

**TIPOS CRIMINOLOGICOS DE ABUSO DE PODER  
Y SUS POSIBLES RESPUESTAS  
EN DERECHO PENAL MATERIAL**

**Prof. Dr. Otto Triffterer**

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Salzburgo  
AUSTRIA



Al contemplar los supuestos de abusos de poder tipificados como delitos en algunos ordenamientos jurídicos es sorprendente observar cómo varían las estructuras de poder y las numerosas posibilidades en el modo de ejercerse. Todavía queda por investigar y, en su caso, señalar qué caracteres comunes pueden existir. Ciertamente este tema debe ser limitado a un estudio puntual. Por ello solamente se examina en este artículo si el autor o bien la víctima del abuso de poder presentan rasgos característicos (ver puntos 1 y 2) y en qué medida se manifiestan estructuras coincidentes o al menos paralelas para eventuales relaciones autor-víctima en tales delitos (ver punto 3).

Este objetivo es difícil de conseguir al reflejarse la variedad de situaciones de poder en las formas de aparición del abuso de poder, de suerte que no se manifiestan de igual manera en todos los casos. Por tanto, algunos de los caracteres comunes establecidos únicamente pueden ser válidos para determinadas situaciones de poder.

## **1. TIPOLOGIA DE AUTORES**

### **a) General**

Según los resultados obtenidos, un abuso de poder supone que el autor en el marco de una clase social alta dispone de un poder potencial que le permite ejercer de manera especial, no disponible para cualquiera, una influencia en contra de los deseos ajenos. Todo abuso de poder se caracteriza así por una “cualidad personal especial” en el sentido del párrafo 14 del Código penal austríaco o del 28 del Código penal alemán.

Tales posiciones de poder están fundadas en distintos factores, como una estructura jerárquica o un potencial económico importante. Sin embargo, estas diferentes posibilidades de origen tienen algo en común: implican una limitación del círculo de autores, pues los niños y también la mayoría de la juventud apenas pueden, generalmente, conseguir posiciones relevantes de poder desde un punto de vista jurídico-penal, que les permitan ejercer una influencia personal sobre otros sujetos sancionada por el ordenamiento jurídico. Una excepción quizá esté en el caso de los rockers o demás grupos de jóvenes insertos en aparatos de poder jerárquicamente estructurados y que pueden dominar o tiranizar a personas aisladas, y en ciertos momentos incluso ciertas zonas espacialmente delimitadas. Pero generalmente a tales personas no se les considera autores de un abuso de poder.

Por lo demás, se debe observar que no toda situación de poder supone abuso y que el Derecho penal no debe aplicarse contra todo abuso de poder. Por ello, procede preguntarse a continuación qué causas pueden llevar a las formas criminológicas de aparición del abuso de poder.

Ringel, por ejemplo, ha indicado a este respecto que un abuso de poder en la esfera de la economía puede deberse en muchos casos a una carencia de atenciones en la niñez<sup>1</sup>. Una afirmación parecida se encuentra, por ejemplo, en relación con el aprovechamiento de la posición de poder dentro de la familia; el que ha sufrido abusos de

niño, también suele tender, cuando es adulto, a abusar de su poder contra sus propios hijos<sup>2</sup>.

Pero ciertamente la carencia de atenciones en la niñez no puede explicar todas las formas de aparición de abuso de poder. Más bien las causas del abuso de poder se encuentran en gran parte en las propias relaciones de poder; la existencia del poder desencadena, frecuentemente, los mecanismos psicológicos que finalmente llevan a un abuso. En este sentido hay que recordar la conocida afirmación de Lord Acton: "Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely"<sup>3</sup>. Esta frase se apoya en la experiencia de que el poder no sólo es considerado como meta digna a aspirar por sus posibilidades de desarrollo social, sino también y sobre todo, puede convertirse directamente en manía como vía de autoafirmación. De ahí que las personas que cometen hechos delictivos mediante abuso de poder sean a menudo personas con una ambición patológica de poder, es decir, sienten el poder como una droga.

Los principales motivos de abuso de poder suelen ser la necesidad de prestigio, la ambición de poder y la excesiva aspiración de influencia. Es característico de muchos abusos de poder el esfuerzo por aumentar aún más la situación de poder ya existente. Este ansia de perpetuación creciente en el poder, cuando no puede desarrollarse satisfactoriamente de manera legal o democrática, tiene como consecuencia que se traduzca a través del abuso de poder y, así, en muchos casos, se produce casi "automáticamente" un deslizamiento del autor hacia la ilegalidad.

Características significativas de determinados casos de abuso de poder son, además, la pertenencia a organizaciones criminales, pero también la actividad en calidad de órganos del Estado, especialmente en aquéllos que sólo pueden mantener su existencia a través de la corrupción y el despotismo. En todo caso, los escándalos en los últimos años en los distintos Estados democráticos indican que también aquí los órganos del Estado ejercen abuso de poder, aunque ni en su apariencia ni por las circunstancias externas un comportamiento tal resulte comprensible. Recuérdese solamente la cooperación en el contexto del suministro de armamentos a Irak<sup>4</sup>.

