuenta individual; gestión de trámites ante autoridades o instancias distintas a los institutos de seguridad social, exclusivamente relacionados con su cuenta individual, siempre que lo solicite o lo autorice el trabajador de que se trate o sus beneficiarios; y por el depósito de recursos en las subcuentas de aportaciones

⁴ *Ibidem*, p. 40

voluntarias o complementarias de retiro, cuando los depósitos no se efectúen a través del proceso de recaudación de cuotas o aportaciones.

Respecto de este tema los Tribunales Federales señalan que al establecer la comisiones las AFORES no violan el principio de poder público dimanado del pueblo soberano, ya que en todo este proceso intervienen los tres poderes, legislativo (al expedir la reglamentación), ejecutivo (al ser aplicada a las personas que va dirigida) y judicial (al poder acudir a los medios de defensa con que cuentan las partes); encontrando este criterio en la tesis: **“SISTEMAS DE AHORRO PARA EL RETIRO. EL ARTÍCULO 37 DE LA LEY RELATIVA QUE PREVÉ EL PROCEDIMIENTO AL QUE DEBEN AJUSTARSE LAS AFORES PARA DETERMINAR LAS COMISIONES QUE PODRÁN COBRAR, NO VIOLA EL ARTÍCULO 39 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 22 DE ENERO DE 2009).”**

Existiendo Afores que no cobran por ninguno de estos servicios denominados “adicionales” logrando con ello volverse más atractivas para el trabajador; en el entendido que no sólo las comisiones es lo que el trabajador debe considerar para elegir su administradora, no debe pasar por alto los rendimientos y sobre todo el comportamiento de atención al usuario; ya que estos tres aspectos son los fundamentales al momento de elegir una Afore y en un futuro para considerar la permanencia o traspaso; siendo discutible el tema de las comisiones, pues las mismas son cobradas por la administradora a pesar de hacer malas inversiones.

La Consar es la facultada para establecer las comisiones que las administradoras cobraran a sus cuentahabientes, ello lo realizará a través de la expedición de reglas de carácter general, teniendo la limitante las administradores de cobrar cuotas fijas por los servicios que se señalen en el reglamento de la LSAR, y en ningún caso por la administración de las cuentas. Las administradoras deberán presentar a la Junta de Gobierno de la Comisión sus comisiones para autorización cada año dentro de los primeros diez días hábiles del mes de noviembre, para ser aplicadas en el año calendario siguiente, sin perjuicio de poder solicitar una nueva autorización de comisiones en cualquier otro momento.

Las administradoras, en su solicitud, podrán incluir documentos o estudios sobre el estado de los sistemas de ahorro para el retiro que consideren relevantes para la consideración de la Junta de Gobierno.

Corresponde a la Junta de Gobierno la revisión periódica de las comisiones que se deben cobrar, sin que dicha revisión implique que se viola la garantía de seguridad jurídica, ya que dicha atribución tiene sustento en que las comisiones sean revisadas de forma adecuada para evitar cobros indebidos a los trabajadores, dándole la posibilidad de realizar las observaciones que estime pertinente, principio que debe considerarse como medida y no como restricción y que está recogido en la Tesis **“SISTEMAS DE AHORRO PARA EL RETIRO. EL ARTÍCULO 37-B DE LA LEY RELATIVA, AL ESTABLECER QUE LA JUNTA DE GOBIERNO DE LA CONSAR EVALUARÁ PERIÓDICAMENTE LAS COMISIONES DE LAS AFORE, NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 22 DE ENERO DE 2009).”**

Con la finalidad de proteger los intereses de los trabajadores, las administradoras, tiene la obligación de entregar en el domicilio que previamente el trabajador designó para ser notificado un comunicado cuando incrementen sus comisiones, dicha notificación debe realizarse por lo menos con treinta días de anticipación a la entrada en vigor del incremento, con el objeto de que el trabajador pueda solicitar, de considerarlo pertinente, el traspaso de su cuenta a otra administradora, de no realizarse la notificación a que está obligada la administradora la consecuencia será que las comisiones que se pretendían cobrar serán nulas, independientemente de alguna otra sanción a la que pudieran volverse acreedores.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El actual sistema de ahorro se basa en la capitalización individual, lo que es benéfico para el trabajador, en atención a que al finalizar su vida laboral obtendrá los recursos generados por él de manera individualizada, sin que dependa de alguien más el monto que el trabajador recibe, en este sistema se verá reflejado el buen o mal desempeño, en lo que a ahorro se refiere, del trabajador durante su vida laboral toda vez que el sistema implementado es equitativo, gozando el trabajador de la seguridad de que si por alguna razón deja de laborar, por un tiempo, no perderá los derechos que tiene sobre sus aportaciones anteriores.

SEGUNDA.- Otro punto a favor del actual sistema es que el trabajador puede conocer en cualquier momento, cumpliendo en su caso con los trámites administrativos correspondientes, el estado de su cuenta individual, ya que puede saber con exactitud cuál es el monto de sus recursos, quién los está administrando y en qué están siendo invertidos, dando un rol más activo al trabajador, pues al conocer todos estos detalles de su cuenta tiene la posibilidad de elegir si continua con una u otra administradora, siendo el único responsable al momento de elegir quien administra sus aportaciones.

TERCERA.- Si algo es criticable en el sistema de ahorro para el retiro que actualmente se utiliza, es que todos los beneficios que se establecieron con su implementación para el trabajador pudieron lograrse a través del Instituto Mexicano del Seguro Social o del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, ya que se contaba con los mecanismos necesarios para tal fin, sin la necesidad de crear un sistema completamente nuevo que excluyera al IMSS y al ISSSTE, y lo que es más grave aún, es que las ganancias se fueron a manos de unos cuantos banqueros, cuando pudieron seguirse utilizando en beneficio de la seguridad social.

CUARTA.- Es cuestionable que las Afores cobren comisiones por las operaciones y servicios que prestan al trabajador, a pesar de que estas estén

reguladas por la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, pues en el momento de invertir los fondos de los trabajadores existe la posibilidad de pérdidas, de igual manera es criticable la posibilidad de la introducción del capital extranjero en el manejo de los fondos, pues en dando caso de existir ganancias las mismas no se quedarán para beneficio del país y en consecuencia no se hará un cambio en la seguridad social, afectando a los trabajadores.

QUINTA.- Es, en cierto punto, loable que en este sistema el trabajador tenga la potestad de cambiar de Afore, pues nadie más que él mismo conoce mejor lo que le conviene, basando su decisión en aquello que le traerá beneficios, aunque debe analizarse si esa potestad no está diseñada con una doble intención, es decir, en dado caso que el trabajador tenga pérdidas, quién será el responsable, lo primero que se me ocurre es que lo será el trabajador pues nadie más que él eligió sus Afore y en todo momento tuvo el derecho de cambiarla, conociendo los riesgos desde el momento en que la eligió; lo cierto es que se debe fomentar en mayor medida una cultura del ahorro, que es muy difícil con los sueldos que se perciben.

BIBLIOGRAFÍA

1.- Amezcua Ornelas, Norahenid, *Guía práctica de las Afores y el nuevo SAR*, México, Sistemas de Información Contable y Administrativa Computarizados S. A. de C. V., 1997.

2.- ----, *Las Afores paso a paso*, México, Sistemas de Información Contable y Administrativa Computarizados S. A. de C. V., 1997.

3.- Ruíz Moreno, Ángel Guillermo, *Las AFORE, el sistema de ahorro y pensiones mexicano*, México, Porrúa, 2009.

LEGISLACIÓN

1.- Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.

2.- Ley del Seguro Social.

3.- Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

4.- Reglamento de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO



ENSAYO:
EL ESTADO, SUS FINES Y JUSTIFICACIÓN.

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA

MARTÍNEZ CRUZ MARIO ALBERTO

ASESOR:
LIC. HÉCTOR BENITO MORALES MENDOZA.

CIUDAD UNIVERSITARIA, MÉXICO DISTRITO FEDERAL A 12 DE SEPTIEMBRE DE 2011.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN	3
DEFINICIONES PREVIAS AL ESTADO.	5
LOS ELEMENTOS ANTERIORES AL ESTADO	7
El elemento humano.	8
Nacionalidad	12
Población como parte del elemento humano.	16
Elemento territorial.	16
Elemento formal del Estado: Autoridad.	21
FINES DEL ESTADO.	23
Función social del Estado.	27
Personalismo y transpersonalismo.	29
Problemas de los fines del Estado.	30
JUSTIFICACIÓN DEL ESTADO.	34
Diversas teorías.	36
CONCLUSIONES.	42
BIBLIOGRAFÍA.	44

EL ESTADO, SUS FINES Y JUSTIFICACIÓN.

INTRODUCCIÓN

El Estado es una creación humana, derivado de la vida permanente del hombre en sociedad con sus similares, el Estado es una agrupación de hombres que viven de un modo estable y permanente en un territorio determinado, encontrándose ligados entre sí a través de vínculos de apoyo, pudiendo ser estos culturales, religiosos, económicos o morales. Expresando dichos vínculos a través de reglamentos, leyes que sirven para dar a la vida en sociedad una dirección, posibilitando la resolución de conflictos de manera pacífica. Cuenta con un poder dedicado a unificar, armonizar, dirigir e impulsar las decisiones de sus miembros hacia una meta común, con la particularidad de que todos tienden a buscar un fin superior al que cada uno desea en particular, fin que debe proporcionar mejoras.

Algunas notas características del Estado, según Héctor González Uribe, son:

- “1.- Es una agrupación humana estable y permanente, basada en múltiples lazos de solidaridad.
- 2.- Asentada en un territorio preciso y delimitado.
- 3.- Dotada de un orden jurídico que puede imponerse aún por la coacción física.
- 4.- Regida por una autoridad que supera a todas las que puedan tener los grupos sociales inferiores.
- 5.- Unificada en torno a un fin común, distinto y superior al de cada uno de los miembros de la misma.”¹

Estado, desde un punto de vista amplio, se utiliza para referirse a la forma de ser o estar constituida políticamente una comunidad, y en un sentido más estricto, es la denominación de aquella forma política que adoptaron las sociedades en el mundo occidental a partir de fines del siglo XV y principios del XVI.

¹González Uribe, Héctor, *Teoría política*, 13ª, México, Porrúa, 2001, p. 15-16.

Existe una confusión al utilizar la expresión Estado como un sinónimo de Gobierno, en su sentido amplio, es cierto que el Gobierno es una parte esencial del Estado, pero si únicamente fuera eso, existiría problema al tratar de dar un nombre al sistema que sirve de vínculo entre el Gobierno y los gobernados y otro igualmente fundamental es qué lugar deberían ocupar los gobernados. Tampoco debe considerarse al Estado como una organización técnica que se utiliza a favor del pueblo, ello debido a que el pueblo debe estar cumpliendo un papel dentro del Estado, por ello un concepto de Estado debe abarcar al gobierno y a los individuos sometidos a este último.

“Suele ser común utilizar como sinónimos los conceptos de Estado y gobierno, y ser tomados como si fueran una y la misma cosa, lo cual genera confusiones innecesarias lo mismo en los debates políticos que en la observación y evaluación de la vida pública. Y es que el gobierno es el grupo de personas que provisionalmente toma el control del aparato del Estado para cumplir sus tareas; esencialmente tomar decisiones que afecten a toda la comunidad y hacer valer la normatividad para facilitar la convivencia social. En realidad ambos conceptos están estrechamente relacionados pero son distintos. De tal forma que puede sustituirse un gobierno por otro sin que el Estado deje de funcionar, y sin que éste cambie esencialmente en sus características.”²

Se puede afirmar que el Estado existe gracias a la vivencia política de los hombres, dicha vivencia debe estar limitada en un tiempo determinado y desarrollada en un espacio dado, de la anterior afirmación se establece que son tres los elementos constitutivos del Estado, a saber: el pueblo, el Gobierno y el espacio que se denomina territorio. Desde una postura elemental se observa que los hombres integrantes de un Estado cohabitan gracias a la existencia de una autoridad que rige dentro del territorio y que al mismo tiempo se encarga de señalar qué se debe y qué no se debe hacer, pero siempre en busca del beneficio de la comunidad, desprendiéndose de esta postura que existen tres elementos clásicos del Estado y que son: pueblo territorio y gobierno.

²Crespo, José Antonio, *Para entender el Estado*, México, Nostra ediciones, 2006, p. 7.

El concepto de Estado como referencia a aquella organización política de los hombres es de acuñación relativamente reciente, encontrándonos en la posibilidad de decir que para llegar a elaborar dicho concepto se deben tomar en cuenta elementos diversos, a saber: los datos reales, que se obtienen por medio de la observación práctica y comparando las diferentes formas que ha tenido el Estado a través del tiempo; pero por otro lado se debe realizar una síntesis y selección de los datos obtenidos, con la intención de compaginarlos e interpretarlos en su conjunto y lograr tener una representación mental de la realidad política, y por último se debe realizar una interpretación de esa realidad obtenida para poder asignarle un valor y que nos permita dirigirnos en alguna medida a la realidad axiológica.

Jellinek hace una diferencia en el Estado, por lo que formula dos conceptos del mismo, uno que es el concepto social y otro que es el concepto jurídico; señalando que el primero de ellos es aquel que considera la naturaleza del Estado como una sociedad, siendo necesario para su conocimiento el realizar previamente un estudio de los hechos que se relacionan con el mismo, encontrando entre estos que el Estado no es algo material o algo que exista en la naturaleza junto o sobre el hombre, ya que más bien consiste en las relaciones voluntarias de un grupo de hombres en la sociedad, y por ello debe considerarse, desde un punto de vista social, como la unidad de asociación dotada de poder desde su origen y conformada por hombres que se encuentran establecidos en un territorio determinado; el segundo de ellos únicamente se refiere al Estado como una figura jurídica.

DEFINICIONES PREVIAS AL ESTADO.

De acuerdo con Aurora Arnáiz en su Ciencia del Estado, para poder comenzar a estudiar al Estado se puede partir de tres definiciones, a pesar de que lo correcto es no dar definiciones al comienzo del desarrollo de cualquier teoría, la primera que puede considerarse válida para cualquier tiempo y que considera “El Estado como institución política es la forma política de un Pueblo o la

organización política suprema de un pueblo; desde una perspectiva moderna se puede considerar que el Estado es la agrupación humana sedentaria con un poder de mando originario; una última definición que puede ayudarnos en el estudio del Estado es la que considera que el Estado existe y existió allí donde hubo una relación entre gobernantes y gobernados en orden a la solidaridad social.”³, en esta última acepción se observan dos características importantes, aparece la concepción estatal, reduciendo esta a la relación existente entre gobernado y gobernante, significando que podemos encontrar al Estado desde que existe el hombre en comunidad y se vio en la necesidad de delegar funciones a una autoridad, que le permita actuar al interior.

Se debe considerar que el Estado es resultado de una abstracción, no puede considerarse que sea una ficción, es común y a la vez erróneo, que se confunda al Estado con uno de los elementos que lo conforman, ya que el Estado no es el pueblo, no es la autoridad y tampoco lo es el territorio, pero este error parte de la necesidad de ver al Estado como algo tangible, necesidad que no es justificable, ya que gramaticalmente el Estado tiene su raíz en el estar y no en el ser; oponiéndose a esto encontramos a los anarquistas, quienes consideran que el Estado ni siquiera debe existir, y por ello no existe fundamento para que un gobierno pueda ejercer su autoridad en los hombres y obligarlos a vivir sometidos bajo leyes.

Está claro que para poder entender la organización y vida de cualquier sociedad, debemos tener claro el concepto de Estado, existe una perspectiva de Estado nacional que es la que conjuga los tres elementos constitutivos del Estado, desde una noción política se considera como el conjunto de reglas y organizaciones, concentrando la facultad para tomar decisiones, y que éstas afecten y sean válidas para todos los miembros de dicha asociación, subdividiendo al elemento humano al interior del Estado en sociedad civil, que en estricto sentido no forma parte del Estado, y sociedad política, que tiene las facultades señaladas y es la parte de los hombres que si forman el Estado.

³ Arnáiz Amigo, Aurora, *Ciencia del Estado*, México, Robredo, 1959, p. 9.

“Para llegar a un concepto cabal de Estado no podemos enhebrar sólo factores jurídicos. La historia nos enseña cómo se logra ese monopolio del poder coactivo; la sociología y la economía nos muestran las fuerzas que entran en juego para crear un supremo instrumento de vida social que es el poder soberano. “Este es el Estado: y su poder supremo de monopolio y coacción (el cual puede transmitirse de varias maneras y de acuerdo con sus propios supuestos) es la soberanía. El proceso político se centra en torno a poseer esta soberanía; el proceso administrativo, en torno a su empleo ejecutivo. La lucha por la posesión de la soberanía es también una lucha por la legitimidad; los hombres procuran, sobre todo, estar en lo justo o pensar que lo están.”⁴

LOS ELEMENTOS ANTERIORES AL ESTADO

Es indudable que antes de que se logre forma al Estado se requieren determinados elementos, pues sin ellos no se podría dar lugar al mismo, el Estado nace a través de la conjugación y utilización de una serie de elementos que aportan parte de sus atributos, sin que se pueda afirmar que cada elemento del Estado interviene en la misma cantidad e importancia en su formación, pero tampoco indicar que se puede prescindir de alguno de ellos; los diversos autores consideran como elementos tradicionales de esta figura a la población, el territorio y una autoridad (algunos la denominan poder político), existen además de los elementos tradicionales, elementos constitutivos del Estado y que son el bien público temporal y la autoridad; entre los elementos previos encontramos el elemento humano, conformado por un determinado número de hombres, quienes serán los que formen la agrupación estatal; como complemento de este elemento, se requiere un territorio, que este perfectamente delimitado, ya que será donde la agrupación previamente formada se asiente y realice sus actividades.

