

**LA DELINCUENCIA RELACIONADA
CON EL ABUSO DE PODER
ASPECTOS CRIMINOLOGICOS**

Santiago Mir Puig

Catedrático de Derecho penal
Universidad de Barcelona

La delincuencia que ha ocupado tradicionalmente a la Criminología, la que hasta ahora ha venido preocupando a la Sociedad y la que constituye el objeto efectivo de la realidad del sistema penal no es una criminalidad de poderosos ni relacionada con el poder político, económico o social. Vamos a ocuparnos, pues, de una forma de delincuencia (la que supone abuso de poder) que, pese a ser tan antigua como el poder mismo, aparece actualmente como una preocupación *nueva*, tanto para la ciencia como para la conciencia social. Y es de resaltar, como enseguida veremos, que esta otra forma de criminalidad se presenta como un fenómeno no sólo distinto, sino en cierto modo radicalmente *contrapuesto* al de la delincuencia clásica o convencional. Ello habrá de hacernos reflexionar sobre el significado que ha de atribuirse al nuevo fenómeno como indicador o síntoma del actual momento de evolución del sistema social. También obligará a revisar los principios rectores de la Política criminal que suelen reputarse válidos para el tratamiento de la delincuencia convencional. Pero antes convendrá que nos aproximemos con más detalle al sentido y al concepto de una criminalidad que posee unos contornos nada precisos.

I

1. Decíamos que el punto de vista de la Criminología tradicional no se ha centrado en la delincuencia de los poderosos, sino en la delincuencia convencional, cuyos protagonistas pertenecen, en su inmensa mayoría, a clases sociales no sólo apartadas del poder, sino desfavorecidas o marginadas. Cuando Lombroso, Ferri y Garofalo, los tres representantes más importantes de la Scuola Positiva italiana, iniciaron el estudio empírico de la criminalidad y apareció la Criminología, partieron de la consideración de los delincuentes que poblaban las cárceles. Hoy se ha advertido que el hecho de que estas personas y no otras constituyan la clientela habitual del sistema penal depende de valoraciones y decisiones de quienes tiene la capacidad de *definición* de lo que ha de ser delito o no y de quiénes han de ser perseguidos o no como delincuentes. Pero no fue ese el planteamiento de los positivistas italianos, ni había de serlo tampoco el de la Criminología tradicional. Se partió, por el contrario, de un concepto *natural* de delito, según el cual éste no es producto de un determinado tipo de Sociedad, sino algo intrínsecamente nocivo y merecedor de la consideración de delito. Y a continuación se dio el paso, lógicamente inadmisibles, de identificar dicho concepto de delito con el que de hecho aparecía como tal en la realidad del sistema penal. No sólo se llegó por esta vía a admitir que la criminalidad efectivamente calificada como tal era la criminalidad a estudiar, sino también a ver en la misma la criminalidad natural, la verdadera criminalidad.

La consecuencia fue que se consagró un concepto de “delincuente” vinculado estrechamente a la marginación social. Se buscó analizarlo en lo que se llamó el “caldo de cultivo de la criminalidad”, a hallar en ambientes degradados y desde luego alejados del ejercicio de toda clase de poder. Las tipologías de delincuentes, los “tipos criminológicos” que así se elaboraron, no se ajustaban a la imagen de quienes abusan de posiciones de privilegio social, económico o político.

Pero la Criminología tradicional no partió de la nada. No *inventó* sus conceptos de delito ni de delincuente, sino que se limitó a tomarlos prestados de la opinión social

dominante y de la realidad del sistema penal. Tradicionalmente, la *opinión pública* ha identificado al delincuente con un tipo socialmente marginado, no integrado en los valores sociales. Es cierto que esto empieza a cambiar y que cada vez en mayor medida empieza la Sociedad a reclamar que la acción penal alcance también a personas relacionadas con el poder. Pero es evidente que la conciencia social tradicional había de verse decisivamente influenciada por la realidad de la población penal, máxime cuando imperaban —y en parte importante aún imperan— concepciones autoritarias y jerárquicas que facilitaban —y todavía facilitan— una identificación de la delincuencia realmente perseguida con la única y verdadera delincuencia.