El mantenimiento o bien el aumento de un poder existente no siempre constituye, sin embargo, el motivo principal. Por el contrario pueden concurrir otros motivos, y en algunos casos pueden llegar a ser el móvil decisivo, por ejemplo, el afán desmedido de beneficios financieros en el caso de los narcotraficantes u otras formas de criminalidad organizada. Además la maximización de los beneficios económicos es a menudo fundamental para el abuso de poder económico, por ejemplo en el caso de la usura o en la formación de un trust ilegal; de manera análoga esto es aplicable al abuso de la facultad de disposición sobre el patrimonio ajeno y en parte también al abuso de poderes oficiales, por ejemplo cuando un funcionario acepta sobornos.

Precisamente en el abuso de poder económico el motivo de obtener beneficios financieros se mezcla, frecuentemente, con los de conservar o crear la propia situación de poder. Puesto que la disponibilidad de medios económicos es el factor fundamental del poder económico, con el aumento de los medios económicos simultáneamente se estabilizan y crecen las posiciones financieras.

Semejantes abusos de poder adquieren una dimensión amenazadora al irrogar a nuestro mundo circundante daños profundos e irreparables. Este es el caso, por ejemplo, del abuso de poder económico dirigido a ocultar o impedir el descubrimiento y la represión de daños contra el ambiente a través de sobornos; ello viene frecuentemente acompañado de un abuso de atribuciones oficiales, como cuando los políticos o los

funcionarios competentes permiten indebidamente la destrucción del medio ambiente o la toleran tácitamente. También en tales abusos las consideraciones financieras constituyen un móvil decisivo para el ejercicio ilegal del poder.

Por último, junto a los motivos individuales del abuso de poder son también responsables de esos delitos, en las esferas últimamente mencionadas, las concepciones sociales.

La sociedad occidental del bienestar espera o exige en gran medida un crecimiento económico constante y por ello no ve como algo reprochable, en amplios sectores, el afán por elevar el nivel de vida o por lograr beneficios individuales a expensas de otros. Estas metas se alcanzan más fácilmente a través de la explotación de las demás personas<sup>5</sup>.

Asimismo, en la libre economía de mercado, la regulación de los precios a través de la oferta y la demanda fomenta un comportamiento que a menudo se encuentra en el límite del abuso de poder. La evolución de los precios del petróleo desde la ocupación de Kuwait por Irak el 2 de agosto de 1990 constituye un ejemplo. En la República Federal Alemana los precios del petróleo subieron, sin considerar los impuestos y tasas, entre el 4 de agosto de 1990 y el 1 de septiembre de 1990, cerca de un 70%, a pesar de que la disminución de suministros de petróleo de Irak y Kuwait no supuso dificultad alguna en el abastecimiento, y las distintas variedades de petróleo no sufrieron aumentos en el coste por transporte. Parece así una elevación abusiva de precios solamente justificada por la especulación ante las dificultades en la distribución que podría traer la reciente crisis del Golfo. Mediante esta conducta se ha ocasionado el miedo a quedar desabastecido, lo que inmediatamente ha propulsado la demanda para justificar con ello un alza de precios moralmente correcto desde la óptica de la sociedad capitalista<sup>6</sup>.

Por el contrario, en los actos de violencia terrorista de motivación política, el móvil de lograr beneficios personales únicamente tiene un significado pequeño. Para estas formas de comportamiento son decisivos, ante todo, el descontento con el sistema social existente, el separatismo nacionalista, o la aspiración a la independencia<sup>7</sup>.

En ciertas formas de aparición del abuso de poder, junto con la necesidad de prestigio, la vanidad y el ansia de superar complejos de inferioridad, pueden jugar también un papel criminológico importante los motivos sexuales, por ejemplo en el abuso de las situaciones de dependencia personal sobre menores y mujeres<sup>8</sup>.

## **b) Pertenencia a determinados grupos profesionales**

Los análisis realizados sobre las formas de aparición del abuso de poder han mostrado que tales delitos son perpetrados preferentemente en conexión con la vida profesional. Esto se aplica especialmente respecto de la utilización del poder económico. Pero igualmente se da en el abuso de poder a través de la entrega de secretos de Estado o industriales o de la manipulación de datos recogidos en soportes informáticos. También, en el abuso de poder en estructuras jerárquicas tiene especial importancia el "círculo profesional del autor" y no sólo considerando que los narcotraficantes y la mafia "contratan" a sus miembros; sino ante todo porque en el caso de los órganos del Estado y de los políticos el abuso resulta frecuentemente sólo facilitado por la intervención del aparato de poder estatal<sup>9</sup>.