De lo señalado se llega a la conclusión de que los elementos señalados son condiciones sin las cuales no puede existir una conceptualización del Estado, en

⁴Serra Rojas, Andrés, *Teoría del Estado*, México, Porrúa, 2005, p. 169.

su concepción moderna, y que sin ellos no se podría avanzar a conceptos tan trascendentes actualmente como lo es la legalidad y la legitimidad.

El elemento humano.

El primer elemento con el que nos encontramos es el hombre, que debe ser estudiado desde sus tres aspectos fundamentales, el biológico, el psicológico y el social, ya que si bien es cierto cada aspecto toma en cuenta diferentes cuestiones, todas ellas tienen el mismo objeto de estudio, no se puede estudiar al hombre desde una sola perspectiva, sino como una unidad, el estudio de este elemento debe ser integral y en la medida de lo posible abandonar la postura parcial, no se debe cuestionar al hombre desde uno u otro aspecto, ya que no daría una visión que abarcara su esencia, no se tendría una visión totalitaria.

Existen diversas teorías que pretenden explicar al hombre, y agrupadas de diferente manera de acuerdo al autor que se analice, por ejemplo Nicola Abbagnano en su Diccionario de Filosofía refiere que se pueden agrupar en tres puntos: aquellas con contenido teológicoo características vinculadas con la religión, que nacen de la comparación entre el hombre y Dios; como segunda opción tenemos las que se dedican a expresar una capacidad del hombre, referente a la capacidad de comprender conceptos; y por último aquellas que se derivan de la interpretación inherente al hombre.

Otras posturas para el estudio del hombre que señala Risieri Frondizini, en su libro Introducción a los problemas fundamentales del hombre, es la que hace la clasificación basada en la naturaleza de éste y que son: Hombre como ser racional, considerado como racional y pensante; Hombre como ser espiritual; y Hombre como animal simbólico, derivada de la definición del hombre como un ser que construye simbólicamente un universo y no que vive como un animal.

Derivado de la extensa lista de teorías que intentan dar una explicación del hombre, debemos tener claro que no se puede desechar alguna de ellas, pues a pesar de que no parten del mismo aspecto, cada una refleja una característica en

particular, que lejos de excluirse, se complementan y dan una visión completa del hombre.

El Estado agrupa hombres, es decir, personas racionales y libres, que cuentan con una vida y un fin personal, no de partes de alguna colectividad, clase o nación cualquiera. Actualmente al concebir al Estado se entiende que es inseparable a la concepción del hombre, de lo contrario se verá afectado el mismo Estado, independientemente de que se pretenda poner al Estado al servicio de las personas que lo conforman, o bien que el Estado sea considerado como el fin principal de su actividad y de las personas que lo integran. Ha de entenderse que cada uno de los integrantes del Estado, en su elemento humano, son distintos entre sí, bien puede existir una diferencia física, emocional, moral, económica, educativa, y esta puede ser individual o colectiva, pero dichas diferencias, no son un problema a pesar de que pueden influenciar enormemente la forma en que el Estado se estructura, las distinciones dejan de ser trascendentes vistas desde el principio de agrupación, ya que es válida para todos los hombres, sin existir distinción alguna, una vez que se ha logrado llegar a determinado grado evolutivo en un conjunto.

Una vez analizado lo anterior, es importante considerar que tan importante es el número o cantidad respecto del elemento humano, es decir, que número de hombres bastan para formar un Estado. Entendiendo el número como la condición necesaria para dar paso a una agrupación, que a su vez sirve para diferenciarla de otras figuras, sin perder de vista que una agrupación implica una idea servida por unos o más órganos, además del concurso personal, que es aportado a la idea principal por todos y cada uno de los miembros del Estado.

Un Estado puede tener un elemento humano, numeroso, muy numeroso o poco numeroso, pero ello no implica que se pueda perder o adquirir la naturaleza de Estado si disminuye o aumentan los hombres. Pero se ha considerado que es necesario un número amplio o por lo menos considerable de hombres para dar lugar al Estado, pues de lo contrario, la necesidad primordial que el Estado debe satisfacer, se vería obstaculizada al no contar con el medio que puede hacerla nacer, caso en el que podemos estar ante la presencia de una agrupación, de

carácter diverso al del Estado, a pesar de que la misma sea nombrada como Estado en atención al derecho de gentes positivo. Desde un punto de vista sociológico el Estado, supone, un determinado número en su población, que deriva en una división en el trabajo que se ha de realizar y una modificación en las condiciones de vida que cada miembro va a disfrutar, siendo necesario que exista un organismo superior que se encargue de coordinar las actividades y que viene a ser precisamente el Estado.

En la actualidad es un error considerar que el Estado sea autárquico, o sea, la capacidad de la población de abastecerse a sí misma, demostrando una autosuficiencia en especial en el aspecto económico, ya que esto sólo es posible en una concepción perfecta e ideal, o bien visto desde una concepción teórica. La autarquía, en alguna manera, es contraria a la naturaleza del Estado, además de que es peligrosa, ya que en su interior se genera una limitación al progreso, debido a que las necesidades de los hombres cada día aumentan y por ello se vuelve más difícil y en cierto punto irreal la satisfacción autárquica

Actualmente en el esquema de vida contemporánea, el hablar de autarquía es inadmisibles, vista esta como la capacidad de la población que forma un Estado de proporcionarse a sí misma los recursos que necesita, en todos los aspectos; el mundo en el que actualmente vivimos se caracteriza por ser de constante comunicación y de contar con una gran interdependencia entre los Estados, bien sean grandes o pequeños, lo que derivó en que el comercio, que comenzó siendo escaso y en un ámbito local, se desarrollara de tal modo que evolucionara a un comercio regional o nacional y que hoy en día sea tan importante que involucre el ámbito mundial.

El Estado requiere, entre los miembros que lo integran, un determinado acercamiento en el espacio, exigencia que actualmente se facilita por el uso de los medios de comunicación, a pesar de las distancias que pueden existir, dando lugar con ello al concepto de "POBLACIÓN", que precisa de un contacto material, y no necesariamente corporal, que es necesario en toda colaboración. Si bien el Estado implica una reunión de hombres, dicha reunión no tiene como propósito realizar una formación única que sea común a todos los miembros de la

humanidad, por ello es que existen diferentes Estados, con elementos en común y diferencias bien marcadas.

Algunos filósofos tratan de establecer como base del Estado a las agrupaciones, considerando estas como un elemento primario, pero desde esta concepción el Estado ya no sería la reunión de individuos, sino una federación de grupos, y en la mayoría de ocasiones de familias, siendo la familia la que da origen a la sociedad y esta deriva en el Estado. Si se tomara como válida la postura anteriormente referida, se estaría considerando que el Estado no tiene una relación directa con los individuos, ya que su relación se estaría desarrollando con las familias o grupos, dejando en segundo plano al individuo en particular, lo anterior implica, y tendría fundamento, si se demostrara que el fin del Estado es exclusivamente encaminado al alargamiento exclusivo de los fines biológicos, morales y económicos de la familia, debido a que si el Estado está compuesto por varias familias, no podría tener un fin diverso al del grupo elemental.

Si bien es cierto que el individuo considera importantes los fines relacionados con la familia, también es cierto que dichos fines no cubren la totalidad de fines que persigue la vida humana, dando como resulta que el Estado se preocupe por lograr fines diversos a los de la familia, esto en relación con la búsqueda del bien general que prevalece en el Estado.

Toda vez que existen diversas instituciones y los grupos se encuentran al servicio de las personas, debe tenerse claro que el Estado tiene como base a los seres humanos, quienes son los beneficiarios inmediatos al momento de que dichas instituciones y en este caso el Estado llega a cumplir con los fines para los que fue creado.

Debido a que no existe un solo Estado, en el que se encuentren englobados todos los habitantes, es importante señalar cuáles son los principios que sirven para clasificar a las diversas poblaciones, poblaciones que a su vez pueden formar nuevos Estados; podemos encontrar el principio que se basa en la cercanía territorial, es decir, vivir en un mismo círculo territorial y que sólo es posible tratándose de poblaciones sedentarias, otro principio es aquel que se basa en semejanzas personales, y un tercero es aquel que combina más de un principio a

la vez, por ejemplo aquel que se basa en un principio territorial y personal simultáneamente.

“La comunidad estatal es un conjunto de seres humanos, cuya conducta se coordina en forma específica: en términos generales, la comunidad se configura como una estructura de conducta orientada con sentido y la comunidad estatal, en particular, se constituye como una estructura de acción, jurídicamente organizada. Incluso el Estado mismo no es otra cosa que una unidad de acción jurídicamente organizada.”⁵

De lo anterior surge el concepto de Nacionalidad, que por sí mismo no puede otorgar más que un determinado signo que afecta a las personas, acercando a unas personas con otras, personas que tienen una característica en común y que les sirve para distinguirse de los individuos que forman parte de un grupo que les es ajeno, puede darse el caso que exista más de una nacionalidad dentro de un mismo Estado, ello en atención a que si bien varios grupos que forman parte de un Estado se encuentran habitando dentro de un territorio determinado, entre ellos son diferentes respecto de sus afinidades personales.

Nacionalidad

El concepto de nacionalidad, desde su surgimiento fue extremadamente discutido y criticado, especialmente desde las doctrinas sociológicas y jurídicas; nacionalidad es un concepto en el que han influido diferentes conocimientos de los pueblos, por ello podemos encontrar conceptos de nacionalidad inglesa, americana, francesa, italiana o en general de cualquier parte del mundo en el que nos encontremos.

Para poder determinar con mayor claridad el concepto de Nacionalidad es importante tomar en cuenta el concepto de autarquía, sin perder de vista que este concepto va siendo modificado conforme avanza la historia de los pueblos, existen naciones que se desarrollan de manera tranquila y pacífica, basándose en la

⁵Zippelius, Reinhold, *Teoría General del Estado: ciencia de la política*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Porrúa, 2002, p. 47.

voluntad de vida en común que se renueva constantemente, pero también existen naciones que basan la continuidad de su existencia en acciones violentas, derivadas de la oposición de otras naciones a formar parte de ellas o bien que no les permitan expandirse en su territorio y dominio.

A pesar de que en algunas ocasiones el término Nación se utiliza indistintamente con el de Estado, ambos conceptos son diferentes, el primero tiene una naturaleza sociológica, contempla una identificación de determinado grupo humano con la categoría de nación, además de que requiere de una prolongación a través del tiempo, logrando una unidad difícil de disolver; y el segundo se puede obtener a través de un proceso político.

El concepto de nación, esencialmente requiere de elementos objetivos y subjetivos, pero estos elementos se pueden ver modificados sustancialmente dependiendo la época en la que se analice, la corriente del pensamiento que se tome como base para su estudio y del caso en concreto que sea materia de nuestro estudio, en el entendido que el concepto que logremos a formar no va a representar del todo a sus integrantes, pero va a lograr identificar a los miembros en cierto punto.

La Nación significa una adición de personas, o bien en otro sentido, una serie de generaciones sucesivas distinguidas con el mismo carácter nacional, podría hacerse una interpretación más extensa y considerar que en la nación, independientemente del Estado, existe una institución, vista por algunos como una persona moral, posición que es frecuentemente aceptada en un ámbito político, sociológico o legal, pero esta postura encuentra serias objeciones, ya que si bien una nación puede contar con un carácter y una fisonomía propia, estas características son parte de las personas que la conforman y no dichas características se atribuyen a las personas por formar parte de esa nación, ya que esas características, hipotéticamente, son comunes a todos sus miembros, creando con ello, en el interior de la comunidad, la figura de la nación que otorga a quienes la conforma, y pueden llegar a adherirse a la misma en un futuro, derechos y obligaciones mutuos con los demás miembros.

Al considerar a la nación como una figura aparte del Estado se vuelve difícil determinarle un fin o una misión de cualquier tipo, y de igual forma es difícil encontrar a los órganos indispensables con que debe contar la nación para cumplir su misión; no es suficiente la existencia de una característica común, aunque genere obligaciones y sea fuertemente aceptado, para dar origen a una figura distinta al Estado, ni siquiera porque cuenta con una individualidad objetiva o subjetiva. Para poder dar paso a una figura de institución-persona es necesario contar con dos elementos indispensables, y que son: una directriz y una organización, la primera necesariamente incorporada en la segunda, debido a que ambos elementos son necesarios para dar paso a la nación, a pesar de que exista solidaridad que una a los hombres integrantes de la nación en un espacio y tiempo determinado.

La idea de nación que se pretende promover puede proporcionar un principio de institución, pero no llega a ser tal, esto es así en atención a que la nación no es más que un hecho social, pero en ningún aspecto tan grande como una institución que es sujeta del derecho, el mismo caso se presentaría en pretender considerar que la humanidad no es una persona, pues si bien la humanidad no es una sociedad, no puede existir una sociedad con una finalidad propia, es decir, no cuenta con un fin que no pueda ser una suma de fines individuales, concluyendo que la nación no tiene un fin que no sea la humanidad.

En esencia la nacionalidad no puede utilizarse más que para designar un determinado carácter, que afecta a varios individuos, que sirve para acercar a algunos individuos con otros que compartan dicho carácter común y que sirve para distinguirlos de los demás individuos y de grupos externos al suyo, pero siempre tomando como referencia el carácter distinto que se pretende resaltar. Ahora bien, si entendemos que la nacionalidad surge de un carácter en especial, hemos de preguntarnos de dónde nace ese carácter y qué lo determina, es aquí donde encontramos diferentes respuestas, contraponiéndose unas con otras.

Podemos encontrar que algunos consideran que ese carácter se basa en los intereses, la lengua, la sangre, la religión, las costumbres, los hechos que realizaron conjuntamente, la voluntad de realizar determinados actos o la estancia

en determinado lugar, entre otros, interviniendo cada uno de ellos en una proporción distinta y cambiante, de acuerdo con el caso en específico que se analice. Independientemente de que este concepto nace, probablemente, más de la persona que de su pensamiento, es importante destacar algunas características de la voluntad que da lugar a una nación, teniendo que a pesar de existir diferencias entre los individuos del tipo étnicas, geográficas, históricas, económicas o políticas, que son condicionantes para la vida en el interior del Estado, existen semejanzas derivadas de esa voluntad que al principio pudieran parecer insignificantes, pero que con el paso del tiempo pueden convertirse en un carácter común que los distinga, por ejemplo compartir un ideal económico o político.

Existe un concepto en el que Estado y Nación se encuentran unidos, sin que se confunda uno con otro, y que es el Estado-Nación, cuyas funciones fundamentales se encuentran en el ámbito político y Psicosocial, el primero para lograr contar con una integración y homogeneidad cultural, posibilitando de esta forma proyección en un determinado espacio que dé paso a un sistema social estable y legítimo; por lo que hace al ámbito psicosocial, da a los integrantes protección y clasificación, permitiéndoles protegerse frente a la creciente desintegración de los lazos sociales que tradicionalmente se utilizan.

Actualmente existen posturas que rebasan la idea del Estado-Nación dando paso al Estado multinacional, que es en el que predomina una política estatal que considera la existencia de una vinculación por parte del Estado con dos o más culturas nacionales. Por ello si estamos frente a un Estado que tiene más de una nación en su interior no estaremos frente al Estado-Nación, sino frente al Estado multinacional que cuenta con minorías nacionales, que pueden haberse agregado al mismo de forma voluntaria o involuntaria. “Estructurado en base a constituciones rígidas, el Estado asume la nacionalidad (inexistente, virtual, larvada) como base de la organización territorial, y las formas de un Estado legitimado por la soberanía popular.”⁶

⁶Kaplan, Marcos, *Estado y globalización*, 1ª reimpresión, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 64.

Población como parte del elemento humano.

La población como elemento humano del Estado, se encuentra estrechamente vinculado con el territorio, no teniendo la posibilidad de separarse del mismo sin poder perder la calificación política; esto es lo que la diferencia de las demás agrupaciones, pues mientras la familia, por ejemplo, puede desprenderse de un territorio sin perder las relaciones que existen entre ellos, esto no sucede con el Estado, incluso puede haber algunas asociaciones que vayan más allá de un solo territorio, teniendo la calidad de internacionales. Por otro lado el Estado, forzosamente, requiere de un territorio en el que ejerza sus funciones de servicio, coordinación y control, lo que imposibilita que una agrupación nómada no pueda dar lugar a un Estado.

“El factor demográfico cuenta en gran medida. Se observa que las sociedades con mayor grado de organización política, son, al mismo tiempo, sociedades más numerosas que las que tienen una población menor. Encontramos así una correlación entre el número de miembros de una sociedad y un grado de organización política. Por regla general: a mayor número de personas corresponde un mayor grado de organización política”⁷

Elemento territorial.

A lo largo del tiempo el territorio, como elemento esencial y principal del Estado, se ha vuelto importante y transformando, aunque algunos autores contemporáneos, consideran que no es tan importante atendiendo a los procesos de integración económica y a algunos adelantos científicos y tecnológicos, restándole en su conjunto importancia que anteriormente tenía, ya que se han roto barreras de tiempo y espacio.

