

EL DELITO DE USURA ESTUDIO TECNICO — JURIDICO

RODOLFO MANTILLA JACOME

INTRODUCCION

En términos generales se denomina usura el interés o precio que recibe el prestamista por el uso del dinero que ha prestado; circunscrito el concepto al Derecho Penal, la usura significa extralimitación por exceso en la tasa de interés que se cobra por el uso de dinero dado en mutuo.

La regulación de la usura en nuestro derecho parte de la idea aceptada de que el dinero prestado debe generar utilidades o intereses dentro de ciertos límites para su propietario.

Aunque no siempre se ha aceptado tal criterio pues hay quienes históricamente han sostenido la ilicitud del lucro obtenido con el préstamo del dinero, éste ha terminado por imponerse dentro de la dinámica de la producción económica, siendo hoy indiscutible que quien usa un capital ajeno debe pagar un precio por ello.

Al respecto Martín Lutero en su discurso sobre la usura afirma: "Quien tome más de lo que da, ése es un usurero, y eso se llama no prestar un servicio sino hacer mal al prójimo, como quien hurta y roba...". "Y si se tortura en la rueda y se decapita a los asesinos y a los saltadores de caminos, cuánto más habría que perseguir, maldecir, torturar a todos los usureros y decapitarlos..." (1) y mientras Sófocles en Antígona señala "nada como el dinero provocó entre los hombres malas leyes y malas costumbres; él engendra la discusión en las ciudades y expulsa a los habitantes de sus moradas; él vuelve a las más bellas almas hacia todo lo que hay de vergonzoso y defunesto para el hombre y les enseña a extraer de cada cosa el mal y la impiedad..." (2).

Benjamín Franklin, por su parte, en "consejos a un joven comerciante" decía: "Piensa que el dinero es fértil y reproductivo. El dinero puede producir dinero, la descendencia puede producir todavía más y así sucesivamente... cuanto más dinero hay, tanto más puede ser invertido de modo que el provecho aumenta rápidamente sin cesar..." (3).

Se ha dicho que usura significa extralimitación por exceso en la tasa de interés lo cual presupone a contrario sensu la idea de un interés normal, ubicado dentro de ciertos límites.

Esa normalidad en las economías estables se da dentro del libre juego económico, determinado por la ley de la oferta y la demanda, la seguridad de la inversión, el sentido de la proporcionalidad entre el rendimiento de la industria inyectada con el capital financiero; conocido como el sistema de la liberalidad, caracterizado por la inexistencia de regulación legal de la tasa de intereses por parte del derecho privado. En ocasiones algunos sistemas jurídicos atenúan esta liberalidad, apelando al carácter subsidiario de las normas de derecho privado, las cuales fijan una tasa legal que opera para aquellos casos en los cuales no ha existido manifestación de voluntad de las partes en el negocio jurídico. En esta modalidad el derecho penal suele recurrir al criterio del Juez —ingrediente normativo—.

(1) Citado por Carlos Marx. "El Capital". Tomo I. F.C.E. México, 1975. p. 190.

(2) Sófocles, "Antígona — Dramas y Tragedias". Iberia. p. 113.

(3) Citado por Max Weber. "La ética protestante y el espíritu del capitalismo". Península. Sed. Barcelona, 1979. p. 43.

Por otra parte el sistema de la reglamentación funciona sobre la base de una tasa de interés legalmente establecida en forma más o menos arbitraria, señalándose las sanciones de orden civil y penal para quienes superen tales límites.

1. EL BIEN JURIDICO TUTELADO

1.1 UBICACION

Es importante precisar el bien jurídico tutelado en el delito de usura, porque de ello se derivan importantes consecuencias de orden interpretativo.

Indudablemente la usura es un tipo penal pluriofensivo ya que quien realiza tal conducta lesiona intereses económicos particulares al tiempo que esa actividad tiene significación negativa de orden inflacionaria en la economía nacional.

De acuerdo con la técnica legislativa más usada, se suele ubicar sistemáticamente los tipos penales pluriofensivos dentro del título del código que protege el bien jurídico de mayor entidad o importancia. Esta fue precisamente la técnica utilizada por el legislador colombiano que ubicó este tipo penal dentro del Título VII, referido a los Delitos contra el Orden Económico y Social, siendo consecuente con la regla general de derecho, según la cual el bien general o colectivo debe primar sobre el bien particular o individual.

1.2 ORDEN ECONOMICO

Entendemos el orden económico como el conjunto de condiciones productivas, lineamientos y límites impuestos o protegidos por el Estado, dentro de una comunidad en procura de mantener su organización económica. La intervención estatal en la creación, regulación y protección del orden económico, tiene su fundamento en la constitución nacional que en su artículo 32 dispone: "Que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado..." al tiempo que el artículo 30 de la Carta impone la función social de la propiedad privada.

La idea de orden económico y social es un concepto de amplio espectro que implica la regulación estatal de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

En el caso concreto del delito de usura, es entendido que se tutela el orden económico en su estabilidad, reconocida la capacidad inflacionaria de la especulación, usuraria, pues dentro del ciclo productivo el costo del dinero financiero utilizado por el industrial o el comerciante, tiende a incrementar los costos finales del producto; y este incremento se traslada al consumidor generando en esta forma una escalada inflacionaria, acompañada de las nocivas consecuencias en el comercio, la industria y el patrimonio individual.

La lucha contra la usura, en nuestro país desde el punto de vista legal se realiza en los campos civil y penal. El derecho privado, como se recordará a través de los códigos civil (4) y comercial (5), regula el mutuo para el cual señala intereses legales y convencionales, prohibiendo la extralimitación de estos últimos y en caso de que se presente, sancionan con la reducción a la tasa legal según el Código Civil y con la pérdida de los intereses pactados en el caso del Código de Comercio.

De acuerdo con este derecho, el interés legal opera subsidiariamente ante la ausencia del convencional y éstos no deberán exceder de una mitad al interés corriente, según lo dispuesto por el Código Civil en su artículo 2231.

(4) Artículo 2221 del Código Civil y ss.

(5) Artículo 884 — 1163 del Código Comercio.

La institución de la lesión enorme también apunta a eliminar los excesos ocasionados en los negocios entre particulares (6).

2. DELITO DE USURA

En el ámbito penal, la usura, es considerada un hecho punible tal como lo dispone el artículo 235 del Código Penal.

En orden a establecer la naturaleza jurídica del delito de usura, debemos hacer un estudio de sus elementos fundamentales.