Respecto al abuso de poder en el marco de dependencias personales, los delitos cometidos en el ejercicio del cargo juegan también un papel significativo. Piénsese sólo en las profesiones asistenciales y en la esfera de la educación. Ciertamente los abusos de poder que se cometen en el contexto de dependencia personal se dan también en la pura esfera privada, fuera de tales instituciones; en este caso lo característico es sobre todo una estrecha relación personal, como por ejemplo en el abuso de poder contra niños indefensos, ancianos o personas que requieren cuidados dentro de la familia. Una estrecha relación personal similar también puede ser la causa de atribución de un cierto poder total y ser utilizado para abusar de la facultad de disponer del patrimonio ajeno.

### **c) Destinatarios de la norma**

Para las formas tradicionales del abuso de poder, ya recogidas penalmente, las personas físicas se encuentran en primera línea de la responsabilidad penal. Pero desde hace un tiempo se realizan esfuerzos a nivel nacional e internacional para establecer también la responsabilidad penal de las personas jurídicas e incluso del mismo Estado. Causas de estas tendencias son determinadas formas de manifestación del abuso de poder reguladas por el Derecho penal especial y sobre todo en Derecho penal del medio ambiente.

En verdad, las personas jurídicas en cuanto tales no son tenidas como destinatarias de la norma. Sin embargo, también se les pueden imponer sanciones penales; pues no necesariamente tiene que coincidir el que viola una norma y el que responde. Por ello hoy ya es posible que personas jurídicas sean corresponsables del pago de penas pecuniarias pronunciadas contra un órgano<sup>10</sup>.

Los abusos de poder también pueden ser cometidos por órganos estatales. Puesto que, en esos casos, incluso en Estados democráticos, los mecanismos sancionadores existentes a veces no funcionan correctamente, esta forma de aparición del abuso de poder es objeto, más que cualquier otro delito, de un creciente interés internacional. Recuérdese, por ejemplo, la Declaración de Principios Básicos de Justicia sobre las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder<sup>11</sup>, y también los esfuerzos realizados por la comunidad internacional, especialmente desde la Segunda Guerra Mundial, para definir como hechos delictivos internacionales y para poder perseguir en todo el mundo los abusos de poder que fueron objeto de los procesos de Núrenberg y Tokio<sup>12</sup>.

Esta atención especial en la esfera internacional se debe, sobre todo, a que tales abusos de poder generalmente violan derechos humanos. Pero los ataques muy graves a los derechos humanos no sólo movilizan cada vez más a la comunidad internacional desde perspectivas humanitarias, sino también porque ponen en peligro la paz mundial debido al creciente reconocimiento de los derechos humanos y a la solidaridad entre pueblos e individuos construida sobre la base de ese respeto. La misma comunidad internacional se siente cada vez más llamada a denunciar tales violaciones y a ejercer presión sobre el Estado agresor, si faltan, por ejemplo, los mecanismos sancionadores o de control<sup>13</sup>.

Sobre todo se ha constatado tal fallo cuando se comete un abuso de poder mediante órganos del Estado o al menos con su consentimiento o su tolerancia tácita. Puesto que también la Administración de Justicia es un órgano del Estado que ni siquiera en una democracia se ve libre de influencias externas y ocasionalmente se inclina incluso hacia el abuso de poder; de aquí los esfuerzos múltiples en diversos países para

que el derecho se aplique de manera igual a todos, incluyendo a los comportamientos de los poderosos<sup>14</sup>.

Por ello, en el fondo se observa en relación con los Estados la misma tendencia que para otras personas jurídicas. Ciertamente la pena presupone en Derecho penal la culpabilidad de tal forma que no se puede extender a las personas jurídicas. Pero se está dando en creciente medida una evolución dirigida al menos a no excluir en el futuro la responsabilidad penal de las personas no físicas, incluyendo por tanto a los Estados<sup>15</sup>.

## 2. TIPOLOGIA DE LA VICTIMA

Como consideración previa debe indicarse que, a efectos de este trabajo, se sigue un concepto amplio de víctima en la línea de la opinión dominante en la Criminología que, en particular, incluye a las personas jurídicas<sup>16</sup>. Como consecuencia de la variedad de constelaciones de poder, el círculo de víctimas potenciales es prácticamente ilimitado y sólo un concepto amplio de víctima permite abarcar las distintas clases de abuso de poder.

La variedad de formas de aparición de una conducta abusiva de poder dificulta además la realización de consideraciones unitarias válidas para todas las víctimas en todos los casos. En particular resulta imposible realizar una delimitación por edades. En algunas formas de comisión como la intervención con instalaciones técnicas peligrosas o el abuso de la posición de poder por médicos o por el personal sanitario frente a los pacientes, resultan afectadas todas las edades. En cambio, el abuso de poder como consecuencia de situaciones de dependencia personal se refiere sobre todo a los niños y a los jóvenes, así como a personas débiles.

Realmente si se atiende al número de denuncias y sentencias, los malos tratos a niños tienen una escasa relevancia en la praxis de la persecución penal. Es esta constatación, sin embargo, poco significativa, porque tales hechos ocurren generalmente en estrechos círculos familiares difícilmente observables y normalmente los niños ni están en condiciones ni dispuestos a informar a terceros de los malos tratos; en este sentido en este grupo de delitos nos encontramos con una elevada cifra negra.