De acuerdo con Aurora Arnaiz Amigo el territorio del Estado puede estudiarse de las formas siguientes: “como un hecho, como un derecho, como formando parte de la personalidad del Estado, como presupuesto del Estado; y

⁷Andrade Sánchez, Eduardo, *Teoría General del Estado*, México, Harla, 1987, p. 33.

como un elemento constitutivo del mismo. En el primer caso, podemos considerar al Estado como un dominio real del Estado. En el segundo, como una potestad que impera legalmente sobre una demarcación reconocida y respetada por el derecho público propio y ajeno. En el tercer caso, habría que aceptar la denominada personalidad del Estado, es decir la institución política suprema capaz de derechos y obligaciones, tanto en el ámbito interno como en el externo. Para estudiar el territorio como supuesto del Estado habría que admitir que la sedentaridad contribuye a transformar a la muchedumbre en un pueblo junto a los principios generales del derecho.”⁸

Es importante definir el concepto de territorio, ya que entorno al mismo existen diferentes posturas, encontramos aquellas que lo consideran algo ligado con la actividad política y social del Estado, otras lo relacionan con la superficie y en algunas con el Derecho.

El territorio permite, como elemento del Estado, que una nación se encuentre unida, y si una comunidad nacional no cuenta con este elemento no será apta para dar paso a un Estado, ya que en esta superficie es donde se ha de considerar independiente de las demás encontrándose facultada para imponer su voluntad y rechazar la intervención de cualquier poder ajeno a ella.

Por su parte Jellinek, imagina al territorio como un elemento que forma parte de la personalidad del poder público y cuya autoridad deriva del Estado; el espacio en el que surge la comunidad Estado, vista desde una perspectiva jurídica, significa el lugar en el que el poder estatal esta posibilitado para desarrollar su actividad específica, es decir, la actividad inherente al poder público, y en este sentido jurídico recibe la denominación de territorio. Existe otra postura en la que se concibe al territorio como una parte geográfica que forma parte del Estado, siempre que se encuentre establecida como tal en una norma jurídica, ya que de no ser así no existe nada de intrínseco en una porción de territorio de un Estado, obteniendo que se define al territorio como el ámbito de validez espacial del orden normativo estatal.

⁸ Arnáiz Amigo, Aurora, *Estructura del Estado*, 4ª ed. McGraw-Hill, serie jurídica, México, 2003, citada por Cruz Gayosso, Moisés et al., *Teoría General del Estado*, México, Iure Editores, 2006, p. 170.

Con frecuencia las agrupaciones se basan exclusivamente en el elemento humano, esto gracias a que es suficiente para dar paso a una agrupación contar con un determinado número de hombres, en este caso el elemento territorial no interviene y si lo hace, es en un papel secundario, únicamente utilizado para realizar una división o bien delimitar a la agrupación en caso de que el elemento humano se extienda ampliamente.

En este sentido una agrupación territorial recibe el nombre de sección, pudiendo ser más o menos autónoma del grupo en general, no siendo esto un obstáculo para pensar que existan agrupaciones que se extiendan por todo el mundo y que dicha expansión implique una condición territorial. Tratándose del Estado, y en algunos casos de las agrupaciones de carácter político, el elemento territorial toma gran importancia, convirtiéndose en un elemento primordial, significando que los individuos que componen ese Estado deben encontrarse en un determinado territorio permanentemente, suponiendo esta permanencia en el territorio una característica sin la que no se podría dar paso a la figura del Estado, por ello se considera que el Estado es, en cierta parte, una agrupación territorial.

Si bien el elemento territorial es importante, dicha importancia no deviene de la extensión del territorio, ya que poco o nada importa si el territorio es pequeño o grande, si cuenta con fronteras naturales, si tiene acceso por el mar o si tiene extenso surtido de recursos naturales, ya que todas estas características pasan a ser cualidades del Estado, que pueden generarle ventajas económicas o políticas frente a otros Estados y ser considerados como lugares más viables para el desarrollo. Sin que se pretenda establecer que dichas características son fundamentales para dar paso a la noción de Estado, ya que a pesar de que existan territorios pequeños y grandes, dotados de fronteras naturales y accesos marítimos, con escasos recursos naturales que impide proveer a sus habitantes de lo esencial, la figura del Estado puede estar presente.

Considerar que lo más importante para el Estado son las características de su territorio, sería ver al Estado como una formación derivada de una expresión geográfica y no, como debe ser, una formación derivada de una concepción política, sin perder de vista que al hablar de suelo, debemos entender que se

engloba lo correspondiente al subsuelo y el espacio aéreo, y en su caso, las extensiones marítimas que pudiera llegar a tener como serían los puertos, bahías y las extensión del mar territorial. Ahora bien debemos tener claro que si bien no importan las características del suelo para dar origen al Estado, el territorio si interviene en el sistema del Estado, aceptando que una primera función que se le puede otorgar al territorio es la de asignar al Estado fronteras, y que en un régimen de Estados múltiples, la función es trascendental ya que con ella se pueden evitar conflictos respecto de hasta donde un Estado puede ser competente y hasta donde lo será otro Estado, lo que no se podría evitar con límites establecidos a través del acuerdo de las personas, ya que los hombres no siempre son sedentarios, dejando latente el problema de las rivalidades entre los Estados.

Cada Estado cuenta con una división territorial en la que está facultado para ejercer las funciones de gobierno, legislativas y judiciales, respecto de todas aquellas personas que se encuentran dentro de su territorio, sin importar si pertenecen a ese Estado o son ajenos a él, pero sin llegar a significar que el Estado puede, en el interior de su territorio, desconocer de forma arbitraria los derechos de los Estados o individuos extranjeros, ya que existen normas de derecho internacional público y privado que limitan tal actividad, ni tampoco indica que no puedan presentarse casos donde la competencia se comparta con otro u otros Estados, o bien que exista una competencia suspendida, en el caso de que un Estado este siendo administrado por otro Estado.

La función del territorio no es únicamente la referente a asignar una frontera al Estado en donde sea competente, ya que otra de sus funciones principales es determinar la sede en el que el Estado ejerce su poder, es innegable que el Estado requiere de un territorio para poder realizar satisfactoriamente su misión, es decir que es necesario contar con una cantidad delimitada de territorio para sacar provecho de ella y utilizarla como un instrumento más en la tarea de cumplir con su fin. En la cuestión interna este territorio sirve para reforzar la autoridad del Estado dotándolo de una plataforma que puede controlar y en la que puede ejercer actos de coactivos. La delimitación de un territorio facilita al Estado a vigilar

y poder obligar a los individuos que se encuentran dentro del mismo, de igual forma le facilita la imposición de prohibiciones y su eventual sanción para el caso de incumplirlas.

No se puede tener individuos dentro de un Estado si no se cuenta con un territorio donde estén asentados, por lo que aquel que controla el territorio ejercerá poder sobre los habitantes, el territorio es utilizado por el Estado para llevar a cabo varias de las tareas que tiene encomendadas, y no únicamente en la prestación de los servicios públicos a sus habitantes; en el aspecto externo el territorio sirve para dotar al Estado de un área de defensa, permitiéndole poner obstáculos a sus enemigos e impedir que se lleve a cabo una invasión, el Estado sólo puede perdurar mientras controle su territorio, una vez que es despojado de ese control pierde los límites donde ejerce su competencia y esta privado del elemento que proporcionaba apoyo a sus acciones, ya que el territorio y el ejercicio de la autoridad se encuentran íntimamente ligados, de lo contrario no podría ejercer libremente la autoridad con sus integrantes y mucho menos mostrarse independiente frente a los Estados extranjeros.

Ya que el Estado no puede existir sin que se encuentre apoyado de un territorio, es que se puede afirmar que el Estado tiene un verdadero derecho sobre éste, no siendo correcto nombrar este derecho como soberanía territorial, debido a que la soberanía siempre es personal y lo correcto es decir que la soberanía comprende a las personas que se encuentran dentro del territorio que es controlado por el Estado, el Estado tiene un derecho de dominio respecto de su territorio, que puede ejercer incluso contra la voluntad de sus habitantes, pero siempre encaminado a cumplir con los objetivos para los que fue formado, un ejemplo de cómo se puede utilizar este derecho es cuando el Estado determina que es conveniente disponer de un bien propiedad de un particular en beneficio de la colectividad, desposeyéndolo del derecho de propiedad que tenía sobre el mismo, decisión que se debe encontrar debidamente sustentada o se pensaría que el Estado actuó más allá de sus atribuciones o con un objetivo distinto a aquel para el que fue creado.

El derecho del Estado sobre el territorio no es de propiedad, más bien el derecho del Estado es de carácter general y en la mayoría de los casos limitado en su objeto, si abarca todo el territorio, pero en lo referente a la propiedad sólo se aplica a determinadas porciones, la mayoría de los derechos siguen perteneciendo al propietario y el Estado sólo cuenta con facultades limitadas y encaminadas a la forma en que se pueden utilizar esas porciones de su territorio. “Es indudable que “en ausencia de un territorio no puede formarse el Estado y que la pérdida de su territorio entraña su completa extinción”. Pero de que “el territorio es una condición de existencia del Estado” no puede autorizadamente deducirse que el territorio sea un elemento del ser y de la persona del Estado: condición de existencia no se confunde con elemento esencial, constitutivo. No sólo ofrece esta distinción un interés filosófico: justifica el otorgamiento de una primacía, en la estructura del Estado, al elemento humano sobre el elemento territorial, cuyo valor, por necesario que sea, no es, empero, más que instrumental.”⁹

Para poder dar paso al Estado es necesario contar con algo más que un territorio y un elemento humano que se encuentren unidos por diversos lazos, es preciso que se encuentre presente la formación política, propiamente dicha, característica que dará algo distinto al Estado frente a otros grupos sociales, para lograr la formación política requerida, se deben tener elementos de carácter espiritual, ya que es en este momento cuando esa necesidad del hombre de sociabilizar se reúne con la idea de conseguir un bien superior que se trata de obtener, pero encausados esos elementos a través de un poder que hace posible lograr el bien esperado. Sin el elemento que permita al Estado cumplir con sus determinaciones, no es posible lograr los fines planteados, ya que es difícil que se atiendan los mandatos del Estado sin coacción.

Elemento formal del Estado: Autoridad.

El concepto de poder cuenta con un gran número de significados, tenemos que para los hombres, consiste en la capacidad de conseguir aquello que quieren;

⁹Dabin, Jaen, *Doctrina General del Estado. Elementos de filosofía política*, trad. de González Uribe, Héctor y Toral Moreno, Jesús, serie Doctrina Jurídica número 123, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2003, p. 31

aunque también es utilizado para representar la capacidad de obtener objetivos comunes por parte de algunos grupos sociales, principalmente el Estado, el poder es resultado de la existencia de relaciones en las que unos mandan y otros obedecen.

Suele utilizarse indistintamente el término poder y autoridad, pero la realidad es que la autoridad representa un fenómeno similar al poder; por ello se considera que el poder precede a la autoridad y la autoridad es la forma legítima del poder; puede decirse que la autoridad es el ejercicio institucionalizado del poder, llevándonos a realizar una diferencia entre gobernantes y gobernados; aquellos que manda y aquellos que obedecen.

Tanto el poder como la autoridad se necesitan mutuamente, de la misma forma que ambas figuras se complementan, la autoridad requiere del respaldo del poder, ya que si no cuenta con tal respaldo se puede ver desafiada por algún grupo, la forma en la que ambos términos se relacionan se presenta de diversas formas y ha de ser atendiendo a lo que se pretende lograr. Se debe reflexionar sobre lo que pasaría si la autoridad pierde la característica esencial, denominada legitimidad, frente a sus súbditos, referente a las reglas que emite y trata de imponer.

La desaparición de la legitimidad de la autoridad puede presentarse debido a que las personas dejen de creer que aquello que daba origen al poder cuenta con las características que tenía en el momento en el que le otorgaron la misma, es decir, pierde esa característica que la hacía válida para ellos; o bien porque se deciden a adoptar un principio nuevo que contrapone al anterior y que cambia lo que se considera legítimo. Cualquiera que sea la razón provocara un resultado conflictivo en extremo, ya que desaparece la relación de autoridad.

La desaparición de esa característica de legitimidad provoca que aquello que mantenía unidos a los integrantes del Estado desaparezca; lo ideal es fortalecer esos vínculos que existen entre el gobernante y el gobernado, logrando esto en la medida en que las personas que son gobernadas cumplan con las ordenes que emiten quienes los gobiernan, incluso antes de que estas sean emitidas.

La autoridad tiene dos tareas fundamentales; que son el gobierno y la administración pública. La primera hace referencia a la dirección de la organización política, mientras que la segunda se refiere a la ejecución o aplicación de las leyes con el ideal de satisfacer concretamente los requerimientos de la sociedad.

“La autoridad en el Estado no es más que una manifestación característica del heterogéneo o múltiple problema de la autoridad en la vida social. En todos los grupos humanos existe autoridad. Cada uno de estos tipos de autoridad tiene sus propiedades específicas y su ámbito peculiar de aplicación. Exige del súbdito una obediencia que varía según la proporción de su personalidad que ésta comprometida en la relación de que se trata. Pero es una autoridad siempre limitada. En cambio la del Estado es una autoridad total y goza del monopolio de la coacción física.”¹⁰

La autoridad que encontramos al interior del Estado, no puede dejar de existir mientras que el ser humano se encuentre viviendo en sociedad, ya que sería utópico considerar que los seres humanos podrían prescindir de esa autoridad y acudir de una manera libre y desprovista de coacciones a la realización de los fines que persigue la sociedad. La autoridad pública tiene el objetivo que es dirigir a todas las personas y grupos que integran el elemento humano del Estado a la obtención del bien jurídico temporal.

Es decir, que se intenta crear, mantener, fomentar y proteger un contexto benéfico para que todos los hombres que se encuentran bajo su protección obtengan la realización de sus objetivos y progresen de la forma en la que lo esperan, o pudieran esperararlo atendiendo a su naturaleza racional.

FINES DEL ESTADO.

El problema derivado de los fines del Estado se considera básico desde Aristóteles, pero en la época del romanticismo, la corriente vinculada con el derecho natural contradujo la legitimidad del mismo, derivando en la afirmación de

¹⁰González González, María de la Luz, *Teoría General del Estado*, México, Porrúa, 2008, pp. 499-500.

que el Estado es un fin en si mismo, ya que es producto de la voluntad humana encaminada a un fin consciente.

“El Estado en cuanto organización política no tiene un fin, sino funciones a favor de fines humanos, mediante el ordenamiento de un sector de la vida social; lo que se denomina acción del Estado, consiste en una secuela de actuaciones humanas precisadas por móviles sociales; la voluntad del Estado es consentimiento humano que tiene como precedente una disposición común y cultural dada”¹¹

Ahora entraremos a estudiar cuál es el fin del Estado, que es distinto a qué métodos va a emplear para lograrlo, es innegable que el fin genérico de toda clase de comunidades es el bien común, pero no es un indicativo de que una vez que se ha formado una agrupación, en este caso el Estado, por consenso de sus integrantes realicen actividades, consientes y responsables, encaminadas a que se prolongue a través la existencia del Estado y funciones de acuerdo a lo planeado, no se debe de perder de vista que cada Estado cuenta con una misión histórica, es decir la misión que le dio origen, entendiendo que la finalidad de cada Estado está íntimamente relacionada de su ubicación geográfica, de los individuos que la componen, la cultura con la que cuentan, las necesidades económicas o políticas y los recursos con los que cuenta para satisfacer aquello por lo que fue creado.

El bien común lo podemos encontrar en la familia, dentro del municipio, en el colegio, en una asociación e incluso en un partido político, la diferencia que existe con este bien común y el bien común que persigue el Estado, es que el primero es y siempre va a ser particular y restringido, ya que siempre va a referirse a los integrantes de ese grupo y que puede contraponerse al bien común que persiguen otros grupos similares. El bien común que persigue, o en esencia el que debe perseguir, el Estado es el de la colectividad en general y que está dirigido a la totalidad de individuos y/o grupos que lo conforman, característica que sirve para distinguir el bien común del Estado de cualquier otro grupo que pudiera ser

¹¹*Ibidem*, p. 639

de igual o mayor que la extensión del Estado, como lo puede ser el de una asociación religiosa que pudiera considerarse universal.

Lo que distingue el bien público del bien particular, no es quien realiza las acciones para alcanzarlo, pues de considerarlo así, tendríamos que el interés público es el que cuya satisfacción incumbe al Estado, y el particular a cada asociación diferente al Estado, el verdadero criterio para establecer una diferencia entre ambos interés deriva del sujeto que se va a ver beneficiado, el bien particular será entonces el referido, directa e inmediatamente, a los individuos o grupos; mientras que el bien público se encuentra dirigido al conjunto total de individuos y grupos conformantes de la sociedad.

Al momento de que el Estado pretende cumplir con el bien público temporal, a través de determinadas acciones, se debe de distinguir entre la forma y la materia, en otras palabras es necesario diferenciar cómo y qué es lo que hace el Estado con la intención de cumplir un fin; el cómo logra el Estado su fin, que es promover el bien público temporal, y que involucran los medios o instrumentos mediante los cuales alcanza su fin, nos encontramos frente a los elementos meramente formales del referido bien, desprendiéndose que los que lo forman son los siguientes: en un primer momento, se tiende a lograr el orden y la paz en la vida social, a través de una serie de medidas de seguridad material y regularización jurídica, siendo esta la necesidad más elemental y urge y a la que debe de responder y justificar la existencia misma del Estado, de la manera más pronta posible.

En un segundo momento, el Estado atiende al bien público temporal a través de la coordinación de las actividades de cada uno de los individuos y grupos que lo conforman, con la finalidad de evitar el esparcimiento y caos de los esfuerzos que se realizan para alcanzar las metas propuestas, evitado al mismo tiempo una competencia desmedida, y en algunas ocasiones desleal, en el terreno económico. Teniendo cuidado que la iniciativa privada, que tiene la posibilidad de manifestarse de una manera espontánea y sin obstáculos, provoque un desorden que ocasione daños a los demás integrantes del Estado.