2.1 LA TIPICIDAD

2.1.1 Sujetos

a. Sujeto activo: Conforme al texto legal y desde el punto de vista de su calidad, el sujeto activo del delito de usura es indeterminado, pues cualquier ser humano puede realizar la conducta típica sin que se exija que reúna especiales características o atributos que lo distinguan y especifiquen.

Claro que según las normas que comentamos, el usurero es un prestamista habitual, ya que del sentido mismo de la disposición parece que ella no pretendiera reprimir a quien esporádicamente y en forma aislada realice la conducta delictiva, además por definición el sujeto activo del delito de usura es persona con capacidad económica que detenta o maneja capital financiero.

Por causa de la estructura misma de nuestro Derecho Penal definido como culpabilista, en cuanto exige en el autor conciencia y voluntad para actuar y por razones de índole punitivo, es imposible predicar la usura por parte de las personas jurídicas como sujetos activos de la misma; sin embargo debe señalarse que nada se opone y por el contrario es frecuente dentro de la dinámica de esta modalidad delictiva la existencia de empresas, verdaderos entes jurídicos dedicados al desarrollo de esta actividad. Solo que en estos casos debe individualizarse la conducta de los gestores a fin de que recaiga sobre ellos la responsabilidad penal. En materia civil por el contrario, la sanción se aplica sin ninguna dificultad al ente jurídico.

Desde el punto de vista del número, este tipo penal es aparentemente monosujetivo, porque en realidad presenta una plurisujetividad anómala de participación consentida por parte de la persona que da o paga las utilidades o ventajas usurarias. Esto se desprende de la naturaleza contractual del negocio usurario, en el que se aprecia sin esfuerzo el acuerdo de voluntades entre prestamista y prestatario.

b. Sujeto pasivo: El sujeto pasivo de la conducta usuraria es la colectividad, en cuanto es ella la titular del bien jurídico de la economía nacional.

Recuérdese que este bien jurídico tiene consagración constitucional, cuanto la Carta exige al Estado la protección de la economía encomendándole la dirección general de ésta y ordenándole intervenir conforme a la ley en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, racionalizando y planificando la economía a fin de lograr su desarrollo integral (Artículo 32 C.N.).

Fácilmente se observa la distinción entre sujeto pasivo y perjudicado, pues si bien constituye atentado contra el conglomerado en su estabilidad económica, también los particulares sufren las consecuencias, los perjuicios de orden económico patrimonial por razón de la conducta usuraria.

(6) Artículo 1946 del Código Civil y ss.

2.1.2 Conducta

La conducta típica de usura en su primera modalidad conforme al inciso primero del actual artículo 235 del Código Penal, consiste en recibir o cobrar, directa o indirectamente de una o varias personas en el término de un año, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazos utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés que para el período correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación, cualquier sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla.

a. Núcleo rector: El núcleo rector de la figura está dado por los verbos recibir y cobrar intereses o ventajas usurarias, que indica en primer término que se trata de un tipo penal compuesto integrado por dos actividades o formas de realización del hecho, alternativas en cuanto basta el agotamiento de uno de los verbos rectores para la estructuración del hecho típico.

El verbo recibir denota actividad material por parte del agente, que dentro de esta forma de comportamiento asume actitud receptiva, pasiva, es decir no hace sino que permite que hagan y no impide que hagan; al tiempo que cobrar que también expresa operación material, pero de actividad en cuanto el agente toma la iniciativa y en forma positiva obtiene el pago de la utilidad o ventaja usuraria.

El profesor Cancino afirma que con la utilización alternativa de recibir y cobrar, "El legislador pretendió cerrar el paso a la impunidad en los casos en que los delincuentes, hábilmente pretendan aparecer, no como oscuros cobradores de las ventajas usurarias, sino como meros receptores de la iniciativa de terceros..." (7)

Sin embargo consideramos que esos dos verbos están señalando momentos de una misma operación múltiple y compleja, integrada por el acuerdo de voluntades en el mutuo, fijación de los términos del contrato y luego cobrando o recibiendo los frutos de la transacción; pues recibir es incorporar tomando para sí algo que se da y cobrar es obtener que se pague algo que se debe.

Debe señalarse sí, que para la tipicidad de la conducta, no basta simplemente el recibir ya que si se trata de un acto de mera liberalidad por parte de quien da, dicha operación estaría regulada por las disposiciones civiles propias de la donación, pero no cabría ubicarla dentro de la usura, pues el recibir referido a este tipo penal debe estar ligado objetiva y subjetivamente al contrato usurario.

Pertinente resulta en este punto lo afirmado por Landrove: "... La conducta, sustrato esencial de la acción delictiva, es evidente que viene constituida por la relación contractual de préstamo existente entre el sujeto activo y el pasivo (en el derecho español) a la que se le adicionan los demás requisitos típicos..." (8).

Dijimos que cobrar es obtener que se pague algo que se debe, o como lo dice el diccionario de la Real Academia, "Percibir el acreedor o un representante suyo una cantidad adeudada".

La fórmula verbal utilizada en el Código Penal nos indica que se trata de un delito de resultado, pues se requiere para la realización de cualquier de estos dos verbos que el sujeto perciba, incorpore para sí la utilidad o ventaja usuraria. Otras legislaciones, por ejemplo la Argentina, utilizan una fórmula verbal más amplia cuando hablan de "quien se haga dar o prometer" considerando de esta forma consumado el delito cuando apenas ha surgido la anuencia del que debe dar sin que se requiera que efectivamente lo haga, situación que en nuestro derecho se regula por la tentativa.

(7) CANCINO MORENO, Antonio J. "Delitos contra el orden económico social en el nuevo Código Penal". P. 155

(8) LANDROVE DIAZ, Gerardo. "El delito de Usura". Bosch, Casa Editorial Barcelona. p. 141.

b. Circunstancias: Dentro de la compleja descripción de la conducta típica del delito de usura, debe examinarse con detenimiento la expresión "directa o indirectamente", "de una o de varias personas"; porque en forma extraña la técnica utilizada por el legislador en este caso a todas luces denota que pretendió crear un tipo penal de amplia cobertura o amplitud modal, y por ello la referencia a que el sujeto reciba o cobre, directa o indirectamente de una o de varias personas, no tiene precisamente el papel limitante que normalmente juegan dentro del elemento descriptivo del tipo las circunstancias de modo, sino que por el contrario en este caso se está indicando que el verbo rector puede realizarse de modo amplio —directa o indirectamente— y de una o varias personas, lo cual no encierra el tipo debiéndose concluir que no es ésta una circunstancia de modo, sino una innecesaria insistencia a la forma amplia de recibir o cobrar utilidades o ventajas usurarias; lo mismo dígase de la expresión "cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla".