Una comparación con las estadísticas respectivas muestra que los impedidos y los niños cuyos padres presentan un nivel de formación por debajo de la media, son importantes grupos de riesgo<sup>17</sup>. Son también más frecuentes los maltratos a ancianos; sin embargo, se denuncian aún en menor grado que los maltratos a niños<sup>18</sup>.

El abuso de poder político se acompaña normalmente en situaciones extremas de una despersonalización de la víctima, por ejemplo en el adoctrinamiento político de las dictaduras que trata solamente de ganarse a las masas<sup>19</sup>. Algo parecido ocurre en los deterioros del medio ambiente porque también junto a semejantes delitos, el azar, como la lluvia y el viento, imprimen la condición de víctima<sup>20</sup>. Una característica adicional consiste en que en algunos abusos de poder las víctimas son intercambiables; esto no sólo es aplicable para los delitos contra el medio ambiente ya mencionados, sino también en parte para el abuso de poder económico e incluso aisladamente para la esfera familiar. Por ejemplo, el que es privado de libertad, torturado o tal vez incluso ejecutado por mantener una postura antigubernamental; el que de niño en una situación familiar caracterizada por la agresividad "da un paso en falso" y puede llegarse a convertir en víctima del abuso de poder según el humor de los padres; aquéllos que

se encontraban casualmente en el lugar donde estallaron las bombas atómicas, como en las ciudades escogidas de Hiroshima y Nagasaki.

En ocasiones, las víctimas pueden ser lesionadas por azar y otras personas pueden escapar accidentalmente de un perjuicio; esto se manifiesta de manera especialmente drástica en el derribo erróneo de vehículos y barcos de pasajeros en las guerras o conflictos similares, como también en ataques terroristas a servicios públicos, como autobuses, establecimientos de venta o restaurantes. Por ello se habla en semejantes situaciones y especialmente en la criminalidad económica y contra el medio ambiente de una cualidad de víctima que se volatiliza; si bien cualquiera puede llegar a ser víctima, incluso las víctimas finalmente dañadas carecen de un interés directo, pero si nadie se siente afectado debería contarse con una escasa divulgación<sup>21</sup>.

Por otra parte, es corriente que las víctimas del abuso de poder se encuentren generalmente impotentes ante los perjuicios que les amenazan. Eso es consecuencia de la definición aquí aceptada del poder como posibilidad sobresaliente de ejercer influencia sobre la voluntad ajena y se da sobre todo en el abuso de poder en la esfera política, especialmente en Estados totalitarios. Semejantes abusos conllevan por un lado el que apenas se esperen denuncias por parte de las víctimas y por otro el que éstas no se lleven a cabo con éxito. El abuso de poder de los nacionalsocialistas contra los judíos es un ejemplo significativo de ello. Se manifiesta así de manera terrible la indiferencia de la opinión pública ante los abusos de poder, sobre todo cuando éstos son cometidos por órganos del Estado. Esta falta de disposición hacia la ayuda o simplemente hacia la denuncia está representada en una frase del museo del Holocausto en Tel-Aviv: "And the World Stood by Silent".

Es cierto que la probabilidad de que en una democracia alguien sea víctima de un abuso de poder lesivo e incluso amenazador de la vida es considerablemente menor que en una dictadura. Sin embargo, el abuso de poder puede deslizarse y extenderse a todas partes en donde el poder no sea suficientemente controlado. Entonces tan sólo es un consuelo menor el que en una democracia, que generalmente funciona, se establezcan medios legales que posibiliten a los perjudicados al menos defenderse y ser rehabilitados o indemnizados. El número creciente de leyes sobre indemnización a la víctima muestra en efecto no solamente que hay una mayor conciencia de la opinión pública respecto a la situación de la víctima, sino además una disposición a ayudar a las víctimas para terminar con los perjuicios sufridos. Pero en este campo ni se han agotado todas las posibilidades ni se han investigado suficientemente las necesidades de ayuda<sup>22</sup>.

Desde la perspectiva de la víctima existe una específica vulnerabilidad, como en los delitos sexuales a través del abuso de poder. Pero esta característica no está siempre presente debido a la variedad de posiciones de poder y a la diversidad de posibilidades de abuso. Únicamente pueden aprovecharse sensibilidades individuales, como en el caso de la tortura de correligionarios o miembros de su familia para arrancar por la fuerza declaraciones de adversarios políticos. De manera análoga al Derecho penal del ambiente, la despersonalización y la sumisión al poderoso generalmente impiden medir la contribución de las víctimas al hecho. Incluso excepcionalmente puede provocarse un abuso de poder por parte de los mismos perjudicados, como en la violación de derechos individuales a través de órganos estatales, cuando depende de las víctimas, por ejemplo, el desencadenar por motivos políticos, en el interior del Estado o tal vez incluso a nivel mundial una protesta contra el régimen.