Y con esto llegamos a una de las claves de la equiparación de delincuencia y delincuencia convencional: las diversas instancias que constituyen la realidad del sistema penal —a saber: la policía, la Administración de Justicia y las cárceles— se han ocupado casi exclusivamente de la delincuencia clásica. Hoy se ha repetido hasta la saciedad que dichas instancias del llamado control social formal no actúan por igual frente a toda posible infracción penal, sino que *seleccionan* a sus clientes en virtud de prejuicios que perjudican a quienes responden a las imágenes clásicas de delincuente y benefician al ciudadano aparentemente integrado. La policía no investiga toda clase de delitos, sino sólo algunos, preferentemente los que afectan a la llamada “seguridad ciudadana”. Tampoco persigue ni detiene por igual a todo posible infractor. Baste pensar en un ejemplo que muchos habrán podido comprobar: en el tráfico automovilístico: la apariencia del conductor y de los ocupantes y la clase de vehículo que utilizan son, sin duda, factores relevantes en orden al ejercicio del control por parte de los agentes de tráfico. También los órganos de la Administración de Justicia —Fiscales, Jueces— se guían consciente o inconscientemente por prejuicios que van en el mismo sentido. A consecuencia, en parte, de los distintos criterios de selección y filtraje aludidos, resulta que la población carcelaria se halla integrada básicamente por la delincuencia convencional. Y no se olvide que también en la prisión tienen más posibilidades de disfrutar de las ventajas previstas por la legislación penitenciaria (permisos de salida, régimen abierto, beneficios penitenciarios) los reclusos cuya tipología se diferencia de la del delincuente estándar.

2. La criminalidad convencional es, pues, no sólo la que normalmente ha sido vista como la verdadera delincuencia, sino también la que de hecho es tratada como tal por el sistema penal real. Ambas cosas se condicionan mutuamente, en un proceso de interacciones recíprocas. Pero ello no significa que no exista *otra* criminalidad. Aunque normalmente no sean descubiertos, los poderosos también delinquen. Uno de los logros de la Criminología actual ha sido descubrir la llamada *ubicuidad* de la delincuencia. Con este concepto se expresa el hecho de que los delitos se cometen en todos los niveles de la Sociedad. Esta observación va de la mano de otra igualmente clave: la *cifra oscura* de la criminalidad. Las estadísticas sólo reflejan una parte, a veces la menor, de los delitos realmente acaecidos. El número de hechos no registrado estadísticamente constituye la cifra oscura de la criminalidad. Pues bien, esta cifra oscura es más alta respecto a los delitos cometidos desde posiciones sociales de poder. En conclusión, pues, existe delincuencia en todos los estratos sociales (ubicuidad de la delincuencia) y la cifra oscura de la criminalidad oculta en mucha mayor medida los delitos relacionados con el poder.

Hoy empieza a prestarse atención a esta delincuencia oculta que implica alguna u otra forma de poder. Esta nueva atención que despierta es tan coherente con las concepciones sociales actuales como lo era no ocuparse de ella cuando imperaba una distinta ideología social. Los principios que se proclamaron por los revolucionarios franceses (libertad, igualdad y fraternidad) no se han alcanzado todavía en la medida de-

seable, pero paulatinamente han ido penetrando en la conciencia social y han determinado un proceso, probablemente irreversible, hacia una concepción *no jerarquizada* de la Sociedad. Ello está operando lo que podríamos denominar un cambio de paradigma, que afecta a la valoración social del poder.

En el modelo tradicional de Sociedad y de Estado ambos se hallan basados en la jerarquía y ésta, a su vez, en el poder. No sólo las normas jurídicas, sino también las morales y las sociales emanan de un poder jerarquizado y siguen una dirección descendente, de arriba a abajo. Quien ostenta el poder, o participa de algún modo de poder, no sólo tiene dicho poder, sino que es identificado o relacionado con la fuente de los valores sociales. El poderoso no sólo es *fuerte*, sino que acaba siendo visto como *bueno*. Es comprensible que, viceversa, las clases más bajas no sólo sufran entonces su inferioridad material, sino que también puedan hacerse sospechosas de inferioridad moral. Era natural que la delincuencia apareciese como mayoritariamente representada por marginados sociales. Tan natural como la suposición de que las estadísticas no ocultaban *otra* criminalidad entre las capas altas, la propia terminología es expresiva: clases *altas*, clases *bajas*, más cerca del cielo las primeras, más del infierno (palabra etimológicamente relacionada con lo inferior) las segundas.