Estas referencias a la amplitud modal del tipo de usura, nos parecen innecesarias y antitécnicas, aclaraciones impropias del legislador que en estos casos debe realizar una descripción escueta, propia de los tipos abiertos dejando los comentarios en manos de la doctrina.

De todas maneras en las dos expresiones comentadas, el legislador ha querido hacer énfasis de los artificios de que se valen los delincuentes económicos para encubrir y disimular sus actividades criminales; tal vez hubiese sido más técnico que en lugar de las dos expresiones criticadas se hubiese limitado a decir "el que en cualquier forma reciba o cobre".

De la estructura del artículo 235 comentado, se desprenden dos formas de recibir o cobrar la ventaja o utilidad usuraria, así:

— "Directa", como predicado o atributo que se formula de la acción desarrollada por el propio sujeto activo de la conducta punible y cuyo entendimiento no se presta a mayores consideraciones;

— "Indirectamente", que constituye acción impersonal cuando el sujeto agente no percibe en forma inmediata la utilidad o ventaja de manos de su víctima, sino que ello ocurre por intermediación de terceros, tratándose de personas naturales o jurídicas, que a nombre del denominado usurero reciben o cobran las utilidades o ventajas destinadas a éste.

La expresión de una o varias personas, de quien debe recibir la utilidad o ventaja el agente, debe ser entendida dentro del exceso de mala técnica empleada en la redacción del tipo de usura, donde con casuismo innecesario se está indicando que no interesa, para efectos de la realización del tipo, que el agente concrete su actividad en una o varias operaciones usurarias con una o varias personas. Tal expresión permite afirmar nuestro criterio de la imposibilidad de la existencia del concurso homogéneo de hechos punibles, entretándose de usura.

El término —indirectamente— junto con el que habla de "cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla", está haciendo referencia a la denominada usura encubierta, que ha sido objeto de particular preocupación en razón a las dificultades que suele presentar para su represión penal. Así, en España, el artículo 543 la contempla en forma especial sin exigir la habitualidad que sí se requiere para la figura básica, lo cual indudablemente hace más riguroso este tipo penal. (9)

(9) Artículo 543: "Será castigado con las penas del artículo anterior el que encubriere con otra forma contractual cualquiera la realidad de un préstamo usurario, aunque no exista habitualidad.

La doctrina siempre ha resaltado la infinidad de formas utilizadas por los delincuentes para encubrir la usura, señalando distintas e ingeniosas formas contractuales (Pacto de retroventa, donación remuneratoria, simulación de venta de cosas, etc). Creemos que esta forma de usura debe ser considerada más grave por razones de personalidad del sujeto, debiéndose por ello sancionar más drásticamente.

c. La habitualidad: Contiene este tipo penal una importante circunstancia de tiempo, cual es el término de un año exigido para cobrar o recibir utilidad o ventaja usuraria y que introduce el requisito de la habitualidad dentro de la estructura típica de la usura.

La forma como el legislador colombiano establece la habitualidad en la usura es realmente desacertada, pues en realidad lo que se exige en la norma es que la utilidad o ventaja usurarias deben cobrarse dentro del término de un año y si es en tiempo menor no se puede entender consumado el delito.

Constatar la habitualidad del usurero estableciéndose procesalmente su persistencia durante el lapso de un año es uno de los escollos difícilmente superables por los jueces, pues como es natural la actividad misma suele disfrazarse buscando la impunidad y como el mismo tipo lo indica, el negocio usurario puede realizarse con una o con varias personas, siendo en este último caso aún más difícil su precisión.

Históricamente los antecedentes de la norma colombiana sobre usura, indican que en todos ellos se ha exigido la habitualidad; así, en el Código Penal de 1936 "El que por más de tres veces obtenga...", en el proyecto del Código Penal tipo para América Latina, se insistió también en la habitualidad de la conducta; lo mismo ocurrió en el anteproyecto de 1974, "El que por dos o más veces obtenga..."; lo mismo ocurrió en los restantes proyectos, siendo interesante resaltar como en el de 1976 aparece por primera vez la expresión que ahora se comenta, en el artículo 309 que decía: "El que por dos o más veces, en el término de un año...". Luego en el artículo 328 del proyecto de 1978, "El que por dos o más veces en el término de un año..." y finalmente en el artículo que fue definitivamente aprobado y que debería ser la norma vigente, el 292, "El que por dos o más veces reciba de una o de varias personas, en el término de un año...". Sin embargo en la promulgación del Código mediante el Decreto 100 de 1980, se eliminó la exigencia de dos o más veces, situación que se mantiene en el artículo 1º del Decreto 141 de 1980 que consagra la norma vigente y de donde se debe concluir sin dificultad que se exige el cobro de utilidades o ventajas durante el término de un año.

No compartimos el punto de vista del doctor Cancino quien parece entender el término de un año como condición de procedibilidad antes que reinteración o permanencia de la conducta durante el lapso de un año; dice así el autor citado:

"En la disposición se dice que el cobro o recibo debe hacerse en el término de un año. Nada más ilógico; el juez de acuerdo con esta circunstancia temporal, a pesar de tener conocimiento de que el delincuente ha realizado varios cobros indebidos a una o varias personas, en un día, en una semana o en un mes y que su conducta encaja en el tipo penal, tendrá que esperar que transcurra un año desde el momento del primer cobro o del cobro último, para poder iniciar la correspondiente acción" (el subrayado es NUESTRO). (10)

Creemos que el requisito temporal se refiere es a la habitualidad en cuanto exige que los intereses deben cobrarse durante todo el año; ello es lo que se desprende de los antecedentes históricos de la norma y de su mismo sentido gramatical.