En un tercer momento se presenta que el Estado tiene la tarea, accesoria hasta cierto punto, pero no por ello menos importante, la de ayudar y promover las actividades de los particulares, que integran el Estado, y en ocasiones muy esporádicas suplirlas si es necesario; no se puede concebir que el Estado supla a sus integrantes, bien individualmente o en grupo, y que sean transformados en órganos de la maquinaria estatal integrantes de la burocracia, no es posible que el Estado lo haga todo y la iniciativa privada desaparezca o se someta totalmente al Estado.

Un elemento trascendental con que el Estado dispone, para cumplir con el bien público temporal, es la autoridad o también denominado poder público, y que representa a la que forma la materia del mismo, es decir la población, señalándole la dirección y lineamientos que debe obedecer al momento de desarrollar cualquier actividad; teniendo en cuenta desde este momento que autoridad y poder, se usan de manera indistinta y resultan ser complementarios entre sí, la autoridad entendida como la fuerza moral y poder como la fuerza física.

La forma en cómo el Estado pretende cumplir con su finalidad puede tener dos posturas, fundamentalmente, una es tomando como base una concepción basada en una jerarquía de valores, caso en el que la actividad que desarrolle el Estado es excelente, teniendo como resultado una justificación ante los integrantes del Estado, y es esta la oportunidad que tiene el Estado de trascender en el tiempo, arraigando los valores que tomó como base en sus integrantes, desarrollándolos en las instituciones de las que se apoye para cumplir con su fin.

La segunda postura para cumplir con su finalidad, es la que se basa en la negación de esa jerarquía de valores, no tomándolos como base y en negando su existencia, caso en el que el Estado no se legitima ante sus integrantes y corre el riesgo de no trascender en el tiempo, en ambos caso nos encontramos con que el Estado obtiene una justificación y que está es distinta de su finalidad como institución.

Independientemente de la base que tome un Estado, no se debe confundir su fin, bien sea natural, consiente, su justificación o la legitimidad, con la función social del Estado, que desarrolla con el propósito específico de cumplir con las

exigencias que se puso al momento de determinar su fin, esto es una labor realista y que trasciende más allá de los fines subjetivos de cada uno de sus integrantes, o de sus gobernados, esta actividad es algo institucional y se transforma en el quehacer del Estado, convirtiéndose en una acción social objetiva.

Función social del Estado.

De lo anterior surge la necesidad de determinar cómo nace y en qué condiciones se plantea la función social del Estado; estas cuestiones suponen un contexto natural y cultural, una vez que se ha alcanzado determinado desarrollo en la vida social, le corresponde al Estado buscar fines que se consideren valiosos para sus integrantes, derivado de la adquisición progresiva de autonomía y sustentabilidad, representando un papel determinante; esta organización es producto de la voluntad humana, es la forma en que sus integrantes proyectan sus intereses.

En razón de lo anterior es difícil observar una función social en el Estado en etapas tempranas de su evolución cultural, ya que previamente requiere otras características como lo es que sus integrantes sean sedentarios y dejen a un lado su condición de nómadas, considerando esto como una evolución y abandono de conductas primitivas. El que los integrantes del Estado se establezcan permanentemente en un espacio territorial, que establezca límites con los Estados vecinos, trae como consecuencia la aparición de una figura que ejerza acciones de mando y que estas acciones estén encaminadas, entre otras cosas, a la defensa del territorio y en su caso la ampliación del mismo.

Heller, derivado de lo fundamental del problema de los fines del Estado, considera que éste, gracias a su característica de institución humana, cuenta con una función objetiva, que no está ajustada en todo momento a los fines subjetivos de los miembros que la integran, por ello es necesario estudiar la función social del Estado.

La función social del Estado es muy importante para lograr una comprensión integral del mismo, por ello es indispensable que se realicen las

aclaraciones necesarias para establecer que es diferente de algunas otras características que lo componen, una vez que se ha logrado precisar cuál es la función social del Estado, nos sirve para determinar las diferencias que existen entre el Estado y algunas otras agrupaciones sociales que también puedan ejercer autoridad hacia el interior de la misma; las agrupaciones con las que se podría confundir el Estado son la familia, las agrupaciones culturales, religiosas o deportivas, las sociedades mercantiles o un sindicato de trabajadores, pero ninguna de estas agrupaciones puede, a pesar de ejercer poder, ser igual que el Estado ya que la magnitud de su autoridad no es igual y mucho menos cuenta con una finalidad como la del Estado.

Al distinguir lo político de lo estatal, aparece claramente que la política y el Estado no son con exactitud lo mismo, ya que no todo lo referente al estado es político, ni todo lo político se refiere al Estado; podemos encontrar un gran número de agrupaciones sociales al interior del Estado, agrupaciones que cuentan con la facultad de ejercer un poder político, característica que es común a la actividad política, y con la que tratan de organizar y hacer posible la cooperación social, ello de acuerdo con sus intenciones para el Estado.

Es evidente que sólo el Estado cuenta con los elementos que proporcionan un carácter político al momento de ejercer el poder y que son: la territorialidad, la soberanía, y el orden jurídico total, siendo éste el único facultado para ejecutar el poder físico coactivo, por ello todas las actividades políticas influyen en el Estado, forman parte de él y pueden recibir una sanción del Estado.

El hombre es de suma importancia para el Estado, pero no lo es en gran parte cuando se trata de las determinaciones de la raza, lengua, cultura, color o religión, dentro de un Estado pueden estar todo tipo de hombres, sin que sean importantes sus características exteriores, ya que dichas características exteriores no son consideradas al satisfacer el elemento humano del Estado, de igual modo resulta intrascendente la cantidad de hombres que integran un Estado, ya que pueden existir Estados con un pequeño número en su elemento humano o bien Estados con un gran número; lo que sí es necesario es que el elemento humano sea lo suficientemente grande para que surja la necesidad que atenderá esa

agrupación formada, ello con la correspondiente repartición de funciones; de no presentarse tal necesidad dentro de una agrupación podrá estarse ante la presencia de algo distinto al Estado, pues es esencial en el Estado lograr un fin diverso al personal.

Personalismo y transpersonalismo.

Al hablar del fin del Estado nace una pregunta importante, el Estado nace para el hombre o bien el hombre surge para el Estado, ambas preguntas encuentran variadas respuestas que dependen del pensador y la época en la que se responda, no tienen una única y uniforme respuesta. Son cuestiones relacionadas con la ética y los valores, de la que se pretende obtener el fin último del Estado y que dan paso a nuevas interrogantes, es el Estado un fin por sí sólo y debe subordinarse el hombre y demás agrupaciones a él, o bien, el Estado es un instrumento o medio del que el hombre se sirve para lograr fines más elevados y que corresponden a sus integrantes; para tratar de responder estos cuestionamientos existen dos posiciones fundamentales, la que se basa en el personalismo, que da lugar preferente a la persona y los valores que tiene; y la del transpersonalismo, que supera a la persona y que la considera como un instrumento, tomando como de mayor rango los valores colectivos.

“Hegel, en efecto, considera que el Estado es el grado más elevado del desarrollo dialectico de la idea objetiva, que ‘recorre y concentra en el fin y la realidad de lo general sustancial y de la idea publica dedicada al mismo, con la constitución política’ tanto el espíritu ético, inmediato o natural, que es la familia, como su antítesis que es la sociedad civil, concebida como una unión de los miembros, como individuos independientes, en la generalidad formal, a causa de las necesidades, en virtud de la constitución jurídica como medio de la seguridad de las personas y de la propiedad, y a causa de un orden exterior para sus intereses comunes y especiales.”¹²

¹²González Uribe, Héctor. *op. cit.*, nota 1, p. 511

Visto el Estado desde la postura de Hegel, es una síntesis que absorbe y es totalizadora en donde sus integrantes son superados, al igual que la familia y la sociedad civil, siendo esta una de las posturas transpersonalistas más radicales, y es en la que se considera al Estado como un universo ético, todo relacionado con lo ético, lo que realmente representa la idea de la ética o bien el poder absoluto que existe sobre la tierra. En el fascismo, nazismo y comunismo, podemos observar la postura de Hegel ya que en ellas se encuentra claramente identificado el principio que pone por encima a la colectividad y deja en un segundo plano al individuo, sacrificando con ello los valores individuales sobre los valores de la colectividad, a pesar de que estas ideologías hayan surgido por motivos de carácter histórico.

“El Estado es, incluso, una realidad anterior y superior a la nación. El Estado es el que, en fin de cuentas, crea la nación y permite florecer y tener manifestaciones efectivas.”¹³

Problemas de los fines del Estado.

Respecto de los fines del Estado existen tres interrogantes fundamentales, a saber: qué finalidad cumple el Estado en la historia, visto en relación con las determinaciones del hombre; qué fin ha tenido y tiene un Estado individual determinado en la historia; y cuál es el fin del Estado, como institución, en un determinado momento para los individuos que lo conforman y que integran la comunidad.

Una exposición del problema de los fines universales objetivos del Estado se ha realizado desde una perspectiva teológica, cuya opinión es que el Estado es quien ejecuta los fines de la humanidad o que materialice el reino de Dios en la tierra; estas teorías cuentan con un significado permanente ya que fueron las primeras en concebir que los fenómenos históricos son el desarrollo de una actividad, con el propósito de alcanzar un objetivo. Existe una teoría respecto de los fines objetivos particulares del Estado que resulta ser arbitraria, debido a que

¹³*Ibidem* p. 513

al momento de fijar dichos fines atiende, frecuentemente, a una actividad del Estado en el transcurso del tiempo, que resulta ser cambiante, y explicándolo como si fuera el fin propiamente esencial de su ser. Se tiene claro que no se puede hablar de fines objetivos, que se encuentren asignados al transcurso de un poder superior que los someta, ya que en todo caso son intereses particulares de cada Estado que fueron creados gracias a la situación histórica de cada uno de ellos.

Otro problema que se presenta es el referente a los fines subjetivos del Estado, o sea, a la relación que existe entre el Estado con sus fines individuales; debido a que la vida del Estado consiste en una serie de acciones humanas, desarrolladas de manera ininterrumpida, la existencia de fines es irrefutable, ya que todo acto del Estado debe de tener un fin racional. A pesar de lo diferentes que puedan llegar a ser las acciones y diversas las formas en las que se pueden presentar los fines del hombre, se puede afirmar que toda esta variedad se puede reunir en fines que se consideren superiores y últimos para todos los miembros.

Son diversos los medios que se pueden utilizar para cumplir con los fines denominados superiores, por esta razón cada Estado tiene fines que son particulares para el mismo y para sus miembros que luchan por completarlos. Esto tiene significado importante atendiendo a que a través de esto se puede complementar la justificación de Estado, en su aspecto ético y psicológico; apartándose de la idea de que los fines del Estado tienen relación con una cuestión jurídica, y señalando que dicha cuestión más bien es histórica política, por ello se encargara de su estudio la teoría del Estado en conjunto con la política práctica; luego entonces para que exista una modificación en lo referente a la organización y legislación del Estado requiere legitimarse tomando en cuenta su finalidad misma.

Con algunas teorías el problema de los fines del Estado se vio disminuido, ya que se llegó a afirmar que existe la posibilidad de prescindir del estudio de este tema o en otras ocasiones le negaron todo fin al Estado; teniendo que Kelsen considera que el Estado se resume en una forma jurídica que se encuentra al servicio de cualquier fin posible; ya que el Estado no cuenta con un fin específico.

De igual manera considera que la cuestión referente a los fines que debe de perseguir el Estado es un problema de carácter político, no siendo posible que se ubique dentro de la teoría general del Estado, considerando que el orden coactivo del Estado nace como un sistema cerrado y por ello no necesita una fundamentación posterior o una justificación fuera del mismo orden.

Poniendo de manifiesto con esto, que el Estado no es más que un medio para la realización de los fines considerados como posibles, o dicho de otra manera, el derecho no es otra cosa que la forma de los contenidos posibles.

Diverso autores han expuesto teorías referentes a las funciones y fines del Estado; algunos le han atribuido funciones y fines de carácter universal, sometiendo toda la vida humana a una regulación precisa; y por el contrario existen quienes proponen el detrimento de las funciones del Estado reduciéndolas a lo mínimo posible, para lograr que la libertad individual cuente con un amplio espacio.

También podemos encontrar a autores que desarrollan una postura intermedia, o una postura que logre un arreglo y simplificación; toda vez que el Estado en la actualidad ha aumentado de manera considerable sus funciones; dejando claramente establecidas las garantías de los derechos individuales, pero con las convenientes restricciones a la injerencia estatal, apareciendo el Estado de Derecho, siendo necesario que no se debe entender por tal a cualquier conjunto de normas proporcionadas por el Estado, ya que considerar esto sería aceptar que cualquier Estado es un Estado de derecho, pues cualquier Estado es sujeto y centro de un ordenamiento jurídico.

Más bien debemos entender por Estado de derecho al Estado que es legítimo y hablando con más propiedad, entender como tal a aquel capaz de reconocer los derechos inherentes de la persona humana; excluyendo por esta razón a todo poder arbitrario, ya que el poder del Estado no es una simple relación de fuerza, y toda función estatal y acto de gobierno, debe de subordinarse a los principios jurídicos constitucionales, que resultan protectores de los derechos, esenciales, de la persona humana.

El Estado no debe considerarse únicamente como un órgano vigilante o policía que se dedique a defender el liberalismo, pues es más que eso, es una organización propulsora de progreso y sistematización en todos los aspectos de la vida humana; y gracias a esto, los fines y funciones se justifican en la medida en que las personas concebidas con niveles de igualdad ante el Estado, encuentren la satisfacción a sus necesidades comunes.

Como resultado de las consideraciones anteriores se puede afirmar que el Estado no es un fin en sí mismo, pero si posee fines y debe procurar, de manera directa o indirecta, todos los recursos materiales o culturales que posibiliten un desarrollo integral de la persona humana. El bien común denota esencialmente la proporción que acoge el bien hominal, dado que el hombre como animal político vive en sociedad; por ello, el bien común es público o particular, dependiendo si se encuentra vinculado a provechos particulares o públicos.

En el bien común aparecen tres perspectivas fundamentales: las espirituales, las morales y las materiales; relacionado con estas tres perspectivas hay quienes consideran como fines parciales de la organización política el vivificar la cultura del pueblo, la virtud moral del mismo y la consecución de su bienestar material, partiendo de la consideración de que el problema de los fines del Estado no es su carácter universal, pues debe referirse a los fines concretos de una organización determinada; a través de la historia son los fines parciales y no lo referente a la universalidad lo que postula el bien común.

“La teoría ofrece diferentes criterios de clasificación respecto a los fines del Estado; así, para Platón el fin del Estado es la justicia traducida en bien común. Para Aristóteles es la justicia entendida como felicidad. En el pensamiento tomista el fin del Estado es el bien común, es decir, el orden justo para la vida suficiente de una comunidad, la justicia entre las otras virtudes, tiene por función propia orientar al hombre en las cosas relativas a otros”¹⁴

La sociedad tiene como fin al bien común, que puede entenderse como el bien del cuerpo social; este bien es de personas humanas y consiste en la buena vida de la multitud, traducida en la buena comunicación que existe entre sus

¹⁴González González, María de la Luz, *Opcit*, nota 10, p. 644.

miembros; ya que cuenta con una moralidad intrínseca, los actos realizados por la autoridad que sean injustos e inmorales, constituirán un daño al bien común.

Se ha dicho que el Estado se justifica por sus fines y por las necesidades sociales de su existencia, por ello cualquier fin social puede ser realizado por el Estado a través de sus funciones, pero no se puede pensar que el Estado tiene fines propios como entidad definida; la sociedad crea al Estado, derivado de su insuficiencia para realizar sus fines esenciales, ya que el hombre se encontraba a merced de las circunstancias, mismas que hubieran terminado por destruirlo; por ello se creó el Estado para poder subsistir y hacer posible la vida social merced al bien común.

Los fines propios del Estado, son fines esenciales, fines supremos que los individuos en forma aislada no podrían realizar, reduciéndose a la defensa exterior y mantenimiento del orden interior, como fines complementarios del Estado aparecen la realización del derecho y la promoción de la vida económica y cultural del pueblo, estos fines pueden realizarse por el Estado o por los particulares, o bien por ambos, ya que son también considerados fines concurrentes.

JUSTIFICACIÓN DEL ESTADO.

La cuestión de la justificación del Estado, que no es menos importante que la determinación del problema del Estado, en lo referente a la justificación del Estado nos encontramos en el terreno del deber ser, se intenta descubrir si el Estado se encuentra acorde con categorías morales que se encargan de regir su conducta o si por el contrario es un fenómeno ajustado únicamente a leyes de la naturaleza.

Al hablar del origen del Estado no debemos de perder de vista el tema de la justificación, debido a que ambos temas se encuentran íntimamente ligados, sin considerar que ambos son iguales, mientras que el primero se refiere a por qué existe el Estado, determinar su sentido inmediato y su función social; el segundo hace referencia a por qué debe existir el Estado, cual es su último fin y qué valor

simboliza el Estado para cada uno de sus integrantes, es decir el primero se encuentra en el mundo fáctico y el segundo en el mundo del deber ser.