No todo esto pertenece aún al pasado. La jerarquía persiste y en buena medida sigue redundando en beneficio de quienes la detentan. Tener poder sigue siendo rentable, incluso en orden a las posibilidades de infringir impunemente la ley. Pero la conciencia social, que evoluciona con mayor celeridad que la realidad, va adoptando cada vez más una distancia crítica respecto al poder y a sus beneficiarios. El poder se continúa deseando, pero el poderoso es observado con ojos críticos por quienes no lo tienen. Ya no está como antes por encima de toda sospecha. A los ojos de la colectividad, la superioridad material deja de asociarse a la superioridad moral.

En España esta evolución ha tenido un punto de inflexión en el tránsito del Estado franquista al Estado democrático. Estos últimos años han supuesto una rápida apertura de las concepciones sociales hacia un horizonte más igualitarista. La opinión pública se ha sensibilizado contra los abusos de poder, ya sea político, económico o de otro tipo. Que algunos empresarios o algún juez o funcionario hayan estado en la cárcel por razón de sus actividades específicas, y con el aplauso de la mayoría, es muy significativo del cambio de mentalidad que se está operando. Es cierto que estos casos son todavía excepcionales, pero el fenómeno es expresivo no cuantitativa, sino cualitativamente. No es fácil que los hechos cambien tan deprisa como su valoración. Quienes tienen poder tratarán de ejercerlo para eludir el control penal. Pero no hay que despreciar la eficacia a largo plazo de la *deslegitimación* que está sufriendo la utilización del poder.

Una de las manifestaciones más llamativas de este proceso se está produciendo en el ámbito de la política española de los últimos meses. Las acusaciones dirigidas a políticos y a allegados de los mismos se refieren a hechos nada nuevos, sino tan viejos como la política, pero es significativo que solo ahora la opinión pública se crea con derecho a formularlas. Aunque de momento tal vez no llegue a aplicarse efectivamente el Derecho penal en estos casos, los políticos se han apresurado a proclamar unánimemente la necesidad de incluir en el Código penal el *tráfico de influencias*.

1. Distintos sentidos del concepto de delincuencia por abuso de poder

Pero la delincuencia relacionada con el poder no constituye un concepto homogéneo ni bien delimitado. No basta caracterizarla por contraposición a la criminalidad convencional. Hay que empezar por señalar que dicho concepto puede incluir manifestaciones muy diversas, tal vez difíciles de someter a un denominador común suficientemente concreto. En una primera aproximación muy general —como la que hemos efectuado hasta aquí para plantear el tema— cabe considerar relacionado con el poder todo delito, de la clase que sea, que se cometa por alguien que utiliza cualquier forma de poder. Todo delito del *poderoso* podría llegar a incluirse aquí. Este es un *concepto subjetivo*, esto es, definido en función de los sujetos. Un punto de vista más específico podría limitar el concepto, entendido *objetivamente*, a los delitos que por su propia naturaleza suponen el abuso de alguna forma de poder. Pero aún es posible distinguir más y diferenciar la delincuencia que supone un abuso del poder político de la delincuencia que abusa del poder económico. A continuación nos detendremos en estos distintos aspectos del abuso de poder.

Siendo distintos los sentidos posibles del concepto de “poder”, también son, en efecto, diferentes las posibilidades de entender el concepto objetivo de delincuencia relacionada con el abuso de poder. En un *sentido amplio*, el poder a que aquí se alude puede alcanzar no sólo al estatal o político, sino también a la especial capacidad de influencia que tienen determinados sujetos por el hecho de ocupar posiciones sociales o económicas privilegiadas. Si se alude a este sentido amplio de poder, la criminalidad objetivamente relacionada con el poder será tanto la que se cometa utilizando el aparato institucional del Estado, como también la delincuencia económica que tiene por protagonistas poderes económicos, como empresas multinacionales o de otro tipo. Al lado de la delincuencia política que se produce desde el poder estatal puede también incluirse la actuación delictiva de instancias políticas enfrentadas a dicho poder, como las organizaciones terroristas. Todas estas manifestaciones tienen, ciertamente, algo en común: se contraponen claramente a la delincuencia convencional por el hecho de que, a diferencia de ésta, producto generalmente de la marginación y la falta de poder económico-social, suponen una utilización abusiva de posiciones de poder, ya sea poder institucional, ya poder económico, ya poder político-fáctico.

Tiene, pues, sentido, dar cabida a todas estas manifestaciones, por dispares que sean, dentro de un amplio concepto objetivo de criminalidad relacionada específicamente con el poder. Este es, por ejemplo, el criterio acogido por López-Rey, monografista del tema en nuestro país, que cuenta con su valiosa experiencia como miembro del Comité de las Naciones Unidas para la prevención del Crimen, experiencia que le ha permitido —según afirma en el Prólogo de su libro sobre Criminalidad y abuso de poder— estudiar el tema en más de 60 países.