### 3. RELACION AUTOR-VICTIMA

No solamente en los últimos casos mencionados sobre abusos de poder provocados por motivos políticos se dan frecuentemente relaciones previas entre autores y víctimas. También se encuentran, por ejemplo, en los delitos donde existe dependencia, así contra niños, jóvenes y ancianos; ya que el autor y la víctima provienen la mayor parte de las veces del mismo entorno social y por ello generalmente se conocen bien el uno al otro. Pero el conocimiento previo entre autor y víctima no presupone necesariamente en todos los casos una dependencia personal. Puede faltar, por ejemplo, cuando la víctima a causa de su precaria situación económica no ve otra salida que dejarse explotar por un "usurero".

En tales casos a menudo el perjudicado no siente en absoluto su propia condición de víctima. También una falta de conciencia de víctima similar caracteriza a los perjuicios ocasionados por la competencia debido al abuso de poder económico, por ejemplo, cuando la empresa dominante en el mercado realiza una competencia desleal.

Se exceptúan de la relación específica autor-víctima los delitos que castigan un ataque ilícito mediante instrumentos de poder peligrosos. Es propio de este grupo de delitos la existencia de un círculo de víctimas prácticamente ilimitado, como el que puede verse afectado por una emisión de rayos radioactivos. La falta de control de este peligro ha llevado en Austria a que se consideren todos estos delitos como de peligro general. Tampoco se presenta relación autor-víctima en los casos de abuso de poder en los que no hay protección de derechos individuales, sino que prima en el precepto penal la protección de personas jurídicas, instituciones u organizaciones. Esta situación se refiere a tipificaciones que protegen al Estado contra el abuso, así en la revelación de secretos o en la conducta abusiva de funcionarios estatales.

Por otra parte, es frecuente constatar en el campo del abuso de poder un sadismo del autor. Tal brutalidad y ese desprecio hacia las personas afloran en horribles detalles recogidos en los informes anuales de Amnesty International. No se podría verificar hasta qué punto un masoquismo de la víctima, del que se habla a veces, concretamente en relaciones de dependencia personal<sup>23</sup>, puede ser un mecanismo de escape del abuso de poder. Pero también podría tener un efecto criminológico el miedo real y perceptible en la víctima hacia el autor, parecido al que se constata en los delitos violentos<sup>24</sup>.

Por lo demás, la relación autor-víctima en el abuso de poder también puede ser negativa para el descubrimiento del delito. Por ejemplo, en hechos cometidos dentro del círculo familiar se dan frenos de carácter personal o se consideran asuntos privados lo que hace que la víctima se abstenga de denunciar. Pero también a veces las víctimas, como ya se ha indicado, en razón de su temprana edad o su fragilidad física o síquica no están en situación de comunicarse con la autoridad o siquiera con un tercero. Además se lo impide en muchos casos el mismo autor, cuya influencia de poder incluso puede haberse fortalecido tras el delito.

El resultado de estas observaciones e investigaciones es haber hecho transparente la causa de la elevada cifra negra precisamente en el ámbito de las dependencias personales. La creación de sistemas de asistencia telefónica y centros de protección de mujeres y niños contribuye esencialmente a una mayor disposición de la víctima a la comunicación de su experiencia y permite así que se pongan en marcha procedimientos penales y reparaciones a las víctimas. Además una actividad por parte de las víctimas mejora la prevención.

Sin embargo, frecuentemente hay también consideraciones de orden interno, como el miedo a una información pública acusadora, que presentan la solución interna como la más conveniente, así un despido aceptado por el autor. El descubrimiento puede además fallar por el hecho mencionado antes de que a veces los afectados no se conciencian de su cualidad de víctimas. En la medida en que por razón de la dependencia personal o económica se excluye una separación del prepotente, hay que tener en consideración frecuentemente la evitación de la situación criminógena.

## **A. Consideraciones finales para una mejor prevención**

Ante la pregunta de qué conclusiones finales fundamentadas en los resultados expuestos pueden ser propuestas en la esfera nacional para una mejor prevención, hay que constatar como punto de partida que el abuso de poder se penaliza de dos formas: muy rara vez como lesión propia e independiente de bienes jurídicos dignos de tutela penal (ver 1) y generalmente sólo cuando a través de él se violan bienes jurídicos tradicionalmente protegidos (ver 2).

### **1. Abuso del poder como lesión independiente de un bien jurídico penalmente relevante**

En la esfera nacional muy raramente aparece en los ordenamientos jurídicos la necesidad de considerar independientemente el abuso de poder como violación de un bien jurídico penalmente relevante. Sin embargo, hay algunos preceptos que tienden a ello, como por ejemplo el art. 489 bis o el 584, 1-3 del Código penal español, por los que se pena la utilización de menores para la mendicidad o la negligencia de los responsables legales. En el Código penal español se recogen también conforme a los art. 122 bis y 135 bis a), b), c) y d) figuras determinadas sobre la revelación de secretos sin que sea necesaria la existencia de un peligro concreto. Un delito similar se contiene en el art. 76 núm. 1 y 2 del Código penal francés. Una sanción más independiente del abuso de poder también se regula en los parágrafos 202 a) del Código penal alemán o bien en el 49 öDSG, por los que se penaliza el facilitar un acceso no autorizado a datos especialmente reservados.