Al criticar el punto de vista de Cancino, el profesor Saavedra Rojas dice:

"Cancino entra en contradicción con los principios generales del proceso penal, porque para el ejercicio de la acción penal no existen más que dos formas de iniciación —oficiosa y por querrela— estas últimas tienen un término expreso de preclusión, para que la parte interesada pueda solicitar la iniciación de la correspondiente acción penal. De dónde y por qué se concluiría que, ha sido voluntad del legislador hacer una modificación a la Ley procesal por medio de una norma sustantiva?". (11)

Este requisito de la habitualidad que es por sí absurdo, lo es mucho más en la forma como lo concibe el legislador colombiano, al exigir la permanencia de la actividad usuraria durante un año, ya sea con una o con varias personas y realizándose en forma directa o indirecta, además la habitualidad, no se compadece con el bien jurídico tutelado, ya que la actividad usuraria realizada por una sola vez y en lapso inferior a un año, también genera desequilibrio económico por sus consecuencias inflacionarias; sobre todo cuando se da en préstamo grandes sumas de dinero a altísimas tasas de interés, así sea por una sola vez y en un lapso corto de tiempo. Ernesto Ure al criticar la habitualidad sostiene: "Pero al confrontar los supuestos recién anotados de delitos plurisubistentes, con la ratio essendi de la incriminación de la usura se advierte que en ésta no existe ningún motivo valedero que justifique la impunidad de cada hecho aislado, cuya ejecución concreta los elementos materiales y psicológicos requeridos para su castigo: la concertación de un solo préstamo usurario representa de por sí la perpetración de un hecho objetivamente disvalioso y subjetivamente reprochable que merece ser sancionado como delito...". (12)

De acuerdo con la existencia típica de la habitualidad, se tienen entonces que el autor del delito de usura debe percibir utilidades o ventajas usurarias durante el lapso de un año, término que debe ser entendido en forma continua o discontinua, siendo posible la suma de segmentos de tiempo con solución de continuidad. Dentro de la descripción sui generis que le dio el legislador colombiano a la norma sobre usura, se pregunta el intérprete si se trata de un delito permanente, de un delito continuado o de una mera habitualidad delictiva que parece sancionar al hombre no por lo que hace sino por lo que es (profesionalmente usurero).

Si bien, el delito de usura contiene la característica de la temporalidad (permanencia calificada de la actividad delictiva que debe ser por lo menos de un año), no se le puede calificar como un delito permanente pues es característica de esta clase de delitos su unidad naturalística y jurídica; así, el secuestro es uno solo sea cual fuere su duración, una es la acción delictuosa y uno solo su resultado, al tiempo que la usura por su condición de ser de tracto sucesivo, conlleva el agotamiento naturalístico del iter-criminis cada vez que el sujeto obtiene la utilidad o ventaja usuraria, esto es, implica pluralidad de conductas. Debe concluirse por ello que no se trata de un delito permanente a pesar de serlo aparentemente.

Podría pensarse que se trata de la consagración sui generis y específica de un delito continuado, como si se le hubiese colado al legislador a pesar de su propósito de extinguir esta figura como lo hizo en la parte general, porque le da tratamiento de un solo hecho punible a una pluralidad de conductas lo cual es de por sí una ficción, que impide que se le dé el trámite concursal, sin embargo tampoco reúne los requisitos y las características de esta figura, siendo imposible entonces predicar las reglas generales que sobre consumación, prescripción, etc, que regulan el delito continuado.

Se llega a la conclusión de que se trata de una categoría especial sui generis, delito habitual o plurisubistente, aglomeración legal de varios hechos naturalística-

(10) CANCINO MORENO, Antonio J. "Derecho penal especial". Universidad Externado de Colombia. p. 173

(11) SAAVEDRA R., Edgar. Apuntes de clase.

(12) URE, Ernesto. Usura en el derecho penal. p. 47

mente escindibles, a los cuales el legislador solo les reconoce calidad delictiva en cuanto sean realizados habitualmente por lo menos durante un año por el sujeto usurero. Como lo afirma Fierro: "Nos encontramos con que este delito habitual es aquel que por propia conformación del tipo requiere necesariamente para su configuración la realización reiterada de la acción descrita por la figura. A diferencia del delito continuado, cada acción considerada aisladamente es impune y es la reiteración o mejor dicho, la 'habitualidad' de ese modo de proceder lo que constituye al delito previsto y reprimido por la ley". (13)

d. Consumación: Entonces la consumación del delito de usura solo se logra mediante la habitualidad del autor por el término de un año, o por más tiempo, siendo siempre un solo delito, existiendo a nuestro juicio la imposibilidad del concurso; por otra parte los actos usurarios individualmente considerados y de duración menor a un año, son en principio impunes salvo que logren ubicarse objetiva y subjetivamente en el ámbito de la tentativa.

e. Tentativa: Nuestra posición en este punto es la de que solo se puede predicar la tentativa cuando habiéndose descubierto antes de completarse el año se logra establecer la finalidad o propósito por parte del sujeto de obtener ya sea de una o de diferentes personas utilidad o ventaja usuraria por el término de un año, porque entonces se cumpliría la regla del artículo 22 del Código Penal que habla de actos idóneos o inequívocamente dirigidos a la consumación del hecho punible y éste no se produjere por circunstancias ajenas a la voluntad del autor. Por el contrario si se establece actividad usuraria en lapso inferior a un año sin propósito de continuidad esta conducta es impune en el derecho penal colombiano; por ello hemos dicho que en tratándose de usura, nuestro legislador parece sancionar al hombre más que por lo que hace, por lo que es profesionalmente usurero.

También es una forma de tentativa en la usura cuando a pesar de haber ocurrido el término de un año, el sujeto agente no obtiene el pago, que es normalmente como se descubre el hecho, al intentarse la acción judicial de cobro; se trata entonces de una tentativa acabada en lo que no se obtiene el resultado exigido por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Cuestión interesante, surge en la hipótesis posible en la práctica delictiva, de que las utilidades o ventajas usurarias se paguen por adelantado en la modalidad de mutuo de dinero por el término de un año; en estos casos nos parece que el delito de usura se ha consumado plenamente a partir del momento en que se ha producido el pago anticipado sin que sea preciso esperar que transcurra el año para la iniciación del proceso como lo afirma el profesor Cancino.

A nadie se le escapa además que de acuerdo con la estructura de la norma, el de la habitualidad es un mecanismo de impunidad.

f. Objeto material: El objeto material del delito de usura está dado por la utilidad o ventaja que exceda en la mitad el interés que para el período correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación.

La utilidad o ventaja usuraria deben provenir en esta primera modalidad del delito de préstamo de dinero o por concepto de bienes y servicios a plazos nos parece que en esto hubiese podido ser más técnico el legislador, porque innecesariamente restringe el mutuo solo al dinero dejando por fuera las demás cosas fungibles. Y en cuanto a la venta de bienes y servicios a plazos, es correcta la regulación que se hace en el código al excluir la venta de contado que puede estar regulado por normas civiles (lesión enorme, por ejemplo), pero que no hacen parte de la naturaleza de tracto-sucesivo de la actividad usuraria. El profesor Cancino en posición contraria a

(13) FIERRO, Guillermo J. "La ley penal y el derecho transitorio". Depalma, Buenos Aires. p.227

la nuestra se duele de que no se hubiese incluido la venta de contado. (14).