Sin embargo, una vez reconocida la conveniencia de delatar que las relaciones entre el delito y el poder no sólo tienen lugar en el ámbito formal del poder político estatal, tal vez sea útil diferenciar dentro del amplio espectro del abuso de poder las formas de criminalidad relacionadas con el poder por excelencia, el poder del Estado. Tales manifestaciones caben en un *sentido estricto* de delincuencia por abuso de poder. Las demás modalidades de criminalidad económica o ideológica quedarían incluidas en un *sentido amplio* del concepto objetivo que estudiamos. Conviene no sólo poner de manifiesto los rasgos del uso abusivo de cualquier clase de poder, sino *también* facilitar la comprensión de las importantes *peculiaridades* propias de los distintos sectores indicados.

Hoy nadie duda, por ejemplo, de que la *delincuencia económica* posee unos rasgos propios relativamente bien definidos, que aconsejan tratarla con cierta autonomía. Por otra parte, no deja de resultar esclarecedor distinguir entre los delitos puramente económicos y aquéllos que buscan el beneficio económico mediante la *corrupción* de determinados funcionarios públicos. Todos ellos tienen que ver con alguna forma de poder, pero sólo los últimos entrarían dentro del sentido estricto de criminalidad relacionada con el ejercicio del poder.

2. Fenomenología de estos delitos

Aun restringiendo el análisis al sentido estricto indicado de criminalidad desde el poder estatal, es muy variada la fenomenología de los delitos que se cometen en este ámbito. Propongo distinguir tres grandes grupos de delitos, según supongan:

A) *Violencia desde el Estado contra la vida o la integridad física de las personas.*

B) *Agresiones a otros derechos fundamentales.*

C) *Corrupción de funcionarios públicos o gobernantes.*

En todos estos casos han de incluirse no sólo las agresiones efectuadas formalmente desde el Estado —que constituirán el supuesto más raro—, sino también lo que constituye la regla general: el abuso *informal y oculto* del aparato del Estado.

Un listado detallado de los distintos delitos incluibles en las categorías propuestas sería aquí demasiado prolijo. López-Rey destina cuatro páginas de su libro a la mera enumeración de los posibles delitos que suponen abuso de poder. A nosotros nos bastarán unos cuantos ejemplos paradigmáticos, en parte tomados de la lista que ofrece el autor citado.

A) En el primer apartado de violencia desde el Estado (manifiesta u oculta) *contra la vida o integridad física* de las personas, cabe mencionar los ejemplos del genocidio de las “desapariciones”, “purgas” o liquidación directa de oponentes políticos, disidentes o sospechosos, el uso arbitrario, bajo apariencia legal, de la pena de muerte, la tortura, el terrorismo estatal mediante policías paralelas o procedente de elementos policiales o militares que actúan por su cuenta, etc.

B) En el segundo apartado de agresiones a *otros derechos fundamentales* pueden citarse la aplicación ilegal de la prisión o del internamiento en instituciones psiquiátricas, la detención policial o militar ilegal o permitida por leyes dictatoriales, la persecución policial, el lavado de cerebro con finalidad política, la confiscación o destrucción de la propiedad con fines políticos, la discriminación de minorías étnicas, religiosas, sexuales o de otra clase, etc.

C) En el tercer apartado incluimos los casos de *corrupción* de funcionarios públicos o gobernantes. El soborno o cohecho mediante el pago de una cantidad de dinero o de comisiones, con muy variados fines, generalmente lucrativos, que a veces pasan por la obtención determinadas resoluciones administrativas favorables, como la recalificación de terrenos destinados a zonas verdes, o la concesión de créditos o ventajas financieras o industriales, el tráfico de influencias, es decir, la utilización, con ánimo de lucro o de obtener poder, de la amistad o parentesco que determinadas personas tienen con funcionarios o políticos para conseguir decisiones favorables, la malversa-

ción de caudales públicos por parte del funcionario que tiene acceso a los mismos, ya sea con objeto de apropiárselos o para destinar los fondos a fines distintos de los previstos, como para financiar un partido político u otras causas menos conocidas, etc.