También merecen citarse el parágrafo 105 de la Ley de cartels austríaca y algunos otros preceptos del Derecho penal especial austríaco, como el parágrafo 23 de la Ley de medicamentos o el 11 en conexión con el 36 de la Ley de armas, por los que el ejercicio o logro de una posición de poder constituyen el fundamento de la pena.

Ante todo es interesante el art. 312 del Código penal suizo con la alternativa, personas “que abusan de su posición oficial para procurar una ilegítima ventaja económica para sí o para un tercero”, ya que por ello nadie tiene que ser perjudicado o ver en peligro sus derechos. Lo mismo vale para el parágrafo 302 öStGB aunque en este “abuso del poder funcional” la tendencia interna intensificada del autor tiene que dirigirse al menos al perjuicio de un tercero.

En los últimos casos mencionados se configuran los delitos como de pura actividad o delitos de peligro abstracto<sup>25</sup>. Este tipo de delitos parece desde la perspectiva preventiva especialmente idóneo para salir al paso del abuso de poder pues las consideraciones anteriores han demostrado precisamente que la intervención con abuso de poder afecta directamente a bienes jurídicos de terceros. De ahí que sea deseable en el plano político criminal dar preferencia en la construcción de estos tipos a los delitos de mera actividad frente a los de resultado y así penalizar el abuso de poder como

tal, independientemente de si se ha llegado a un peligro concreto o a una lesión de bienes jurídicos ajenos<sup>26</sup>.

A favor de tal opción dogmática, habla también el que un adelantamiento de la barrera de la punición a través de la penalización de toda forma de conducta abusiva puede, consecuentemente, abrir la posibilidad de impedir los graves perjuicios a bienes jurídicos procedentes de abusos de poder y así poder atajar antes los efectos, no siempre retardados, de un abuso de poder.

## **2. Lesión de bienes jurídicos por abuso de poder**

La exposición anterior ha demostrado que sólo rara vez el abuso de poder se castiga autónomamente como tal, sino que, por lo general, sólo se penaliza cuando a través de él se dañan bienes jurídicos tradicionales. En algunos casos, a través del ejercicio abusivo del poder se protegen bienes jurídicos tradicionales de manera más completa que a través de los delitos ordinarios, como en la penalización de la privación de libertad imprudente por parte de un funcionario del parágrafo 303 del Código penal austríaco. Incluso no es raro la elevación del marco penal en la perpetración de un delito común a través del abuso de poder, como en el caso del parágrafo 258 a) del Código penal alemán sobre frustración de pena por funcionario en el ejercicio de su cargo, que tampoco queda impune en el caso de abuso de poder favorecedor de allegados próximos.

Por lo demás, en los abusos de poder, el acoplamiento de la punibilidad con la lesión de bienes jurídicos tradicionales tiene como consecuencia que predominen los delitos de resultado. Con este tipo de delitos el abuso de poder sólo puede ser prevenido por medios penales de manera relativamente tardía, sin que la posibilidad de la sanción de la tentativa suponga aquí una compensación suficiente. En la medida en que se vincula la sanción penal de un abuso de poder a la lesión de un bien jurídico tradicional hay que tener presente que el desvalor de estas conductas no se agota, por lo general, completamente en el resultado. Todo abuso de poder contiene también un elevado desvalor de acción. El abuso de poder se caracteriza por el aprovechamiento de una superioridad del autor sobre la víctima, de la que no dispone todo el mundo. Este desvalor de acción, por lo general, no está suficientemente comprendido en la aplicación de los delitos comunes. Ciertamente en Austria se castiga la comisión de delitos comunes según el parágrafo 313 de una manera más severa si el hecho es cometido por un funcionario en el ejercicio de sus funciones. Pero para que se llegue a aplicar este precepto penal no tiene que haber abuso de poder; más bien se aplica cuando un funcionario sin posición de poder se aprovecha de una situación que le es evidentemente favorable.

Para terminar, la circunstancia de fuerte superioridad física del autor frente a la víctima, como en el robo con violencia y en determinados delitos contra la vida, se considera sin más como agravante. Por ello para una delimitación de los abusos de poder deberían crearse tipos delictivos propios de un aprovechamiento del poder que recojan el contenido especialmente antijurídico de esta forma de aparición criminológica. Sin embargo, en la medida en que las observaciones apuntadas aún no se han hecho todavía realidad, la comisión de delitos comunes mediante abuso de poder debiera, en todo caso, conducir a una agravación prevista por la ley penal. Además también puede contemplarse la pérdida de atenuantes o causas de exclusión de la pena, como en el ejemplo del parágrafo 258 a) del Código penal alemán.