Con el paso del tiempo las respuestas a las preguntas anteriormente referidas encuentran diversas respuestas y en ocasiones da nacimiento a nuevas interrogantes Jellinek y Heller, en términos similares cuestionan por qué el Estado debe existir con un poder coactivo, por qué cada uno de sus integrantes debe ceder su voluntad a la de otro miembro del mismo Estado, qué es aquello que motiva al sujeto a sacrificar sus metas por lograr las de la comunidad, podemos encontrar varios ejemplos en los que es difícil encontrar respuestas a estas preguntas, ya que las metas del Estado son cuestionables, como lo es la de hacer la guerra a otros Estados, eso en verdad ayuda a sus integrantes, la mayoría de sus integrantes querrá cumplir ese objetivo, son nuevas preguntas, pero que no se responden fácilmente, de ahí que sea importante determinar con claridad las finalidades del Estado.

Desde el punto de vista de los positivistas, el problema de la justificación del Estado carece de importancia, pero a pesar de ello es prácticamente imposible, a pesar de las diversas corrientes, determinar con exactitud la compleja realidad de la figura estatal, pues a pesar de los múltiples análisis la compleja estructura del Estado esta mínimamente descubierta, considerar que el Estado es una creación técnica es un error, el Estado es un resultado de la proyección de la humanidad, tomando lo mejor de las personas, como lo son sus valores.

Al analizar el problema de la justificación del Estado, se debe preguntar, qué es lo que da origen a dicho cuestionamiento, y de qué forma se presenta esta interrogante, en la antigüedad únicamente se discutía el origen del poder político y si éste era legítimo, pero se tenía entendido que el poder era necesario para la sociedad y que si éste faltaba la sociedad no podía subsistir, debido a que fueron varios pensadores, como Aristóteles, Santo Tomas de Aquino y Rousseau entre otros, no discutieron este punto, fue hasta con los socialistas que se comenzó a objetar de manera severa si el poder político era legítimo, llegando a la conclusión de que no tiene una buena justificación.

Los socialistas se lanzan contra la autoridad del Estado, idealizando una sociedad en la que el poder político este sustituido por acuerdos libres en los miembros que la conforman, pero esta idea resulta bastante utópica, pues la historia demuestra que es poco probable que se cumpla una orden de manera voluntaria, por su parte Engels afirma que el Estado es necesario en una sociedad que se divide en clases, ya que es un instrumento de la clase explotadora sobre la clase a la que se explota, lo que da como resultado que en una sociedad basada en el comunismo, ya que no existe una diferencia de clases y por lo tanto no hay una diferencia entre las personas que la integran.

Diversas teorías.

Los principios que sirvan para justificar al Estado como una institución pueden utilizarse como pauta valorativa y con ella realizar un juicio sobre las demás organizaciones políticas concretas, estas perspectivas entre si no se contraponen, por el contrario, sirven como antecedentes de las demás.

Existen varias teorías que pretenden responder al problema de la justificación del Estado, existen tantas y tan variadas como pensadores han tratado de formular una respuesta, teniendo como similitud que se basan en estudiar al Estado intentando darle un origen y legitimar el poder público, de acuerdo con Jellinek “cinco son las direcciones con las cuales se trata de probar la necesidad del Estado, a saber: partiendo del necesidad religiosa, de un necesidad física, jurídica, moral y psicológica.”¹⁵

La doctrina basada en la necesidad religiosa y que se ha manifestado a través de los siglos, se basa en el principio de la existencia de un Dios que creador y prudente, sosteniendo que las cosas han sido creadas por ese Dios, encontrando aquí su principio y último fin, mediante el cual el Estado utilizando su poder coactivo, tiene un origen en la divinidad y justificación en la medida en que lleva a cabo los mandatos ordenados por ese Dios, esta doctrina tiene un

¹⁵Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, citado por González Uribe, Héctor, *Teoría Política*, México, Porrúa, 2001, p. 468.

trasfondo, que es el de recurrir a una realidad que da origen, sentido y valor al Estado, sea cual fuera el hombre que se le dé a ese Dios que permite la creación del Estado. Como ejemplos de esta doctrina se encuentran los Estados politeístas o monoteístas; o bien los que nacen en los pueblos con tradición judeo-cristiana.

La doctrina que surge en la necesidad jurídica de la agrupación, se basa en la existencia de un orden jurídico anterior y superior al propio Estado, derivando de este orden jurídica el fundamento del Estado y su legitimidad ante sus integrantes, teniendo como ejemplos de esta postura las del derecho de la familia, la del derecho patrimonial, y la del derecho contractual. La primera conocida en la historia del pensamiento político, con el nombre de teoría patriarcal, de orígenes muy antiguos, remontándose incluso hasta la Grecia, Roma y el pueblo de Israel. Teniendo en común la idea de que el Estado no es otra cosa que una inmensa organización de familias, y con ello se establece que los derechos derivan del grupo familiar, derecho al que se le considera de carácter natural divino y este derecho es trasladado por los padres de familia a los gobernantes que se encuentran al frente del Estado.

Las doctrinas que quieren justificar al Estado como una necesidad jurídica tienen, sin duda, una gran parte de verdad. Ya que no es posible negar la existencia de un orden jurídico anterior y superior al Estado del cual este recibe su legitimidad; el problema es que se debe establecer cuál es el orden jurídico anterior y superior al Estado, es de carácter familiar o patrimonial, de lo contrario es evidente que la justificación del Estado estaría muy acotada, ya que estaría restringido bien a un régimen paternalista o de protección de propietarios. Es válido cuestionar si un orden jurídico que nace convencionalmente, derivado de un acuerdo de voluntades, no sería limitado, ya que al tomar esta postura se estaría dejando fuera a todos aquellos integrantes del Estado que no formaron parte de ese acuerdo de voluntades, superando este problema si en un sentido muy amplio se considerara que el consentimiento puede otorgarse consuetudinariamente, por el solo transcurso del tiempo y la aceptación de los acuerdos; visto en esta postura se estaría dando mayor importancia al elemento voluntario en el Estado, tanto

para su formación como para su conversación y mantenimiento; únicamente modificable por un nuevo consenso popular.

La justificación patriarcal es una mala aplicación de la justificación de carácter religioso a la del poder político, debido a que no se preocupó por el Estado en general, ya que únicamente consideró una forma individual que lo forma y que es la Monarquía; tratando de conservar a sus súbditos en un estado permanente de minoría de edad, siendo por este motivo aceptada por aquellas personas a las que les beneficiaba resultar ser menores de edad frente a las personas que los gobiernan.

Otra forma que adoptó la doctrina jurídica que intenta justificar al Estado es la teoría patrimonial, misma que considera que la propiedad, como institución, precede, derivado del Derecho natural, a la figura del Estado, por ello la propiedad debe considerarse como fundamento del Estado.

En la edad media existen concepciones jurídicas que propician la consideración de la superioridad territorial como parte esencial de la propiedad y con ello la ley como propietario supremo de las tierras, derivando de esta perspectiva la concepción de que el Estado tiene una base jurídica que nace de la propiedad; siendo este el patrimonio con el que cuenta el monarca y del que nace el fundamento de la soberanía territorial.

En esta perspectiva, la posesión de las tierras da fundamento a un poder político; por ello la persona que adquiriera la posesión de las tierras, consigue el poder que traen aparejadas, otorgándole la calidad de príncipe, con esto las personas que gobiernan lo hacen por propio derecho, atendiendo a su libertad y propiedad.

La teoría patrimonial concibe un derecho natural de propiedad que es anterior y superior al Estado, encontrando el Estado en el mismo su justificación y fundamente; esto con independencia de que la propiedad se considere como un derecho natural que tiene todo ser humano; no tiene fundamento que la vuelva aceptable, actualmente, una teoría que sitúa en primer término el elemento territorial, subordinando al elemento humano, como lo hace la teoría de justificación patrimonial.

Otra vertiente de la doctrina jurídica que pretende justificar al Estado tiene una postura que nace del contrato; teniendo importancia por los representantes de la misma y porque ha provocado un influjo en el pensamiento político y la legislación con que cuentan los Estados modernos. Las doctrinas basadas en un principio contractualista, más que intentar explicar el origen del Estado, pretenden desde su nacimiento dar una justificación o legitimación al poder político, siendo este ámbito de la justificación estatal donde esta postura, derivada de un contrato, toma un enorme sentido, puesto que intenta fundamentar la autoridad de los gobernantes sobre el consentimiento.

Otros intentos de justificar al Estado parten de la base de una necesidad ética o psicológica o de la solidaridad social. Encontrándose comprendidas todas aquellas posturas que justifican al Estado demostrando, fundamentalmente, que existe una necesidad moral de los hombres y que sólo en el interior del Estado y por el Estado puede el hombre alcanzar su perfección total; reconociendo que el hombre vive en el interior del Estado debido a la exigencia de la naturaleza racional, debiendo ajustarse a ella para lograr su perfección moral y cumplir con la voluntad de Dios.

El individuo solo alcanza su realidad espiritual y su perfección moral en el Estado; como consecuencia de la liberación por la comunidad de los impedimentos de su egoísmo, lo que conlleva al Estado a su mayor valoración moral posible, en el terreno de la filosofía idealista. Las teorías psicológicas son aquellas que construyen la legitimidad del poder político en los impulsos de los hombres integrantes del Estado y que los conduce a formar la sociedad del Estado.

Se asemejan mucho en estas teorías psicológicas en las éticas, ya que aun cuando tiene una base distinta, en ambas se tiene que los impulsos políticos y sociales de los seres humanos, que no son más que un tipo de fuerza que los obliga a alcanzar una perfección del tipo moral, por ello se puede establecer que los autores que personifican la posición ético- espiritualista son también partidarios de la justificación psicológica del Estado.

Una variante de interés en las doctrinas éticas y psicológicas es la teoría solidarista que sostiene que la justificación del poder surge del hecho mismo de la solidaridad social, ya que esta impone deberes a los seres humanos, dando lugar a las sanciones para aquellos que no cumplen con sus deberes y a su vez justifica la necesidad de que exista una autoridad dentro del Estado que se encargue de vigilar la convivencia humana.

Existe una marcada similitud entre el problema filosófico del origen en el Estado y el problema, de la misma naturaleza filosófica, de la justificación del propio Estado, pero en el primer caso se tiene como objeto de estudio la pregunta fundamental de por qué existe el Estado, desde su inicio y hasta el presente, o sea, el objetivo es determinar la función social del Estado, su sentido patente, en el seno de la convivencia humana, mientras que el segundo tiene como objeto la pregunta de por qué debe existir el Estado en el presente y para el futuro, trasladándose la cuestión de un terreno ontológico al ético-valorativo; subsistiendo desde luego la problemática filosófica. Y gira, en última instancia, alrededor del hombre, de su naturaleza, sus fines, su destino. Del hombre, ser social y político, y de la comunidad, que no es que una prolongación en un enriquecimiento del hombre.

La posición teológico-religiosa trata de encontrar esa justificación en la sabiduría divina y en su voluntad legisladora. En el plan eterno de Dios para la creación. El Estado existe y debe seguir existiendo, por que así lo ha establecido el Dios a quien se atribuye el nacimiento del Estado, esto a través de sus disposiciones infinitas, que siempre están encaminadas a conseguir el bien del hombre, que a su vez debe encontrar el bien que está buscando en la comunidad política, respetando la autoridad establecida y las leyes que son impuestas, siendo este el medio indispensable para alcanzar su perfección. Toda potestad rectamente ordenada tiene origen divino y allí encuentra sus títulos de legitimidad.

Mientras que las doctrinas de la fuerza intentan subir al rango de la legitimidad lo que no es más que un hecho natural: la denominación de los fuertes sobre los débiles. Por ello no son consideradas propiamente doctrinas que intenten justificar al Estado, más bien intentan dar una explicación a una figura que

ha existido y continuará existiendo; este intento de encontrar la justificación del Estado en cosas que se basan en la naturaleza del hombre y de la sociedad no se puede sostener en una conciencia moral y jurídica del hombre moderno.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El Estado es una creación humana y por ello es susceptible de tener deficiencias, pero es una figura o producto que puede mejorar con el paso del tiempo y llegar a cumplir los objetivos para los que fue diseñado desde un principio o bien aquellos objetivos que ha ido adoptando conforme ha ido evolucionando, logrando con ello un mejor desarrollo en las personas que lo integran, en varios aspectos de su vida, pero se debe dejar de lado la idea de que un Estado no necesita de los demás ya que esta idea sólo retrasará el desarrollo del mismo, si bien en su momento resulto importante la autarquía, actualmente no tiene razón de ser.

SEGUNDA.- Se debe dejar de buscar que elemento del Estado es más importante y más necesario, ya que se pudo constatar que cada uno tiene su razón de ser y que dependerá mucho de la postura y autor que se analice para darle mayor o menor importancia, por ello debemos establecer que son un conjunto de elementos que de manera independiente pueden llegar a formar otras figuras, muy similares al Estado pero en ningún momento pueden ser un Estado, ya que son interdependientes y cada uno necesita del otro para que en conjunto se alcance el desarrollo de los individuos que lo conforman, pues considerar que un elemento puede sustituirse o suprimirse no es permisible.

TERCERA.- Diversos son los fines que se persiguen con la creación del Estado, pero a mi parecer es el bien común el que presenta mayor importancia, pues para lograr el mismo se requiere de una serie de elementos que son benéficos para sus integrantes, es decir para lograr el bien común previamente se requiere lograr otras metas, metas que en menor medida otorgan un beneficio a los miembros del Estado, pero que de igual forman contribuyen al sano desarrollo del Estado y a conservar el status de cada miembro, sin la necesidad de fijar varios objetivos que retrasarían el normal desarrollo del Estado.

CUARTA.-Actualmente es difícil sostener que algunos logros de la humanidad serían posibles sin que se basen en la figura del Estado, ya que en él se deja de lado el objetivo individual de cada miembro y se fija un objetivo común y superior que es interesante a cada uno de ellos, teniendo la posibilidad de que una vez que se cumpla el objetivo, éste pueda ser compartido con los demás Estados y a su vez, aprovechar los logros de los demás Estados, acelerando con ello el progreso, lo cual considero es una perfecta justificación para el nacimiento del Estado moderno y una perfecta oportunidad para abandonar nuestras metas personales, temporalmente, para lograr una meta común y favorable a todos.

BIBLIOGRAFÍA.

1.- Andrade Sánchez, Eduardo, *Teoría General del Estado*, México, Harla, 1987.

2.- Arnáiz Amigo, Aurora, *Ciencia del Estado*, México, Antigua librería Robredo, 1959.

3.- Crespo, José Antonio, *Para entender el Estado*, México, Nostra ediciones, 2006.

4.- Cruz Gayosso, Moisés et al., *Teoría General del Estado*, México, Iure Editores, 2006.

5.- González González, María de la Luz, *Teoría General del Estado*, México, Porrúa, 2008.

6.- González Uribe, Héctor, *Teoría Política*, México, Porrúa, 2001.

7.- Serra Rojas, Andrés, *Teoría del Estado*, México, Porrúa, 2005.

8.- Zippelius, Reinhold, *Teoría General del Estado: ciencia de la política*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Porrúa, 2002.

LIBROS ELECTRÓNICOS.

1.- Dabin, Jaen, *Doctrina General del Estado. Elementos de filosofía política*, trad. de González Uribe, Héctor y Toral Moreno, Jesús, serie Doctrina Jurídica número 123, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2003, <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/832/6.pdf>

2.- Kaplan, Marcos, *Estado y globalización*, 1ª reimpression, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=277>



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO



ENSAYO:
ABUSO DE AUTORIDAD.

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA

MARTÍNEZ CRUZ MARIO ALBERTO

ASESOR:
LIC. ARTURO LUÍS COSSÍO ZAZUETA.

CIUDAD UNIVERSITARIA, MÉXICO DISTRITO FEDERAL A 12 DE SEPTIEMBRE DE 2011.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN	4
NATURALEZA JURÍDICA.	5
ARTÍCULO 215 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.	6
I.- Cuando para impedir la ejecución de una ley, decreto o reglamento, el cobro de un impuesto o el cumplimiento de una resolución judicial, pida auxilio a la fuerza pública o la emplee con ese objeto	6
II.- Cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare o la insultare	7
III.- Cuando indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarles o impida la presentación o el curso de una solicitud	9
IV.- Cuando estando encargado de administrar justicia, bajo cualquier pretexto, aunque sea el de obscuridad o silencio de la ley, se niegue injustificadamente a despachar un negocio pendiente ante él, dentro de los términos establecidos por la ley	12
V. Cuando el encargado o elemento de una fuerza pública, requerido legalmente por una autoridad competente para que le preste auxilio se niegue a dárselo o retrase el mismo injustificadamente. La misma previsión se aplicará tratándose de peritos	13
VI.- Cuando estando encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de las sanciones privativas de libertad, de instituciones de readaptación social o de custodia y rehabilitación de menores y de reclusorios preventivos o administrativos que, sin los requisitos legales, reciba como presa, detenida, arrestada o interna a una persona o la mantenga privada de su libertad, sin dar parte del hecho a la autoridad correspondiente; niegue que está detenida, si lo estuviere; o no cumpla la orden de libertad girada por la autoridad competente	13
VII.- Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la haga cesar, también inmediatamente, si esto estuviere en sus atribuciones	16
VIII.- Cuando haga que se le entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indebidamente	17
IX.- Cuando, con cualquier pretexto, obtenga de un subalterno parte de los sueldos de éste, dádivas u otro servicio	18
X.- Cuando en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, otorgue empleo, cargo o comisión públicos, o contratos de prestación de servicios profesionales o mercantiles o de cualquier otra naturaleza, que sean remunerados, a sabiendas de que no se prestará el servicio para el que se les nombró, o no se cumplirá el contrato otorgado	19

XI.- Cuando autorice o contrate a quien se encuentre inhabilitado por resolución firme de autoridad competente para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, siempre que lo haga con conocimiento de tal situación _____	20
XII.- Cuando otorgue cualquier identificación en que se acredite como servidor público a cualquier persona que realmente no desempeñe el empleo, cargo o comisión a que se haga referencia en dicha identificación _____	20
XIII.- Obligar al inculpado a declarar, usando la incomunicación, la intimidación o la tortura	21
XIV.- Obligar a declarar a las personas que se mencionan en el artículo 243 Bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, acerca de la información obtenida con motivo del desempeño de su actividad _____	22
XV. Omitir el registro de la detención correspondiente o dilatar injustificadamente poner al detenido a disposición de la autoridad correspondiente _____	23
XVI. Incumplir con la obligación de impedir la ejecución de las conductas de privación de la libertad _____	24
SUJETO ACTIVO. _____	24
SUJETO PASIVO. _____	25
BIEN JURÍDICO. _____	25
SANCIONES _____	25
NON BIS IN IDEM _____	26
ANÁLISIS DEL TIPO PENAL Y SU PUNIBILIDAD. _____	28
CONCLUSIONES. _____	30
BIBLIOGRAFÍA. _____	32

ABUSO DE AUTORIDAD.