III

¿Qué actitud ha de adoptar la *Política criminal* ante delitos como los que acabamos de mencionar? Es absolutamente evidente la necesidad incuestionable de castigar las manifestaciones más graves. Pero se plantea la cuestión de si es conveniente o no *ampliar* la intervención del Derecho penal en este ámbito. No se trata de cuestionar una aplicación igualitaria del Derecho penal, que hoy ya nadie puede negar con legitimación que ha de alcanzar a todas las capas sociales. Lo que hoy ya es delito ha de perseguirse quienquiera que sea su autor. Nada de todo esto requiere ulterior discusión. La cuestión a debatir es otra. Es la de si la legislación penal ha de aumentar significativamente el número de conductas punibles, más allá de las ahora previstas, y/o si ha de agravarse el rigor de las penas correspondientes.

Pondré sólo un ejemplo. A raíz de un escándalo político de todos conocido y aún pendiente, se acordó en el Parlamento considerar la tipificación de un nuevo delito de tráfico de influencias. Se reputaron insuficientes para abarcar todos los posibles casos de corrupción de funcionarios o políticos los tipos de delito actualmente previstos en el Código penal. Ahora bien, no es fácil delimitar el alcance de un concepto como el de tráfico de influencias. Si se concibe de forma amplia y abarca todos los casos de “amiguismo” puede alcanzar a todo el espectro de la política española. Aparte de que ello podría tener como resultado la imposibilidad práctica de persecución sistemática del nuevo delito, supondría admitir el principio de que es bueno ampliar de forma significativa la intervención del Derecho penal en el ámbito que nos ocupa. La admisión de este principio podría tener como consecuencia una tendencia general a la creación de otros tipos de delitos relacionados con el poder o a agravar su castigo.

Ello ensancharía el espacio del Derecho penal. ¿No chocaría con uno de los postulados centrales de la *Política criminal* del presente, con el *principio de intervención mínima* del Derecho penal? Antes de intentar dar respuesta a esta pregunta conviene que nos detengamos brevemente sobre el significado de este principio que acabamos de mencionar.

Es característica de la moderna *Política criminal* una tendencia a considerar nocivas las consecuencias de la intervención del Derecho penal. No se comparte ya generalmente la mentalidad retribucionista —cuando no vengativa— que buscaba en el castigo del culpable una satisfacción positiva. Hoy suele partirse de la consideración de la pena como un *mal* necesario, como una *amarga* necesidad (en expresión célebre de Scultz que sirvió de bandera al Proyecto Alternativo Alemán de los años sesenta). Según esto, el Derecho penal, en principio no deseable, sólo puede intervenir legítimamente como *ultima ratio*, como último recurso, cuando no quedan otras vías menos lesivas para proteger bienes jurídicos fundamentales. Se trata de una concepción que atribuye al Derecho penal una función de *prevención mínima*. También se postula, en este sentido, un *Derecho penal mínimo*, y a veces incluso *la abolición* del Derecho penal.

Todo esto resulta fácilmente comprensible cuando se piensa —como suele hacerse— en las consecuencias destructivas del Derecho penal en su aplicación real usual, esto es, respecto a la delincuencia convencional, en parte condicionada por factores de marginación social. La intervención penal en este ámbito puede verse —así lo hace la Cri-

minología crítica— como una manifestación represiva del dominio de la clase hegemónica. La crítica del Derecho penal es entonces crítica del poder, del cual emana.

La situación es distinta —en parte inversa— cuando nos enfrentamos a una delincuencia que parte del poder o que supone alguna forma de poder. Surge entonces la tentación de invertir el planteamiento y proclamar la necesidad de una intervención *máxima* del Derecho penal en este otro terreno. Aun cuando esto sea comprensible, no creo que deba compartirse. No se trata de tirar por la borda principios asentados, pero por los que todavía hay que luchar, como los de humanización y restricción de un medio tan violento como el Derecho penal.

Se trata, a mi juicio, de buscar un equilibrio que permita conciliar el principio de intervención mínima del Derecho penal con la exigencia, derivada del principio de igualdad, de que el Derecho penal no se limite a actuar sobre una clase, sino que distribuya su acción, siempre restringida a lo imprescindible, por todos los estratos sociales, y llegue hasta el poder. La exigencia de intervención mínima del Derecho penal puede entenderse no sólo como necesidad de restringir al máximo el número de hechos penados por la ley, sino también como necesidad de que se castiguen con la mayor moderación posible y con las máximas garantías. El Derecho penal ha de democratizarse en el sentido de que ha de repartir su actuación entre todos, poderosos y no poderosos, pero no debe abandonar por ello su estricta sujeción a todos los límites sin los cuales dejaría también de ser adecuado a un Estado social y democrático de Derecho.