### **3. Una mejor prevención mediante la cooperación de la opinión pública**

Parece que aún más importante que la sanción penal es el control de todas las situaciones de poder en el campo de sus posibles abusos, con independencia de cómo haya surgido la posición de poder o sobre lo que se apoya. La revelación pública de todo ejercicio ilegal del poder puede ser sumamente difícil, por ejemplo, en el ámbito familiar; pero aquí corresponde especialmente a los allegados, amigos y vecinos denunciar con prudencia los comienzos de un abuso para discutirlos y para advertir a los perjudicados de los posibles efectos o consecuencias posteriores ya no rectificables.

También en el ámbito público y político es necesario más coraje civil. Cuando todo el mundo notifique las irregularidades que conoce para discutir las públicamente, no sólo se dará una mayor atención al ejercicio del poder atribuido, sino también se agudizará la conciencia general que perfila la frontera entre lo legal e ilegal. Una cooperación de todos en este sentido podría contribuir a impedir un abuso de poder inadvertido por la opinión pública y mediante ello actuar preventivamente contra él.

#### **B. Perspectiva de futuro**

Una investigación sobre el abuso de poder resulta incompleta si no son tenidos en cuenta los esfuerzos internacionales para luchar contra todo abuso de poder político. Pero para no extenderse aún más en esta exposición, este aspecto debe quedar reservado a una investigación distinta.

Aquí se deja apuntado que los esfuerzos internacionales, tanto en el campo de las instituciones transnacionales como internacionales, conducen a una creciente observación e información sobre el abuso de poder en todas las partes del mundo. Con ello afortunadamente no sólo se hace frente a las formas extremas de abuso de poder, como las torturas y ejecuciones, sino también a las crecientes y cada vez más refinadas violaciones menos graves de derechos humanos.

Esta tendencia debe aplaudirse porque el abuso de poder como tal debe ser combatido ante todo desde su raíz. Ello sólo puede ocurrir efectivamente cuando el poderoso se dé cuenta, cada vez en mayor grado, de su especial responsabilidad para que el poder conferido o conquistado no se constituya en un medio de obtención de beneficios individuales o de lesión a terceros, sino exclusivamente para lograr el bien de la comunidad.

#### **NOTAS**

- 1.- Das Abenteuer Wirtschaft, en Cash Flow, núm. 7/8, 1990, pág. 59.
- 2.- Véase p. ej. Schneider, Kriminologie, 1987, pág. 675.
- 3.- Véase Historical Essays and Studies, London 1907.
- 4.- Véase Bertram, Schärfere Exportkontrollen, DIE ZEIT, núm. 26, 22 junio 1990, pág. 1. También Milhollin y Weeks, Made in Germany, Deutsche Firmen verhelfen der Dritten Welt zu gefährlichen Waffen, DIE ZEIT, núm. 16, 13 abril 1990, pág. 47. También DIE ZEIT núm. 33, 10 agosto 1990, pág. 1 a 4.
- 5.- Otro ejemplo representa la acumulación de terreno urbanizable en Salzburg, ciudad orientada a la Comunidad Europea. La expectativa de la adhesión austriaca a la Comunidad Europea ha traído consigo que la demanda adicional extranjera posibilite un sobrevalor medio de ganan-

cias por falta de oferta de superficies de construcción, un recorte drástico en la prestación de viviendas y con ello un agravamiento en la necesidad de las mismas.

6.- A cerca de ello Schneider (nota 2), pág. 877 y ss.

7.- Sobre éstas y otras motivaciones véase p. ej. Kaiser, *Kriminologie*, 1988, apartado 73.8 así como Göppinger, *Kriminologie*, 1980, pág. 572. Por tanto las aspiraciones patológicas de poder y de prestigio frecuentemente sirven para compensar los sentimientos de inferioridad nacidos durante la niñez por una falta de amor paternal. La falta de confianza en los padres trae frecuentemente como consecuencia suspicacia hacia otras personas y con ello la incapacidad de delegar en otros las tareas más importantes.

8.- Schneider (nota 2), pág. 685 y ss. junto con la 580.

9.- Vid. p. ej. Schneider (nota 2), pág. 870 y ss.

10.- Sobre ello Triffterer, *Oesterreichisches Strafrecht, Parte General*, 1985, 107 con comprobaciones; IDEM, *Die völkerrechtlichen Verbrechen und das staatliche Strafrecht, Parte I, Bemühungen um Anerkennung und Kodifikation völkerrechtlicher Verbrechen*, Informe General presentado en el XIV Congreso Internacional de Derecho Penal de Viena, 1989, *Revista de Derecho Comparado*, 1989, pág. 119. Vid. también art. 30 dOWiG; según éste puede imponerse una multa a personas jurídicas. Critican la respuesta penal a personas jurídicas Engisch/Hartung, *Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?* Actas del 40 DJT, 1954, vol. II.