INTRODUCCIÓN

El Delito de abuso de autoridad se encuentra contemplado en el Código Penal Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931 en el TITULO DECIMO, denominado “Delitos Cometidos por Servidores Públicos”, y específicamente en el CAPITULO III, para poder tener una noción clara de lo que se va a tratar en el presente trabajo debemos aclarar que se entiende por ABUSO y que se entiende por AUTORIDAD.

De acuerdo con la Real Academia Española Abusar significa: Usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien. Por lo que hace al concepto de autoridad existen diferentes definiciones, pero la doctrina considera que debe entenderse por Autoridad, “la posesión de quien se encuentra investido de facultades o funciones o la persona o cosa que goza o se le atribuye fuera, ascendencia u obligatoriedad. Por extensión, se aplica para designar a los individuos u órganos que participan del poder público. La noción de autoridad jurídica, indica el poder o capacidad de un individuo o grupo para modificar la situación jurídica existente.”¹

El ilícito en estudio nace de la necesidad de garantizar al gobernado que su actuar ante una autoridad es libre y no se verá limitado de ninguna forma, además de que el actuar del Estado, como organización jurídica, en su administración será regular y ajustado a derecho, contando el particular con los mecanismos necesarios para sancionar el actuar incorrecto de las autoridades, o de las personas que las representen, en cualquier momento en que se presente. “Ya en la Novísima Recopilación (lib. IV, tít. XXX, ley 12, y lib. V, tít. XXXIII, ley 4) se ordena a los ministros de corte y villa, y a los alguaciles, que se abstengan de prender sin orden de los jueces a persona alguna sino en los casos de hallarla cometiendo algún delito, si la detención fuere maliciosa, se imponía al culpable

¹ Herrera Pérez, Alberto, *Delitos cometidos por servidores públicos*, México, Porrúa, 2005, P. 15

pena arbitraria.”², legislación que fue aplicada en México durante la época colonial y que provenía de España.

El maestro Maggiore, señala que: “el abuso genérico de autoridad, también llamado en la doctrina abuso innominado de autoridad, consiste en el hecho del funcionario público que, abusando de los poderes inherentes a sus funciones, comete cualquier hecho no previsto como delito por una especial disposición legal, con el fin de causar a otros algún perjuicio o para procurarles algún provecho. Agregando que en el sistema del derecho penal el abuso de autoridad tiene dos funciones: una genérica y otra específica. Puede adherirse a cualquier hecho para cuya consumación se haya valido el agente de su calidad de funcionario público; y puede originar un delito aparte, es decir, un hecho que, por su gravedad, se convierte en objeto de especial acriminación. Lo que le confiere la gravedad especial al hecho y lo hace elevarse al título particular de delito, es el fin de lucro, la venalidad demostrada del funcionario público, como en el peculado, la concusión y la corrupción.”³

NATURALEZA JURÍDICA.

En primer término se tiene que el ilícito en estudio debe ser cometido por persona que sea considerada como servidor público, y que dicha conducta se debe de ajustar a cualquiera de las que se describen en las dieciséis fracciones del artículo 215 del Código Penal Federal, pues si la conducta, a pesar de estar comprendida en cualquiera de los supuestos del delito, no la realiza una persona con la calidad de servidor público, no existe el delito de abuso de autoridad, se podría estar en presencia de otro delito, pero no el que se analiza en este momento, o bien se podría estar en un grado de participación diferente al de autor material.

² Cuello Calón, Eugenio, *Derecho penal, Parte especial*, Tomo II, Volumen Primero, 14ª Bosch, España, 1980 pp. 85 y 86. Citado por López Betancourt, Eduardo, *Delitos en particular*, Tomo II, México, Porrúa, 2008, t. II, p. 324.

³ Giuseppe Maggiore, *Derecho penal. Parte especial*, Volumen III, Témis, Colombia, 1995, p. 208. Citado por López Betancourt, Eduardo, *Delitos en particular*, Tomo II, México, Porrúa, 2008, t. II, p. 316.

ARTÍCULO 215 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

En el Código Penal Federal se establecen dieciséis hipótesis en las que puede configurarse el delito de Abuso de autoridad, algo importante es que el artículo 215 de la referida legislación limita, en cuanto al sujeto activo, a quienes pueden cometer el ilícito al señalar que “Cometen el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes:”, de ello que se debe aclarar quién tiene la calidad de servidor público, pues de no ser servidor público no puede darse un abuso de autoridad, la propia legislación anteriormente referida en su artículo 212 dispone: Para los efectos de este Título y el subsecuente es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente Título, son aplicables a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados a las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos en este título, en materia federal.

Una vez hecho lo anterior se analizara cada una de las fracciones que conforman el artículo 215 del Código Penal Federal vigente:

I.- Cuando para impedir la ejecución de una ley, decreto o reglamento, el cobro de un impuesto o el cumplimiento de una resolución judicial, pida auxilio a la fuerza pública o la emplee con ese objeto;

De la lectura de esta fracción se desprenden dos hipótesis, la primera la solicitud de auxilio a la fuerza pública para impedir la ejecución de una ley, decreto o reglamento, el cobro de un impuesto o el cumplimiento de una resolución judicial y la segunda consistente en la utilización de la fuerza pública para hacer posible lo antes señalado. Impedir debe entenderse como restringir u obstruir los efectos legales que la norma establece. En lo que se refiere a la primera hipótesis debe entenderse que el sujeto activo que la va a desplegar es un servidor público que

no tiene bajo su mando a la fuerza pública por ello es que “pide auxilio”, dicha solicitud puede ser verbal o escrita, y no necesita que se preste la misma para colmar los extremos del ilícito en estudio, pues a pesar de que no se cumpla con el impedimento pretendido, la conducta es típica.

En cuanto a la segunda hipótesis se deduce que el sujeto activo, en función de su cargo, tiene bajo sus órdenes o a su disposición la fuerza pública, los integrantes de la fuerza pública se pueden encontrar en dos hipótesis, una que consiste en tener conocimiento de cuál es el fin que se persigue al emplear la misma o bien no tener conocimiento de cuál es la intención o resultado que se espera al emplear la fuerza pública. Dependiendo de la hipótesis en la que se encuentren puede existir responsabilidad penal o bien estar frente a un error de prohibición por considerar que se actuar se deriva del cumplimiento de un deber. Otro aspecto importante en esta fracción es determinar que se debe entender por resolución judicial, ya que es muy amplio el término, pero comprende todos aquellos actos legales, dictados por un juzgador en el desarrollo de un proceso, que pueden ir desde la aplicación de una medida de apremio hasta la sentencia definitiva, incluidos todas aquellas resoluciones que se dicten en los incidentes correspondientes, incluso aquellos tramitados para ejecutar la sentencia definitiva. Sin perder de vista que dicha resolución judicial debe reunir todos y cada uno de los requisitos sustantivos y adjetivos que para el caso en específico señale la legislación aplicable, pues de faltar alguno el impedimento de la ejecución de una ley, decreto o reglamento, el cobro de un impuesto o el cumplimiento de una resolución judicial, a pesar de ser a través de la fuerza pública no tendría consecuencias de carácter penal. Con esta fracción se pretende castigar la actitud, dolosa, que toma el servidor público en el desempeño de sus funciones.

II.- Cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare o la insultare;

Estamos ante diferentes hipótesis, pueden presentarse ejerciendo funciones o bien con motivo de ellas, ambas encaminadas a hacer violencia a una persona sin causa legítima, vejlarla o insultarla. Hipótesis que reflejan un verdadero abuso de autoridad, rebasando el servidor público las funciones que le

fueron encomendadas, causando daño a cualquier particular, siendo innecesaria dicha actitud.

La violencia puede presentarse en dos formas, ya sea física o moral, la primera concebida como la aplicación de una fuerza material a una persona, y que puede ser empujarlo, sujetarlo, impedirle el paso a través de la fuerza o incluso golpearlo, dando como consecuencia en este último caso origen a un delito diverso como lo es el de lesiones o el de homicidio, pues si bien están inmersas en la conducta, las mismas no se requieren para colmar los elementos del delito de abuso de autoridad; en tanto que la segunda está presente cuando se amaga, dejar ver la intención o disposición de ejecutar próximamente algo, o amenaza, dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otro, a una persona con un mal grave, presente o de manera inmediata, pero a la vez que sea capaz de intimidarlo. En estas hipótesis además de ser necesaria la calidad de servidor público, el sujeto activo debe ser una autoridad, encontrándose investido de la facultad de obligar a un tercero a través de actos que modifiquen o puedan modificar su situación jurídica, ya que a falta de tal facultad trae consigo la imposibilidad de adecuar la conducta realizada al tipo penal descrito. Por lo que respecta a INSULTAR, gramaticalmente significa, ofender a alguien provocándolo o irritándolo con palabras o acciones, y VEJAR debe de entenderse como maltratar, molestar, perseguir a alguien, perjudicarlo o hacerle padecer, o bien, maltratar, molestar a alguien, menospreciándolo y humillándolo.

En una hipótesis el sujeto activo está desempeñando las funciones propias de su empleo, cargo o comisión en el servicio público y abusa de las mismas para ejercer la función que le fue encargada, para poder integrar esta hipótesis el servidor público deberá abusar del ejercicio de las facultades o autoridad que el cargo le confiere. El abuso para erigirse como conducta típica se debe exteriorizar al momento en que el servidor público ejerce las facultades con las que cuenta, pues de no ser así, no podrá integrarse la hipótesis que contempla esta fracción. Esta hipótesis no solo necesita para lograr integración que el activo se encuentre en ejercicio del empleo, cargo o comisión, sino que además, ejerza las funciones propias del mismo y que en ese ejercicio incurra en excesos, es decir, la conducta

típica del sujeto activo debe encontrarse relacionada con sus funciones como servidor público.

En la segunda hipótesis, el servidor público al momento de desarrollar la conducta, se vale de las funciones que tiene como servidor público. La violencia, necesaria para integrar el tipo que se analiza, es exclusivamente aquella que recae sobre una persona; ya que la que se ejerce en los bienes muebles o inmuebles, pertenencias o propiedades del sujeto pasivo, no puede integrar el tipo que se describe. Al no especificar la violencia que es necesaria desplegar, por parte del sujeto activo, la misma puede ser física o moral, pero cualquiera de ellas sin causa legítima, esto es, sin que exista una causa legal que justifique ejercer violencia sobre la persona. Puede suceder que al momento de cumplir con un mandato judicial se genere al sujeto pasivo algún tipo de maltrato, encuadrándose la conducta del servidor público en la descripción que realiza el legislador, pero debido a que el legislador establece con precisión que la violencia debe ser sin causa legítima, actuar con motivo del cumplimiento de un mandato judicial quedaría comprendido en un tipo permisivo excluyente del delito.

Por lo que hace a realizar una vejación, la misma debe ser de relevante magnitud para que pueda configurarse el abuso de autoridad; esto es, la misma debe ser de tal gravedad para estar en posibilidad de establecer que el servidor público excede los límites de la autoridad que tiene con motivo de su empleo. El insulto a que se refiere en esta fracción y que se profiere hacia una persona debe ser humillante, vergonzante, que se dirija en contra del honor, la moral o aspectos familiares; pues tanto en las vejaciones como en los insultos no existe una base sobre la que se pueda determinar que tanto sufrió el sujeto activo al recibirlos, por lo que es al juzgador a quien le corresponde analizar los insultos y vejaciones que el sujeto activo expresó para establecer si colman los extremos del ilícito.

III.- Cuando indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarles o impida la presentación o el curso de una solicitud;

Sobre el particular, Mariano Jiménez Huerta⁴ señala: “amplia es, en verdad, la primera alternativa hipótesis contenida en esta descripción, pues hace referencia general a la protección o servicio que el servidor público tiene obligación de prestar a los particulares. Nos hallamos ante un tipo de formulación libre y contenido en blanco, pues su ausencia sólo puede vincularse y completarse mediante congruentes referencias a leyes que imponen a los servidores públicos específicas obligaciones que otorgar a los particulares determinada protección o servicio. Desde el punto de vista fáctico, tanto se integra el comportamiento típico cuando el sujeto activo niegue el otorgamiento de la protección o servicio que está obligado a prestar como si retarda prestarlo en aquellos casos en que las leyes obliguen a un inmediato otorgamiento. En uno y otro caso se requiere que la negativa o retardo se haga “indebidamente”, pues en forma expresa el tipo contiene ese elemento normativo”.

En la acción de retardar, debe existir por parte del sujeto activo la intención deliberada y precisa de entorpecer la protección o servicio que está obligado a prestar, no siendo posible la integración del tipo a través de la culpa, en razón de que el olvido, negligencia o descuido del servidor público no entraña una intención directa de retardar, aun cuando sea indebida, lo anterior considerando que lo que pretende sancionar el legislador es el ánimo doloso del servidor público de prorrogar, con plena conciencia, proteger o servir a quien está obligado con motivo de sus funciones. La negativa debe de ser expresa, sin que implique que deba constar por escrito, pues puede presentarse de manera verbal, pero nunca ha de satisfacerse el requisito si se infiere la negativa a partir de presunciones, de tal manera que si el activo simplemente no contesta una petición o solicitud respecto a la realización de un servicio o prestación de una protección, podrá su conducta encuadrar en un retardo, pero no en una negativa; igualmente si el activo emplea evasivas para cumplir con su deber, la conducta podría ser un retardo indebido, sancionado de igual manera, pero en ningún momento considerado como una negativa.

⁴ Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, Volumen II, México, Porrúa, 1981, p. 392, citado por Herrera Pérez, Alberto, *Delitos cometidos por servidores públicos*, México, Porrúa, 2005, p. 22

Se debe analizar si en las leyes o reglamentos respectivos, está señalada la obligación o facultad del servidor público, referida a la hipótesis de comisión que se señala en la fracción analizada, de igual forma que la protección o servicio solicitados y que niega el servidor público se encuentran relacionados con las funciones que desempeña, para una correcta integración del tipo penal descrito, siendo necesaria la conducta que niega o retarda el servicio que está obligado a prestar. Como exige una calidad específica en el sujeto pasivo, la negativa o retardo en la protección o en la prestación del servicio, se sancionará cuando el solicitante sea un particular, bien como persona física o persona moral, y al existir negativa a un ente público, no se configura esta hipótesis. El impedir la presentación o curso de una solicitud ante instancias públicas por parte del sujeto activo, constituyen la otra hipótesis de comisión, estando integrada la misma aún en los casos en que el servidor público despliegue la conducta en un lugar diverso al de su competencia, ello en atención a que el tipo no señala si la conducta del activo, debe llevarse a cabo en el ejercicio de sus funciones o con motivo de las mismas, por ende, si la ley no distingue, la conducta será típica en cualquier forma que el servidor público la realice, ya sea en el desarrollo de sus funciones o bien, con motivo de las mismas, pero siempre en su carácter de servidor público.

El impedimento de la presentación de una solicitud y el curso de una solicitud debe de ser indebida, ya que no permitir que se realice una solicitud por no ser competente para atenderla o resolverla no permite que se configure la hipótesis descrita por el legislador. La presentación y curso de una solicitud debe ser sobre trámites realizados ante instancias públicas, en las que el servidor público en su carácter de tal, impide la presentación o su curso correspondiente. El impedimento se puede presentar por cualquier medio, inclusive empleando violencia, ya sea física o moral; implicando que la solicitud fue presentada ante la instancia pública respectiva y el servidor público no permite que la solicitud continúe su debido tramite, el impedimento debe anular la posibilidad de dar continuidad al tramite solicitado, pues si sólo entorpece o retrasa el procedimiento, no se configura este evento típico. En esta fracción se sanciona la negativa o el retraso en la protección o servicio que está obligado a prestar el servidor público a

los particulares; esta situación se presta a confusiones frente al ilícito de uso indebido de atribuciones y facultades.

IV.- Cuando estando encargado de administrar justicia, bajo cualquier pretexto, aunque sea el de obscuridad o silencio de la ley, se niegue injustificadamente a despachar un negocio pendiente ante él, dentro de los términos establecidos por la ley;

Para ser sujeto activo en esta fracción, además de ser servidor público, se requiere que sea de las personas encargadas de administrar justicia, siendo estos los que se encuentran investidos legalmente del cargo de jueces, magistrados o ministros y los servidores públicos de las juntas de conciliación y arbitraje. Debe señalarse que la administración de justicia la tienen a su cargo los juzgados y tribunales, mientras que la procuración de justicia es competencia de las diversas procuradurías, no debemos confundir a las personas “encargadas de administrar justicia”, con aquellas que colaboran o trabajan en las dependencias encargadas de la administración de justicia, pues únicamente son personas que no pueden despachar o resolver un proceso o dictar actos que de él deriven, a pesar de que intervienen en el desarrollo del proceso judicial. Despachar debe entenderse en su acepción de resolver, es decir, dar el debido trámite al negocio presentado ante un servidor público encargado de administrar justicia.