Salvo el vacío, que le anotamos a la disposición en lo referente al mutuo de cosas fungibles, nos parece que logra muy buena cobertura de estas actividades, concretamente en lo pertinente a la venta de bienes o servicios a plazo, modalidades comerciales que han adquirido un gran auge en la sociedad de consumo, estándose en presencia de un particular condicionamiento de las personas quizás por causa de la publicidad, que optan por comprar las cosas sin dinero y pagarlas después, pagando por esos bienes o servicios tales como electrodomésticos y viajes de placer, altísimas tasas de interés.

Claro que la usura, en estas actividades comerciales suele ser encubierta, siendo muy difícil su precisión, esto particularmente porque el precio de los bienes o servicios no están sometidos, en nuestra economía, salvo casos excepcionales (cosas y servicios de primera necesidad), a control estatal imperando por ello la ley de la oferta y la demanda y el acuerdo de voluntades entre el comprador y vendedor en la fijación del precio del bien o servicio; solo a partir de ese momento es que se puede estructurar la usura. En otros términos, consideramos que la usura se da es en el sistema de crédito establecido para el pago por cuotas de los bienes o servicios y no en el precio mismo que las partes han fijado inicialmente a éstos. Así, la idea de utilidad o ventaja que en el caso de préstamo de dinero es muy fácil establecer, por ser una relación muy simple, cantidad de dinero pagado o cobrado menos cantidad de dinero prestado; en el caso de bienes o servicios, debe establecerse esa utilidad o ventaja en la diferencia entre el dinero pagado o cobrado a plazo y el precio del bien o servicio inicialmente acordado entre las partes contratantes.

3. INGREDIENTES ESPECIALES

Estructuralmente el de la usura es un tipo penal en blanco porque su integración se logra acudiendo a disposiciones de tipo administrativo emanadas de la Superintendencia Bancaria que es la entidad encargada de certificar la tasa de interés legal para los bancos, que sirve de referencia al intérprete.

Como toda norma penal en blanco, contiene un ingrediente normativo de orden jurídico, en este caso predicable del objeto material del delito, ya que se exige que la utilidad o ventaja exceda en la mitad el interés que para el período correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios conforme a la certificación de la Superintendencia Bancaria.

Debe entonces el intérprete emitir un juicio valorativo sobre la utilidad o ventaja obtenida por el sujeto agente, teniendo como referencia el límite legal fijado por la Superintendencia, límite legal que conforme a la norma estudiada debe ser excedido en la mitad para efectos de la realización del tipo.

Los créditos ordinarios de libre asignación son: aquellas operaciones activas ordinarias que no tienen una destinación oficial ni son de fomento (15) realizadas por los bancos dentro del giro de sus negocios y reguladas por la Junta Monetaria según el Decreto 2206 de 1963, siendo las tasas señaladas por este organismo el fundamento de la certificación que para efectos probatorios expide, la Superintendencia Bancaria conforme al Artículo 235 del Código Penal.

(14) CANCINO, Antonio J. "Delitos contra el orden económico y social". p. 156

(15) SERRANO, Luz Amparo. "De las tasas de interés". En revista jurídica USTA. N° 10. Bucaramanga, Abril de 1985. p.52.

Los tipos penales en blanco como lo es el de la usura son estructuralmente completos, esto es gozan de precepto y sanción, pero el precepto en una relación de contenido debe ser llenado con disposiciones ajenas al estatuto penal, normalmente administrativas como en el caso de la norma estudiada. Esta característica de las normas penales en blanco genera algunas dificultades en el ámbito de la vigencia de la ley penal en el tiempo; empezando porque como lo señala el profesor Reyes Echandía, en acertada expresión —estas normas permanecen en hibernación hasta tanto la disposición complementaria no se produzca y solo a partir de ese momento es que se efectiviza su vigencia— además la materia de prohibición en estos tipos es cambiante con las decisiones administrativas lo cual genera indiscutiblemente incertidumbre jurídica.

Particular interés tiene en este punto, resolver la situación en que encuentran las conductas comprometidas penalmente por usura, ya sea que sobre ellas se haya proferido sentencia condenatoria o aún no se haya llegado a tal momento, ante la aparición de disposiciones administrativas de la Superintendencia Bancaria que eleva el límite legal de la tasa de interés quedando por ello tales conductas dentro un aparente ámbito de licitud.

En nuestro medio, el estatuto penal se abstiene de dar regulación concreta al asunto, ni siquiera como lo hace el Código Penal Brasileño que en su artículo 3° establece la ultraactividad de las leyes penales excepcionales y temporarias y dado el parentesco próximo entre éstas y las normas extrapenales integradoras de los tipos penales en blanco, constituyen una importante luz legislativa en la solución del problema; pero ante tal ausencia queda entonces el asunto en manos de la doctrina y la jurisprudencia.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia existen antecedentes poco halagüeños, si bien no sobre un caso concreto de usura, si referido al delito de peculado en un asunto en el que al momento disponer los viáticos oficiales el sujeto superó el límite legal y posteriormente antes del fallo, una disposición administrativa, acordó la elevación del límite legal de éstos. En dicha oportunidad la Corte Suprema dispuso la inexistencia del delito; para arribar a tal conclusión nuestro máximo Tribunal aplicó el principio de favorabilidad en forma amplia. (16)

Tal postura de la jurisprudencia nacional dejaría definitivamente sin posibilidad de aplicación la norma sobre usura ya de por sí maltrata y defectuosa, pues el límite legal de intereses es periódicamente ampliado.

Debe señalarse sí, que en aquella oportunidad en que la Corte sentó esta doctrina, varios magistrados salvaron su voto (17), siendo trascendentes los planteamientos del Magistrado Reyes Echandía, quien afirmó en esa oportunidad:

“2°) Considero que con fundamento en el artículo 26 de la Constitución Nacional la excepción de la retroactiva aplicación de la ley más favorable se refiere expresamente a “materia criminal”; su reiteración en el Código Penal permite enfatizar la restricción del área especializada en que tal principio se desenvuelve. Es, desde luego, posible que la disposición más favorable al procesado pertenezca a un ordenamiento jurídico distinto del penal, pero en tal caso su aplicabilidad está supeditada a aquellas hipótesis en que tal forma sea recogida por un tipo penal que posea ingrediente normativo con el cual se integre;

“Tal ocurriría, por ejemplo, con el tipo de inasistencia familiar, si una ley —de carácter civil— eliminase la abolición alimentaria entre herederos, dado que esta modificación legislativa extrapenal altera la estructura de aquel tipo en cuanto que allí se describe el incumplimiento de las obligaciones alimentarias debidas por el

agente a “sus hermanos”. Pero, cuando la norma modificada, sin ser de naturaleza penal no afecta la estructura de un tipo penal en cuanto deja intactos sus elementos integradores, no cabe su favorable aplicación retroactiva con fundamento en las disposiciones constitucional y legal señaladas.