11.- Resolución de la Asamblea General de la O.N.U. 40/34 de 29 de noviembre de 1985 sobre "The Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power".

12.- Sobre ello además Triffterer (nota 10), pág.111 y ss.; IDEM, *Völkerstrafrecht im Wandel?*, *Jescheck-FS* 1985, pág. 1477 y 1485 y ss.; Williams, *The Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind*, en: Bassiouni, *International Criminal Law I, Crimes*, 1986, pág. 109; Bassiouni, *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, 1987, pág. 115 y ss.

13.- Vid. p. ej. a cerca de la reacción de las Naciones Unidas respecto a la invasión de Kuwait por Irak el 2 de agosto de 1990 Nass, *Die endlich vereinten Nationen. Zum ersten Mal tritt die Weltorganisation einem Aggressor geschlossen entgegen: Das Bündnis gegen Saddam Hussein*, *DIE ZEIT* núm. 42, 12 octubre 1990, pág. 3. Un ejemplo hasta ahora único de acción concertada a nivel mundial en unión de ejércitos lo constituyen las concentraciones de tropas militares en el Oriente Próximo que han sido enviadas por los diferentes gobiernos en agosto de 1990 como reacción ante la ocupación de Kuwait por Irak. También el Consejo de Seguridad de la O.N.U. en esta cuestión ha visto fortalecida su posición de poder tras el acercamiento entre Este y Oeste a través de la resolución núm. 665 de 25 de agosto de 1990, después que pudo ser impuesto el bloqueo internacional a Irak a través de la aplicación de "medidas adecuadas a las circunstancias", con la menor violencia posible. Véase también la reciente resolución de 28 de noviembre de 1990, en la que se establece un ultimátum a Irak para que se retire de Kuwait antes del 15 de enero de 1991; a partir de esta fecha deberá contar con ser amenazado mediante medidas de guerra.

14.- Vid. p. ej. Ziegler, *Die Schweiz wäscht weisser*, 1990, quien menciona sentencias parciales de tribunales suizos sobre el abuso de poder económico. Véase también sobre Austria p. ej. la controversia a cerca de si el Ministro de Justicia Foregger independiente políticamente debía ser relevado después de 4 años en su puesto, durante los que se habían descubierto numerosos escándalos políticos, en los cuales también la justicia estaba implicada en favor de una de las partes.

15.- Sobre ello además p. ej. Triffterer (nota 10), pág.119; Munich, *Criminal Responsibility of States*, en: Bassiouni ( *Criminal Law*, nota 12 ), pág. 123; Weiler/ Cassese/ Spinedi (eds.); *International Crimes of State*, 1989.

16.- A cerca de esto Kaiser (nota 7), apartado 52.15; Schneider, en: Schneider (ed.), *Das Verbrechenopfer in der Strafrechtsplege*, 1982, pág. 11; IDEM, *Viktimologie*, 1975, pág. 10; Triffterer, *Viktimologische Aspekte im Umweltstrafrecht*, en: Eser/ Kaiser (eds.), *III Coloquio alemán-soviético sobre Derecho penal y Criminología*, 1987, pág. 142.

- 17.- Sobre esto Schneider (nota 2), pág. 668 y ss., especialmente pág. 670.
- 18.- Schneider (nota 2), pág. 705 y ss., especialmente pág. 707.
- 19.- Sobre la volatilización de la cualidad de víctima, especialmente en delitos económicos, Kaiser (nota 7), apartado 90.4 y apartado 52.22.
- 20.- Véase sobre la víctima y la psicología del autor en Derecho penal del ambiente Triffterer (nota 17), pág. 145.
- 21.- Kaiser (nota 7), apartado 52.13, 20 y 22.
- 22.- Vid. p. ej. Schneider, *Viktimologie*, 1975, pág. 145 y ss. Sobre la reparación del delito véase especialmente Eser/ Kaiser/ Madlener (eds.), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, 1990.
- 23.- Geissler, "Lust an der Unterwerfung. Frauen bekennen sich zum Masochismus", 1989, quien aludiendo a manifestaciones pertinentes de Freud a cerca del masoquismo en general y del sexual en particular, así como de Nietzsche y Kant entre otros, presenta los más odiosos métodos de tormento en prácticas sexuales.
- 24.- Vid. también Schneider (nota 2), pág. 771; sobre la situación psicológica de la víctima en el uso de violencia p. ej. dentro de la familia véase la monografía de cuatro volúmenes relativa a la encuesta sobre la violencia, Schwind/ Baumann (eds.), *Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt. Analysen und Vorschläge der Unabhängigen Regierungskommission zur Verhinderung und Bekämpfung von Gewalt (Gewaltkommission)*, 1990, p. ej. vol. I, pág. 72 y ss.
- 25.- Vid. sobre esta diferenciación Triffterer (nota 10), pág. 62.
- 26.- Sobre la frontera entre los delitos de pura actividad y los de resultado Triffterer (nota 10), pág. 63.