La negativa debe ser siempre injustificada, pues no debe existir una causa legal o material que le impida el dictado de la resolución o acto correspondiente, dentro de los términos establecidos por la ley. El tipo penal no se colma con la negativa del activo a despachar un negocio pendiente ante él, ya que además de la negativa es necesario que el negocio no se resuelva dentro de los términos previstos legalmente, puesto que con la negativa de resolver el negocio en tiempo, no se lesiona el bien jurídicamente tutelado, que es la pronta y expedita administración de justicia, al referirse “dentro de los términos establecidos por la ley”, no se refiere a que sea con las formalidades establecidas en la ley, sino a los plazos y términos con que se cuenta para dicha actividad. Este supuesto debe entenderse como la negativa indebida por parte del servidor público a despachar un negocio del cual ha tenido conocimiento legalmente. La negativa no deberá

necesariamente consignarse expresamente en un documento toda vez que aquella, puede ser acreditada a través de otros medios probatorios.

V. Cuando el encargado o elemento de una fuerza pública, requerido legalmente por una autoridad competente para que le preste auxilio se niegue a dárselo o retrase el mismo injustificadamente. La misma previsión se aplicará tratándose de peritos;

Se trata de un delito de acción doloso, en el que para la consumación es suficiente la negativa indebida por parte del servidor público en la prestación del auxilio requerido, sin que sea necesario que se produzca un resultado. Si bien el legislador no indica la forma en que debe constar el requerimiento, lo ideal es que se realice por escrito, siendo posible que en situaciones que requieran celeridad se realice el requerimiento de manera verbal, pero en ambos casos el requerimiento debe ser legal, es decir, que corresponda a algo jurídicamente posible. Toda vez que el presente ilícito requiere la calidad de servidor público en el sujeto activo, el retardo o negativa sólo es aplicable a los cuerpos policiacos públicos, no así a los privados. Las características que debe reunir el requerimiento es que sea concreto, directo, real y, preferentemente, dirigido específicamente a aquél que tiene el mando directo o que puede ejercer autoridad respecto de la fuerza pública (encargado), pero siendo suficiente realizarlo a cualquier elemento que forme parte de la fuerza pública. Por otra parte la negativa a prestar auxilio a una autoridad competente, por parte del servidor público que tiene a su cargo la fuerza pública debe de ser indebida. Por autoridad competente debe entenderse aquella que conforme a sus facultades legales puede solicitar el auxilio de la fuerza pública. El requerimiento hacia el encargado o elemento de la fuerza pública debe ser legal y realizarse por autoridad competente; si el auxilio de la fuerza pública es solicitado por una autoridad incompetente o por un particular, no podrá configurarse este evento delictuoso.

VI.- Cuando estando encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de las sanciones privativas de libertad, de instituciones de readaptación social o de custodia y rehabilitación de menores y de reclusorios preventivos o administrativos que, sin los requisitos legales,

reciba como presa, detenida, arrestada o interna a una persona o la mantenga privada de su libertad, sin dar parte del hecho a la autoridad correspondiente; niegue que está detenida, si lo estuviere; o no cumpla la orden de libertad girada por la autoridad competente;

Este tipo comprende una modalidad de lugar, y que se encuentra relacionada con la calidad que debe ostentar el sujeto activo y que es: a) encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de las sanciones privativas de libertad; b) encargado de instituciones de readaptación social; c) encargado de instituciones de custodia; d) encargado de instituciones de rehabilitación de menores; e) encargado de reclusorios preventivos; y f) encargado de reclusorios administrativos, entendiendo el concepto de encargado como el servidor público que tiene a su cargo o bajo su responsabilidad, de acuerdo a la normatividad correspondiente, un establecimiento destinado a la ejecución de las sanciones privativas de libertad, de instituciones de readaptación social o de custodia y rehabilitación de menores y de reclusorios preventivos o administrativos; este tipo penal contempla varios supuestos, a saber:

1.- Reciba el sujeto activo como presa, detenida, arrestada o interna a una persona sin que se cumplan los requisitos legales. Colmándose el supuesto desde el momento en que el servidor público, recibe como presa, detenida, arrestada o interna a una persona sin que se cumplan los requisitos legales, es decir, sin cumplir con lo dispuesto en los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en su caso las leyes procesales aplicables. El sujeto activo debe de realizar una conducta consistente en recibir a una persona en los centros de privación de la libertad sin que exista un acto fundado y motivado de una autoridad jurisdiccional o administrativa competente, que legitime la detención de la persona.

2.- Mantener privada de su libertad a una persona, sin dar parte del hecho a la autoridad correspondiente; integrándose este supuesto en el momento en que el activo, sin que se cumplan los requisitos legales, mantiene privada de la libertad a una persona y no informa de este hecho a la autoridad competente, la comunicación respecto del ilegal acto restrictivo de libertad que deberá realizar el

encargado del establecimiento hacia la autoridad correspondiente, deberá ser expresa. Por lo que hace al término “autoridad correspondiente” existen dos posibilidades, la primera que se revista de tal carácter a la autoridad que pone a disposición del encargado del centro de reclusión a una persona sin cumplir con los requisitos legales y ser ésta a quien el activo comunique tal hecho y la segunda posibilidad, aquella que conforme a la ley, el servidor público tiene obligación de informar. El plazo en cual el activo debe dar parte a la autoridad correspondiente, debe tomarse de aquellos que fija la Constitución para el caso de las detenciones ante el Ministerio Público y ante la autoridad judicial, pero si el agente incurre en una dilación notoriamente excesiva, no sólo esta constituirá un retardo, sino que válidamente puede considerarse que no dio parte del hecho a la autoridad correspondiente, integrando el tipo penal analizado.

3.- Niegue que una persona está detenida, si lo estuviere; satisfaciendo esta hipótesis cuando al ser requerido el encargado de un establecimiento respecto de la detención de una persona, manifiesta que no se encuentra detenida en dicho establecimiento, cuando realmente se verifica lo contrario. La negativa debe constar de manera indudable, bien por escrito o verbalmente, y de dicha negativa desprenderse el ánimo doloso del sujeto activo encaminado al ocultamiento de la persona que se busca. A pesar de que el tipo penal establece “detenida”, dicho término debe entenderse en un sentido amplio, no siendo posible que el activo se defienda al señalar que negó que una persona se encontraba detenida porque la misma se encontraba con una calidad diferente, como lo puede ser procesada, presentada, sentenciada o alguna otra, debiendo recordar que lo que se sanciona en este delito, es la conducta dolosa del activo que niega que se encuentra una persona privada de su libertad, cuando realmente se verifica lo contrario.

4.- No cumpla la orden de libertad girada por la autoridad competente, respecto de una persona que se encuentra privada de su libertad, para la configuración de este supuesto, se debe notificar plena y legalmente al encargado del establecimiento sobre la orden de libertad girada por la autoridad competente, y que en el cuerpo de la notificación se señale de manera específica y clara que se ordena la libertad de una persona; puesto a que el encargado del establecimiento no puede ordenar

la libertad de una persona partiendo de inferencias o presunciones, si el sujeto activo incumpliera con una orden de liberar a una persona y estuviera debidamente notificado de ella, pero la misma proviene de una autoridad notoriamente incompetente, su conducta no tendría por qué ser sancionada ya que la misma no colmaría los supuestos de la hipótesis que se describe en esta fracción, pero si la orden proviene de autoridad competente, el cumplimiento de la misma debe realizarse de manera inmediata, una vez cumplidos los requisitos administrativos que, en su caso, tuvieran que realizarse para efecto de otorgar la libertad a la persona que se encuentra privada de ella. En el entendido que al momento de llevar a cabo cualquiera de las conductas que se establecen en esta fracción el sujeto activo debe estar en el ejercicio de las funciones, que como servidor público desempeña.

VII.- Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la haga cesar, también inmediatamente, si esto estuviere en sus atribuciones;

Esta hipótesis contempla dos supuestos, a saber: a) cuando el sujeto activo tiene conocimiento de una privación ilegal de la libertad y no la denuncia de manera inmediata a la autoridad competente, por ello si al estar enterado de una privación ilegal de la libertad el servidor público no comunica de manera inmediata a la autoridad competente de la misma, se estará colmando el supuesto descrito en la fracción que se analiza, siendo la autoridad competente aquella que de acuerdo a sus atribuciones pueda intervenir para hacer cesar la privación de la libertad, de igual forma la conducta se adecua al tipo si la denuncia se realiza con un retraso excesivo o a una autoridad competente; b) cuando no hace cesar inmediatamente, una privación ilegal de la libertad si esto estuviere en sus atribuciones, pudiéndose materializar el “hacer cesar” a través de un tercero o bien por sí mismo, ahora bien si de acuerdo con sus atribuciones el sujeto activo tiene la facultad de hacer cesar la privación ilegal de la libertad y se limita a denunciar la misma, el tipo penal se colmara debido a que el sujeto activo ignora el deber que legalmente tiene. El servidor público puede tener conocimiento de la privación ilegal de la libertad de manera personal o por un tercero, integrándose el tipo

penal con independencia de quien sea el que realiza la privación, es decir que no importa si la privación la realizó un particular o una autoridad, ya que lo que se sanciona es la omisión del servidor público de informar o hacer cesar la privación, al hablar de “denunciar” no se establece alguna formalidad o requisito, pues lo que se pretende es el inicio de la investigación por parte de la autoridad competente; pues el sentido que debe atribuírsele es que el ilegal acto de privación de libertad se haga del conocimiento de la autoridad correspondiente sin mayor tramite, para que la misma implemente las acciones correspondiente. En ambas hipótesis el sujeto activo debe ser uno diverso a aquel que ordena o lleva a cabo la ilegal detención.

VIII.- Cuando haga que se le entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indebidamente;

Esta hipótesis encierra un acto de ejecución proveniente del sujeto activo que consistente en hacer que se le entreguen fondos, valores u otra cosa, pudiéndose verificar dicho acto por cualquier medio, inclusive a través de la violencia física o moral, puede ser un acto de un superior jerárquico a un inferior o lograrse a través de engaños, logrando que se colme la hipótesis cuando se ha realizado la entrega al activo de fondos, valores u otra cosa, por cualquier medio, pero además de la entrega se realice una apropiación o disposición indebida, y al señalar que dicho fondo, valor u otra cosa, “no se le haya confiado a él” indica que al servidor público no se le haya entregado bajo ningún título, como puede ser un depósito, posesión, guarda o custodia o prenda, entre otros, con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público que desempeña. La hipótesis encierra dos momentos, el primero cuando hace que le sean entregados los fondos, valores u otra cosa y el segundo cuando se los apropia o dispone de ellos indebidamente, siendo necesario que se presenten los dos momentos, ya que es un tipo compuesto se requiere que el sujeto activo realice la totalidad de acciones que el tipo penal prevé. Por fondos se debe entender un capital, caudal o bien, como sinónimos de dinero; por lo que hace al concepto de valores, debe entenderse el título representativo de participación de haberes de sociedades, de cantidades prestadas o mercaderías, entre otros; pero independientemente de los

conceptos anteriores el legislador señala “u otra cosa”, pudiendo ser esta un bien mueble o inmueble, fungible o no fungible, dejando abierta una gran posibilidad para la integración del tipo penal descrito.

IX.- Cuando, con cualquier pretexto, obtenga de un subalterno parte de los sueldos de éste, dádivas u otro servicio;

La persona de quien se recibe parte de su sueldo, dádivas u otro servicio, deberá de guardar una relación de jerarquía, esto es que el sujeto activo deberá ser el superior jerárquico del sujeto pasivo y la petición que haga del sueldo, dádivas u otro servicio a su subalterno, debe ser formulada en su carácter de servidor público, o sea, encontrándose en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, pues sólo de esta forma estamos ante la presencia del supuesto de jerarquía. En la descripción típica se presupone un acuerdo de voluntades entre el activo y el pasivo, mismo acuerdo que debe encerrar una forma de explotación laboral del superior hacia su subalterno, utilizándose de manera indebida la subordinación que nace de la jerarquía. Toda vez que lo que el legislador pretende evitar es que un servidor público abuse de sus subalternos y afecte su patrimonio o fuerza laboral, si la prestación solicitada por el sujeto activo es para beneficio de la entidad o dependencia para la que ambos laboran, no podría integrarse en su totalidad el tipo penal descrito en la norma. Debemos entender por sueldo la definición que se estipula en la Ley Federal de Trabajo en su artículo 82 y que es la que señala que: “Salario es la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo”, es posible que un subalterno haga entrega a su superior de cantidades que forman parte de su sueldo pero sin que dicha conducta integre los supuestos del tipo penal que se describe, ya que pueden derivar de la obtención de una contraprestación, por motivos de cooperación, aportaciones altruistas, para celebraciones, entre otros supuestos; el término servicio, se refiere a algún otro beneficio que reciba el sujeto activo; con las dádivas el legislador pretende proteger el actuar del superior, permitiéndole que sus actividades las realice de manera imparcial y que pueda tomar las decisiones sin estar comprometido de ninguna forma, desarrollando una buena función pública. Para que se encuentre debidamente integrada la hipótesis a que se hace referencia en la presente

fracción, es necesario que el superior ejerza sobre el subalterno un poder de mando, pues de lo contrario no se considera al sujeto pasivo como un subalterno, los medios que puede utilizar el activo para lograr su fin pueden ser variados, por ejemplo prometer un ascenso, disminuir la carga laboral o cualquier otro del que el subalterno pueda obtener beneficios.

X.- Cuando en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, otorgue empleo, cargo o comisión públicos, o contratos de prestación de servicios profesionales o mercantiles o de cualquier otra naturaleza, que sean remunerados, a sabiendas de que no se prestará el servicio para el que se les nombró, o no se cumplirá el contrato otorgado;

Debe aclararse que el servidor público dentro de su ámbito de competencia se debe encontrar facultado para otorgar empleo, cargo o comisión públicos, o contratos de prestación de servicios profesionales o mercantiles o de cualquier otra naturaleza, que sean remunerados, para que se integre correctamente la hipótesis descrita por el legislador, ya que si carece de dichas facultades no existirá una adecuación de su conducta a lo descrito en la norma; puede darse el caso de que el servidor público cuente con las facultades mencionadas anteriormente, pero que desconozca que no se prestará el servicio, impidiendo una adecuación típica en su conducta, pues no se acreditará el elemento subjetivo consistente en que la conducta se realice "a sabiendas". Pero además de que el conocimiento del incumplimiento sea a sabiendas, se requiere que el activo tenga conocimiento al momento de que otorga el empleo, cargo o comisión públicos, o contratos de prestación de servicios profesionales o mercantiles, ya que un incumplimiento posterior de la persona a quien se le otorgó el empleo, cargo o comisión públicos, o contratos de prestación de servicios profesionales o mercantiles no configurara la hipótesis típica descrita. Desde el momento en el que se otorga un empleo, cargo o comisión públicos, o contratos de prestación de servicios profesionales o mercantiles, debe existir una relación laboral entre la entidad o dependencia y la persona a quien se le otorga, por ello se deben reunir todos y cada uno de los requisitos laborales o en su caso los administrativos, ya que al estar frente a una simple propuesta de otorgar empleo, cargo o comisión

públicos, o contratos de prestación de servicios profesionales o mercantiles o de cualquier otra naturaleza, no colma los extremos del tipo penal y no puede considerarse como un delito.

XI.- Cuando autorice o contrate a quien se encuentre inhabilitado por resolución firme de autoridad competente para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, siempre que lo haga con conocimiento de tal situación;

Resolución firme es la que no puede combatirse con ningún medio de impugnación, teniendo la misma la calidad de cosa juzgada, puesto que ha causado estado, el servidor público a quien se le atribuye la conducta debe tener la facultad de autorizar o contratar a una persona para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, ya que de lo contrario no será posible colmar los extremos que requiere el tipo, de la lectura de la fracción analizada no se desprende que se obligue al servidor público a corroborar los antecedentes laborales para el otorgamiento del empleo, pero en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, en su artículo 40 párrafo quinto se establece: “Las dependencias y entidades invariablemente obtendrán la constancia de no inhabilitación de quienes pretendan ingresar al servicio público, previo al nombramiento o contratación respectivos.”, encontramos en esta hipótesis el elemento subjetivo, que consiste en el conocimiento del servidor público respecto de la inhabilitación de la persona a la que se le otorgará el empleo, cargo o comisión en la administración pública, pues si no se encuentra acreditado fehacientemente el conocimiento previo del servidor público respecto de la inhabilitación no se adecua la conducta del activo a la descripción típica que realizó el legislador.

XII.- Cuando otorgue cualquier identificación en que se acredite como servidor público a cualquier persona que realmente no desempeñe el empleo, cargo o comisión a que se haga referencia en dicha identificación;

La conducta del sujeto activo debe consistir en otorgar una identificación que le reconozca a quien la porta una calidad que no tiene, y que en el caso es la de servidor público. El acto de otorgar significa que el activo en usos de sus

facultades expide el falsificado medio de identificación, para que se integre debidamente el tipo penal no es necesaria la entrega de la identificación por parte del sujeto activo a la persona a quien se la expidió, debido a que lo que se sanciona en esta hipótesis es el abuso que hace el servidor público de sus funciones al expedir la identificación simulada y no el uso del documento falso, pues esta conducta traería como consecuencia la integración de un tipo penal distinto. Si es directamente el servidor público quien realiza la falsificación de la identificación existe la posibilidad de que la conducta vulnere dos bienes jurídicamente tutelados distintos y que se esté ante un concurso real de delitos, lo que es trascendente para la imposición de una sanción, sin perder de vista que al momento en el que se otorgue la identificación el servidor público debe tener tal facultad para ello, pues de no ser ese el caso no se estaría ante la comisión del ilícito que en esta fracción se describe.