“3°) Sostener que un determinado comportamiento, que en la fecha de su realización configuró delito de peculado por apropiación —en cuanto el agente dispone en provecho suyo o de un tercero de dineros oficiales en cantidad mayor de la legalmente permitida— pierde su ilicitud porque una disposición administrativa posterior eleva el monto de la disponibilidad presupuestal de tal manera que de haberse dado la conducta bajo esa nueva situación ella no sería delictiva es peligrosa tesis que, sin respaldo constitucional ni legal, abre amplio e incontenible camino hacia la impunidad. Para confirmar esta conclusión basta recordar la situación de autos o de cualquiera otra semejante: un funcionario público fija a empleado de su dependencia viáticos por cantidad superior a la permitida en esa fecha por decreto o resolución con plena conciencia del peculado que está cometiendo, pero también en la convicción (o sin ella, pues este aspecto no altera la cuestión) de que una norma posterior al elevar en el futuro —más o menos próximo, pero cierto, en razón del previsible y constante proceso de desvalorización— el tope de los viáticos, convalidará retroactivamente su ilícito proceder. Con dicha tesis va a desaparecer esta concreta y nada infrecuente modalidad del peculado; el delincuente solo necesita esperar la llegada del decreto o resolución que, al aumentar el monto de los viáticos, bendiga con efecto retroactivo lo que fue y no ha dejado de ser delito...” (18)

La crítica a la tesis sostenida por la mayoría de la Corte, radica entonces en la aplicación ilimitada del principio de retroactividad sin tener en cuenta la naturaleza penal o extrapenal de la ley favorable, ni la incidencia en la estructura típica que tengan estas últimas ya que ese principio se refiere a la Ley Penal como acertadamente lo señala el profesor Alfonso Gómez Méndez al criticar la decisión de la Corte:

“Una disposición de carácter administrativo que aparentemente hace lícito lo que antes era ilícito, no se está refiriendo ni a la calidad del sujeto activo, ni a la naturaleza del objeto material, ni a la conducta misma, que sigue siendo igual. Los elementos del tipo legal de peculado no se modifican por el hecho de que una disposición posterior, de naturaleza administrativa, permita actuar al funcionario, a partir de su vigencia, de una manera distinta. La ‘hipótesis’ de aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable (de rango constitucional, ciertamente, pero de alcances limitados señalados en el mismo texto), están precisamente señalados en el artículo 45 de la ley 153 de 1887. En el fondo, la tesis de la Corte llevaría a afirmar que un ‘acto jurídico posterior’ (aún cuando no sea de naturaleza penal), que hubiese convertido en ilícita la acción, de haber existido al momento de su realización debe aplicarse en forma retroactiva...” (19).

Consideramos entonces que las variaciones en los límites legales en la tasa de interés no afectan con criterio de favorabilidad las situaciones consolidadas así estén en trámite procesal o definitivamente falladas.

4. COPARTICIPACION CRIMINAL

Ya hemos dicho que este tipo penal presenta una plurisujetividad anómala de participación consentida por parte de la persona que da o paga las ventajas o utilidades usurarias, o sea que el tipo penal exige conceptualmente la presencia del

(16) Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 15 de Febrero de 1980.

(17) Salvaron su voto, los H.H. Magistrados: Alfonso Reyes Echandía, Gustavo Gómez Velásquez y el conjuer Ignacio Talero Losada.

(18) Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Salvamento de voto. Dr. Reyes Echandía.

(19) Revista de Derecho Penal y Criminología. N° 9, p.31 — ss.

prestamista y del prestatario en la parte activa para su realización. Sin embargo creemos que el prestatario que da o paga las utilidades o ventajas, desde el punto de vista típico no puede ser considerado estrictamente autor por cuanto no realiza el tipo, sino que se le debe considerar un cómplice en cuanto presta su auxilio para la realización de la conducta por el autor.

Refiriéndonos en sí a la coparticipación criminal o participación opcional de otras personas en el delito de usura, es interesante resaltar la actividad del intermediario que opera normalmente como determinador y en ocasiones cómplice, en la gestión de negocios usurarios. Se trata de aquellas personas que realizan los contactos con los captadores de dinero y el prestamista de quien suelen ser asesores económicos.

Estos asesores normalmente deben ser ubicados dentro de la determinación delictiva, pues con su actividad propician y buscan la realización del delito por parte de otros, pero también en algunos casos pueden aparecer como simples cómplices de esta actividad según el papel que desempeñen en el ilícito.

La existencia de esta forma de delincuencia de graves consecuencias en cuanto son permanentes propiciadores en el delito en razón de su profesionalidad ha hecho que algunas legislaciones como la italiana contemple un tipo penal que sancione independientemente tal actividad. (20)

Debe afirmarse además, que las distintas formas de coparticipación criminal tienen posibilidad de realización dentro de la dinámica delictiva de la usura sobre los presupuestos generales de conocimiento del hecho y voluntad de participación en él.

5. COMPRA DE CHEQUES, SALARIO O PRESTACION SOCIAL

El inciso segundo del comentado artículo 235 señala que "el que compre cheque, sueldo, salario o prestación social en los términos y condiciones previstas en este artículo, incurrirá en prisión de ocho meses a cuatro años y en multa de un mil a cincuenta mil pesos".

Apunta esta segunda modalidad delictiva de la usura a reprimir la actividad de graves consecuencias en el patrimonio individual y la economía nacional, como es la compra de cheques, sueldos, salarios y prestaciones sociales de las personas en condiciones de necesidad y de premura obteniendo ganancias ilícitas. Esta operación de compra debe significar una utilidad o ventaja que supere en la mitad del límite legal de intereses y también está condicionada para su perfeccionamiento delictivo a la habitualidad del autor por el término de un año por lo menos. Tal conclusión a la que se llega a partir de la expresión utilizada por el legislador cuando afirma "en los términos y condiciones previstas en este artículo" hace esta norma difícilmente aplicable en la práctica.

6. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA SOBRE USURA

Para finalizar estos comentarios sobre la tipicidad de la usura, recordemos que ante las dificultades para su aplicación y los errores manifiestos que hemos anotado, los doctores Cancino y Flórez demandaron su inconstitucionalidad sustentándose en que tal disposición es violatoria de los artículos 23 y 26 de la Constitución Nacional por cuanto consideran que atenta contra el principio de tipicidad, postulado

(20) Código Penal Italiano, Artículo 644-2°: "Incorre en la misma pena el que, fuera de los casos de participación en el delito previstos en la disposición procedente, procura a una persona en estado de necesidad. Una suma de dinero u otra cosa mueble, haciéndose dar o prometer a sí o a otros, por la mediación una remuneración usuraria."

que apunta a la claridad e inequívocidad de la descripción de las conductas típicas.

La Honorable Corte con ponencia del Magistrado Sáchica, desechó los cargos en nuestro sentir acertadamente. Dijo así la Corte en esa oportunidad:

"Para resolver, la Corte estima que, como lo observó el Procurador, los demandantes se limitan a formular una serie de reparos de orden técnico a las disposiciones que acusan, pero sin que ninguna de las tachas en que fundan su pretensión configure violación de los artículos 23 y 26, o de cualquiera otro de la constitución. Pues aspirar a que la ley tenga tal precisión y fijeza de sentido que solo admita una interpretación válida, es exigir la imposible omnisapientia de los legisladores y reducir la tarea de los jueces a una verificación mecánica de los hechos que soportan la norma, todo lo cual choca con la realidad y la experiencia sobre una y otra función. Las simples impropiedades del lenguaje y la variable interpretación de un concepto, no alcanzan a afectar la constitucionalidad de una disposición.

"La certeza legal, el principio de legalidad que exige en el campo penal la descripción previa de los comportamientos prohibidos por la ley, en forma que no haya confusión ni duda sobre el modelo descrito legalmente, que es la garantía que se pretende violada en este caso, exige solamente que tanto los particulares como el juzgador puedan establecer la correspondencia entre el esquema normativo y la conducta de que se trata, sin tener que acudir a complementaciones arbitrarias de la norma para hacerlas coincidir.

"En el caso presente, es evidente que los elementos objetivos que para la descripción del delito de usura contiene el artículo 235, en su forma definitiva, permiten a los particulares y a los jueces penales, sin excluir algunas alternativas o variantes, que son corrientes en la interpretación jurídica, tener una idea exacta de los comportamientos que lo configuran y de las circunstancias que rodean su comisión". (21)

7. ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad de la conducta usuraria está dada por la lesión primordialmente del bien jurídico de la estabilidad de la economía nacional aunque por su naturaleza pluriofensiva suele lesionar algunos otros intereses particulares.

En su aspecto negativo, es interesante estudiar la situación del prestatario de quien hemos afirmado coadyuda a la realización de la conducta típica, pero que en el plano de la antijuridicidad normalmente encuadra dentro del estado de necesidad o dentro de la no exigibilidad de otra conducta. Por otra parte, desde el punto de vista del autor del hecho aún afinando la imaginación no surgen hipótesis aceptables de aplicación de las causales de justificación conforme al artículo 29 de Código Penal; Cancino trae un extraño ejemplo del padre menesteroso que debe conseguir dinero para operar a su hijo (22); tal hipótesis nos parece incongruente, pues es muy difícil imaginar a un menesteroso sin dinero especulando con dineros, bienes y servicios, además la exigencia de la habitualidad hace aún menos factible tal hipótesis. Tampoco puede hablarse de consentimiento del sujeto pasivo, pues es principio aceptado que los bienes de los cuales es titular la colectividad no son susceptibles de ser renunciados. Tal hipótesis es perfectamente factible en aquellas legislaciones que consideran la usura como un atentado contra el patrimonio económico de las personas, pero no es el caso de la legislación colombiana que lo ubica en el ámbito de los delitos contra el orden económico y social.

(21) Corte Suprema de Justicia. Sala Plena, Sentencia N° 37 de 11 de Abril de 1983. (Sin publicar).

(22) CANCINO, op. cit., p. 159

8. CULPABILIDAD

El delito de usura es en nuestro derecho un delito exclusivamente doloso y el dolo consiste en la conciencia y voluntad de obtener un provecho patrimonial (utilidades o ventajas) que superen en la mitad del interés legal.

Tratándose de las causales de inculpabilidad penal sin descartar algunas hipótesis de insuperable coacción ajena, el fenómeno del error es el que más tiene posibilidades de aplicación dentro del contrato usurario. Concretamente la apreciación errada del sujeto recaería sobre el límite legal del interés, ya sea que ignore tal límite o en casos extremos que desconozca la prohibición o que erradamente considere que no le obliga, en tales hipótesis podría pensarse en la aplicación del artículo 40 del Código Penal numerales 3 y 4 según el caso.

9. CONCLUSIONES

1. Se impone la revisión total del tipo penal de la usura, con el fin de lograr una redacción más coherente y lógica que facilite su aplicación, lográndose en esta forma que sea un instrumento eficaz contra el delito.

2. Se debe mantener la ubicación del delito de usura dentro del título VII relativo a los atentados contra el orden económico y social, primando así el bien general o colectivo sobre el interés individual, sin que ello implique desconocimiento del interés particular que queda así necesariamente protegido. Por otra parte al ubicarse en el título VII, se impide que el consentimiento del sujeto pasivo dificulte la lucha contra esta forma de delincuencia económica.

3. Debe utilizarse preferiblemente la fórmula verbal "el que se haga dar o prometer" quedando así constituida la conducta por la relación contractual del préstamo y obteniéndose la consumación del delito con la celebración del contrato usurario.

4. Debe eliminarse la habitualidad como requisito típico de la usura, pues una sola actividad usuraria es de por sí inflacionaria y tampoco debe contemplarse la habitualidad como agravante, por las mismas razones por las que se eliminó la reincidencia en el Código Penal. Al eliminarse la habitualidad se le da paso a la regla general del concurso de hechos punibles.

5. La usura encubierta debe ser objeto de más drástico tratamiento punitivo. Debe ser considerada una causal de agravación del delito.

6. Desde el punto de vista de la punibilidad, debe hacerse énfasis en la pena pecuniaria (multa).

7. Es aconsejable el mantenimiento de las disposiciones relativas a las medidas de aseguramiento establecidas por el Decreto 1853 de 1985.

8. Proponemos en consecuencia, la siguiente fórmula típica de usura:

Artículo 235: El que se haga dar o prometer, a cambio de préstamo de dinero o cosas fungibles, o por concepto de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad el interés autorizado a los bancos en el momento del hecho para los créditos ordinarios de libre asignación, según certificación de la Superintendencia Bancaria, incurrirá en...

El que compre cheque, sueldo, salario o prestación social en las condiciones previstas en este artículo, incurrirá en...

Si la usura fuera encubierta, la pena se aumentará de una sexta parte a la mitad.