XIII.- Obligar al inculcado a declarar, usando la incomunicación, la intimidación o la tortura;

Se refiere al derecho procesal con que cuenta el inculcado, hoy imputado con la entrada en vigor del sistema penal acusatorio, dentro de un proceso penal y protege el derecho consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 20, apartado B, fracción II, que establece como derecho del imputado: “A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio.”, de acuerdo con la Real Academia Española, incomunicar significa: “Aislamiento temporal de procesados o de testigos, acordado por los jueces, señaladamente por los instructores de un sumario.” e intimidar “Causar o infundir miedo.”, de acuerdo con la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, tortura significa: “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya

cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.”

XIV.- Obligar a declarar a las personas que se mencionan en el artículo 243 Bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, acerca de la información obtenida con motivo del desempeño de su actividad;

El artículo 243 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales establece: “No estarán obligados a declarar sobre la información que reciban, conozcan o tengan en su poder: **I.** Los abogados, consultores técnicos y los notarios, respecto de los asuntos en los cuales hubieran intervenido y tengan información que deban reservarse para el ejercicio de su profesión; **II.** Los ministros de cualquier culto, con motivo de las confesiones que hubieran recibido en ejercicio del ministerio que presten; **III.** Los periodistas, respecto de los nombres o las grabaciones, registros telefónicos, apuntes, archivos documentales y digitales y todo aquello que de manera directa o indirecta pudiera llevar a la identificación de las personas que, con motivo del ejercicio de su actividad, les proporcionen como información de carácter reservada, en la cual sustenten cualquier publicación o comunicado; **IV.** Las personas o servidores públicos que desempeñen cualquier otro empleo, cargo oficio o profesión, en virtud del cual la ley les reconozca el deber de guardar reserva o secreto profesional, y **V.** Los médicos cirujanos o especialistas y psicólogos clínicos, respecto de la información concerniente a la salud de sus pacientes, que conozcan con motivo de su ejercicio profesional.”, la conducta del sujeto activo debe consistir en que por cualquier medio obligue a las personas anteriormente mencionadas a declarar sobre la información obtenido en el desempeño de su actividad, teniendo como excluyente de responsabilidad si la declaración se recibe previa manifestación del deseo de declarar y existiendo el consentimiento expreso de quien les confió el secreto,

información o confesión, y que de ambas circunstancias exista constancia fehaciente.

XV. Omitir el registro de la detención correspondiente o dilatar injustificadamente poner al detenido a disposición de la autoridad correspondiente; y

En esta fracción estamos frente a dos hipótesis, la primera que consiste en omitir el registro de la detención correspondiente de una persona, considerando que dicha omisión sea dolosa, y corresponde a la creación del Sistema de Registro de Detenidos relacionados con delitos de competencia de la Procuraduría General de la República, mismo que fue creado con el objetivo de, según lo dispuesto por el artículo Primero del acuerdo por el que se creó, “establecer un control administrativo estricto de las detenciones bajo las modalidades de orden de aprehensión, flagrancia, ministerial por caso urgente, arraigo, cateo y provisional con fines de extradición, de personas que sean puestas a disposición del Agente del Ministerio Público de la Federación o entregadas a un Agente de la Policía Federal Ministerial o sean detenidas por este último”, siendo los obligados a realizar el registro los Agentes de la Policía Federal Ministerial, en el caso de la detención, independientemente del motivo que dio origen a ella, y el Agente del Ministerio Público de la Federación una vez que las personas detenidas sean puestas a su disposición; por lo que hace al segundo supuesto, consiste en dilatar injustificadamente poner a un detenido a disposición de la autoridad correspondiente, en este caso se encamina a la función de los cuerpos de seguridad pública, que están obligados a presentar a cualquier persona que hayan detenido ante el Agente del Ministerio Público que corresponda sin mayor trámite o bien al momento de ejecutar una orden de aprehensión ante la autoridad jurisdiccional correspondiente; pero también pueden ser sujetos activos de esta hipótesis los Agentes del Ministerio Público al no poner a disposición de la autoridad jurisdiccional correspondiente al detenido, contando estos últimos con los plazos establecidos en el artículo 16 constitucional, a saber: “Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la

autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada.”, colmándose el supuesto al rebasar el término con el que cuentan y que correrá desde el momento en el que son puestos a su disposición.

XVI. Incumplir con la obligación de impedir la ejecución de las conductas de privación de la libertad.

Esta fracción se refiere a que el servidor público que, en sus funciones legalmente establecidas, tenga la obligación de impedir que se lleven a cabo conductas contrarias a derecho, y que en el caso sean referentes a la privación de la libertad de una persona, y que al tener conocimiento de las mismas no las haga cesar; colmando con esto el supuesto establecido en esta fracción, al señalar que debe incumplir con la obligación, es necesario que este claramente determinada esa obligación al servidor público ya que no puede inferirse la misma, se considera que esta fracción hace referencia al delito de secuestro, del que puede tener conocimiento un servidor público e incumple su obligación de impedirlo, ya que respecto de la privación ilegal de la libertad se contemplan otras circunstancias en la Fracción VII del propio artículo 215 del Código Penal Federal que se analiza; en esta hipótesis se debe acreditar que es obligación del sujeto activo impedir las conductas privativas de libertad y como segundo elemento que ha incumplido con su obligación, en el entendido que se deberá acreditar fehacientemente que el sujeto activo tuvo conocimiento de la misma, ya que no puede impedir algo de lo que no tiene conocimiento.

SUJETO ACTIVO.

Es quien comete el delito y en la configuración de este delito, el sujeto activo deberá de reunir la categoría de servidor público para que su conducta encuadre dentro de los supuestos fácticos típicos del delito que se analiza, permitiendo clasificarlo como un delito de sujeto cualificado o propio, puede darse la participación de un sujeto que no reúna la calidad de servidor público, por ejemplo como cómplice o instigador, lo que no dará lugar al delito de usurpación de funciones, ya que su coparticipación lo excluye, y en este sentido se han manifestado los Tribunales Federales.

ABUSO DE AUTORIDAD, LA COPARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE, EXCLUYE LA ACTUALIZACIÓN DEL DE USURPACIÓN DE FUNCIONES.

En efecto, cuando el actuar de una persona que no tiene el carácter de servidor público se vincula coparticipativamente, en términos del párrafo segundo del artículo 212 del Código Penal para el Distrito Federal, al hacer de otra que si tiene esa calidad específica, en la comisión del delito de abuso de autoridad; es inconcuso que la conducta del que no es servidor público, previamente tipificada por el injusto referido, excluye la diversa del de usurpación de funciones, porque al procederse en esa forma, se recalificaría la conducta. Amparo en revisión 414/89. Carlos Julián y César Enrique Lara Solís. 11 de diciembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente Alberto Martín Carrasco. Secretaria: Martha García Gutiérrez.⁵

SUJETO PASIVO.

Tomando en consideración que el bien jurídico tutelado por la norma en este caso lo es el interés que tiene el Estado de que los servidores públicos no hagan uso indebido o excesivo de las facultades que les fueron otorgadas por la ley, el sujeto pasivo lo es la administración pública, el Estado propiamente dicho, sin dejar de lado que en algunas hipótesis que contempla este ilícito el sujeto pasivo es un particular.

BIEN JURÍDICO.

El bien jurídicamente tutelado en este delito es el interés del Estado en que los servidores públicos, al usar las facultades que el mismo les proporciona en función del empleo, cargo o comisión que desempeñan, no lo hagan con excesos o indebidamente, impidiendo el correcto funcionamiento del servicio público que el Estado está obligado a prestar.

SANCIONES

Las sanciones que corresponden por la comisión del ilícito analizado de acuerdo con el Código Penal Federal son las siguientes: Al que cometa el delito de abuso de autoridad en los términos previstos por las fracciones I a V y X a XII, se le impondrá de uno a ocho años de prisión, de cincuenta hasta trescientos días

⁵ SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Registro 226568, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. IV segunda parte-1, Julio a Diciembre de 1989, p. 33.

multa y destitución e inhabilitación de uno a ocho años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. Igual sanción se impondrá a las personas que acepten los nombramientos, contrataciones o identificaciones a que se refieren las fracciones X a XII. Al que cometa el delito de abuso de autoridad en los términos previstos por las fracciones VI a IX, XIII, XIV, XV, y XVI, se le impondrá de dos a nueve años de prisión, de setenta hasta cuatrocientos días multa y destitución e inhabilitación de dos a nueve años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

NON BIS IN IDEM

En este apartado se debe considerar el principio NON BIS IN IDEM, debido a que las conductas anteriormente descritas pueden estar contempladas en legislación diversa a la penal, y por ello se puede dar inicio a un procedimiento diverso al penal, puesto que el sistema de responsabilidades de los servidores públicos se conforma por cuatro vertientes: A).- La responsabilidad política para ciertas categorías de servidores públicos de alto rango, por la comisión de actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho; B).- La responsabilidad penal para los servidores públicos que incurran en delito; C).- La responsabilidad administrativa para los que falten a la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en la función pública, y D).- La responsabilidad civil para los servidores públicos que con su actuación ilícita causen daños patrimoniales; debemos entender que el principio antes señalado se refiere a que no se puede juzgar dos veces a una persona por los mismos hechos, por ello nace la duda de que si es posible que al existir dos procesos el sujeto activo va a ser sancionado en los mismos. Por ello conviene tener en cuenta lo que establece el artículo 109 constitucional: “El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, expedirán las leyes de responsabilidades de los servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad, de conformidad con las siguientes prevenciones: I. Se impondrán, mediante juicio político, las sanciones indicadas en el artículo 110 a los servidores públicos señalados en el mismo precepto, cuando en el ejercicio de

sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho. No procede el juicio político por la mera expresión de ideas.

II. La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal; y

III. Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

Los procedimientos para la aplicación de las sanciones mencionadas se desarrollarán autónomamente. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza.”

Si bien se establece que los procedimientos serán autónomos, también se establece que no se pueden imponer, por una sola conducta, dos sanciones de la misma naturaleza, y que en el caso se refiere a que si en el proceso penal se impone la pena privativa de libertad, la multa, la destitución y la inhabilitación; con motivo del procedimiento administrativo que se inicie con motivo de los mismos hechos no se podrá imponer multa, inhabilitación o destitución nuevamente, pues de lo contrario se violaría el principio NON BIS IN IDEM, al sancionar dos veces una misma conducta, igual pasaría si la autoridad administrativa fuera la primera que conociera y sancionara los hechos, imposibilitando a la autoridad penal imponer una sanción de la misma naturaleza a la impuesta en el procedimiento administrativo; apoyado esto con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, que establece: “Cuando los actos u omisiones de los servidores públicos, materia de las quejas o denuncias, queden comprendidos en más de uno de los casos sujetos a sanción y previstos en el artículo 109 Constitucional, los procedimientos respectivos se desarrollarán en forma autónoma según su naturaleza y por la vía procesal que corresponda, debiendo las autoridades a que alude el artículo 3 turnar las quejas o denuncias a quien deba conocer de ellas. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza.”

ANÁLISIS DEL TIPO PENAL Y SU PUNIBILIDAD.

El legislador al realizar la descripción típica del ilícito que se estudia trató de agrupar todas las conductas posibles para poder encuadrar cada una en algún supuesto y no dejar sin prever conducta alguna que pudiera presentarse en la realidad, pero al analizar el tipo penal encontramos que el legislador, derivado de una falta de técnica legislativa, confunde las conductas e incluso podría decirse que las coloca en un tipo penal al que no corresponden; su ánimo preventivo queda mal estructurado y resalta los errores que se cometieron.

Tal es el caso de la fracción VI, del artículo que se analiza, que encamina su descripción, en cierto grado, a un ilícito distinto al de abuso de autoridad, cuestión que debe ser criticada, debido a que su única función es legislar y deben realizar de una manera tal que no implique confusión en la persona a la que se va a aplicar y mucho menos en los órganos encargados de su aplicación, ya que el estado de incertidumbre genera un peligro y no debe permitirse. Al legislar y, en este caso, realizar la redacción de conductas que deban considerarse como ilícitas, lo debe hacer de tal forma que no exista confusión y que cualquier persona que la consulte puede entender claramente el sentido y alcance de la misma; de lo contrario estaríamos frente a una forma de legislar destinada únicamente a personas con conocimientos en la materia.

Respecto de la punibilidad establecida para la comisión de este ilícito se considera que la misma es baja y que debiera aumentarse por el grado de afectación que puede llegar a provocar, en el ámbito federal el delito de abuso de autoridad no es considerado como un delito grave, esto de acuerdo con lo señalado por el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales vigente, caso contrario sucede en algunas legislaciones locales en las que conductas relacionadas con este ilícito son consideradas como delitos graves.

Partiendo de la redacción del artículo citado en el párrafo anterior, se puede establecer que el legislador federal considera que el bien jurídico que protege el delito de abuso de autoridad al verse transgredido no implica una afectación importante a valores fundamentales de la sociedad, ya que de lo contrario se

encontraría dentro del listado de delitos considerados como graves, lo que desde mi punto de vista es un error.

Considerar que el afectar el adecuado ejercicio de las facultades que les fueron otorgadas a los servidores públicos no daña valores fundamentales en el interior de la sociedad es un grave error del legislador, ya que si el propio legislador no protege a las instituciones que conforman al Estado, este nunca se podrá fortalecer su funcionamiento frente a los particulares y con ello evitar una trasgresión en sus instituciones, el fortalecimiento se debe dar a través de diversos mecanismos, siendo entre ellos importante el referente al factor humano que las conforma, es decir, el relacionado con el servidor público.

Se debe reconsiderar la clasificación del ilícito en estudio, ya que en la comisión del mismo se está afectando más que intereses de carácter patrimonial o particulares, pues considero que la comisión de este ilícito en más de uno de sus supuestos implica una afectación a intereses generales.

CONCLUSIONES.

1.- El legislador debe corregir la redacción que tiene el actual artículo 215 del Código Penal Federal en el que contempla el delito de abuso de autoridad, ya que en algunas partes se presta a confusiones con otras figuras típicas, dejando de lado, en la medida de lo posible, tratar de abarcar un gran número de conductas, ya que parece ser repetitivo y puede ocasionar problemas al momento de individualizar una sanción al sujeto activo.

2.- Las sanciones que se contemplan para la comisión de este ilícito deberían aumentarse debido a que los bienes jurídicos que se intentan proteger resultan importantes para la sociedad, y en muy pocos casos se encuentran relacionados con bienes de carácter individual o patrimonial, por ello deben ser objeto de una protección mayor, esperando que el principio de ejemplaridad pueda resultar útil y desalentar la comisión de este ilícito en un futuro.

3.- A la par de reforzar la protección del bien jurídico contemplado en este ilícito, se debe reforzar los mecanismos con que los sujetos activos cuentan para defenderse, ya que resultaría nocivo privilegiar únicamente al ofendido y desproteger al servidor público, ya que se corre el riesgo de que se abuse, por parte del particular, de esta figura basándose en las sanciones que un servidor público puede recibir, tratando con ello obtener un beneficio para un particular o determinado grupo de personas, atendiendo a intereses ajenos a los que se tratan de salvaguardar con esta figura.

4.- El considerar un delito como grave o no grave resulta de poca trascendencia si se descuidan los mecanismos que se tienen para corroborar la comisión de una conducta ilícita, por ello más que preocuparse por una clasificación legal, el legislador se debe concentrar en perfeccionar los medios que un particular tiene para comprobar una afectación a un determinado bien jurídico, y tampoco debe considerarse que un bien jurídico se encuentra en mayor o menor grado protegido dependiendo de la sanción que implique la comisión de un delito.

5.- Es loable que el legislador pretenda evitar que las personas utilicen de forma inadecuada o de manera excesiva las facultades que se les confieren con

motivo del desempeño de un empleo, cargo o comisión, ya que permitir un actuar descontrolado de los servidores públicos reflejaría una falta de superación en las políticas del Estado, creando con ello desconfianza en la maquinaria estatal y restándole trascendencia a los logros obtenidos con la implementación de la misma, permitiendo que las instituciones, independientemente del área que controlen, se sirvan de los recursos y dejen a un lado el cumplir con los objetivos para los que fueron creadas.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- Herrera Pérez, Alberto, *Delitos cometidos por servidores públicos*, México, Porrúa, 2005.
- 2.- López Betancourt, Eduardo, *Delitos en particular*, Tomo II, México, Porrúa, 2008.
- 3.- Ponce Rivera, Alejandro y Ponce Rivera Chávez, Alejandro, *Delitos en que pueden incurrir las autoridades*, México, Ediciones Fiscales ISEF S. A. de C. V., 2009.
- 4.- Terragni, Marco Antonio, *Delitos propios de los funcionarios públicos*, Mendoza, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.

LEGISLACIÓN

- 1.- Acuerdo del Procurador General de la República por el que se crea el Sistema de Registro de Detenidos relacionados con delitos de competencia de la Procuraduría General de la República (SIREN) número A/126/10
- 2.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 3.- Código Penal Federal.
- 4.- Código Federal de Procedimientos Penales.
- 5.- Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos
- 6.- Ley Federal del Trabajo