EL HURTO CON ARREBATAMIENTO ("RAPONAZO") Y EL HURTO CALIFICADO POR LA VIOLENCIA

ENRIQUE GARCIA GALVIS

I.— ENUNCIADO DEL CONFLICTO

El tema que sirve de título a este breve ensayo, ofrece —en nuestro criterio— una destacada importancia dentro del Derecho Penal, ámbito donde operamos con más dedicación y empeño que bagaje científico, por virtud a que luego de un lustro de vigencia del estatuto punitivo que se expidiera mediante el Decreto No. 100 de 1980, aún hoy la modalidad de atentado contra el "Patrimonio Económico" que en nuestro medio se distingue con la expresión vernácula de "Raponazo", presenta al intérprete no pocos sobresaltos y dudas cuando de agotar el proceso de adecuación típica se trata.

En consideración a que la problemática del tratamiento que "legelata" recibe actualmente el "raponazo", parece tener alguna explicación en el fenómeno consistente en que los intérpretes del vigente estatuto punitivo (C.P. de 1980), continúan sujetos conceptualmente en alguna medida a la jurisprudencia y doctrina que profusamente tuvo desarrollo hasta la expiración del Código de 1936, se impone —con miras a una mayor claridad y comprensión de la tesis que se sostendrá en este artículo—, realizar un breve repaso de las posiciones asumidas por quienes dedicaron parte de sus esfuerzos a calificar jurídicamente el "Hurto" con arrebatamiento, dentro de los cánones que integraban los Capítulos I y II del Título XVI del plexo normativo jus-penal recientemente derogado.

II.— TRATAMIENTO DE LA CONDUCTA TIPICA EN VIGENCIA DEL C.P. DE 1936

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

En primer término debe recordarse que el "raponazo" se convirtió por obra de una jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema de Justicia, y por los pendulares y discordantes criterios de los Tribunales Superiores, en una especie de figura delictiva errante, que en ocasiones fue tratada como un elemental "Hurto" (art. 397), y en otras como un evento más de "Robo" de acuerdo con las previsiones del art. 402 del Código que se comenta.

A este respecto resulta pertinente reconocer que el conflicto que gravitaba sobre el juzgador cada vez que se veía avocado a resolver el caso sub iudice dentro del ordenamiento penal de 1936, acusaba como única y determinante causa, la circunstancia de que esa codificación (a diferencia de la actual), contemplaba como tipos penales autónomos (básicos o fundamentales, de acuerdo con la moderna nomenclatura) al "Hurto" y al "Robo".

Por otra parte, también conviene destacarlo, el legislador de 1936 no erigió en circunstancia de agravación del "Hurto" el comportamiento consistente en despojar al sujeto pasivo de las cosas que lleva consigo "mediante arrebatamiento"; ni tampoco mencionó aquel específico acto de latrocinio como evento de atenuación del "Robo", tal como lo contemplan algunas legislaciones de nuestra órbita cultural como la argentina y la venezolana.

Así pues que la sistemática utilizada en el Código anterior, consagratoria de capítulos separados para cada una de las conductas de "Hurto" y "Robo", obligaba a los estudiosos nacionales, lo mismo que a los foráneos que obedecían códigos que

también distinguían entre aquellos dos hechos punibles, a aceptar que la única diferencia que existía entre uno y otro, era precisamente la violencia que en el "Robo" debía ejercitar el agente en orden a obtener la ilícita apropiación de la cosa.

En términos del profesor Agudelo Befancur, "había acuerdo unánime en la enunciación de los elementos del hurto, como la sustracción de cosa mueble ajena sin consentimiento del dueño y con ánimo de aprovechamiento. Y con respecto al robo también hubo acuerdo doctrinario, en el sentido de que tal delito se configuraba con los mismos elementos del hurto, más violencia a las personas o a las cosas" (1).

En tal orden de ideas resultaba perfectamente claro, que entre los dos tipos penales en comentario, no existía diferencia substancial alguna; y que, consecuentemente con el sistema normativo imperante, aparecía fácilmente explicable el hecho de que nuestro más alto Tribunal de Justicia en ocasiones calificara como "Hurto" al "raponazo", y en otras elevara de "rango" esa misma actividad criminosa adscribiéndole el "nomen juris" de "Robo" (art. 402), por estimar que tal era el título que merecía el despojo; bien porque la Corte Suprema optara por la tesis extrema que consideraba que todo apoderamiento mediante "arrebato" implicaba de suyo violencia física; ora porque se inclinara por la teoría según la cual, no obstante no constituir la fuerza física el elemento consubstancial al "raponazo", cuando el sujeto ejercía fuerza sobre las cosas o las personas se hacía incurso en la especie de injusto más drásticamente penado en el estatuto de 1936.

Aquella situación, un tanto caótica, por la que atravesaba la jurisprudencia nacional en la materia que se estudia en esta oportunidad, nos permite reconocer la existencia de dos tendencias claramente escindibles y diferenciables y que pasan a verse con toda brevedad:

a.— Tesis estricta o de la "violencia presunta"

Esta corriente de pensamiento estuvo representada —entre otros— por los Magistrados Simón Montero Torres y Efrén Osejo Peña, quienes aparentemente llegan a la conclusión de que todo "arrebato" constituye "Robo" (art. 402) y no "Hurto" (art. 397), con el argumento extremo de que el "raponazo" implica inexorablemente el ejercicio de violencia física.

Veamos en qué términos discurrían los penalistas citados:

El Doctor Montero Torres afirmó:

"El hecho imputado al procesado, en cuanto despojó o arrebató a la denunciante su cartera, no puede calificarse sino como robo, porque entró en juego la violencia, pues es el significado de tales palabras según el diccionario de la Lengua "Arrebatarse. Quitar. O tomar alguna cosa con violencia o fuerza. Llevar tras sí o consigo con fuerza irresistible. "Despojar" Privar a uno de lo que goza y tiene; despojarle de ello con violencia...". Por tanto, darle a las palabras el correcto significado que tienen en el idioma, no implica la invención de un delito, sino la definición de una cuestión de hecho, prevista en la respectiva disposición Penal.

"El acto atribuido al procesado no puede denominarse sino como un despojo o que arrebató la cartera a la víctima del ilícito.

"El acto de despojar o arrebatarse en este caso se dice que no puede reputarse como un medio de violencia, porque ni en la persona, ni en el objeto dejó huella alguna o mutación en su conformación, ruptura, desgarramiento, distorsión", de ahí que algunos tratadistas "sean enfáticos en exigir una fuerza anormal distinta de la natural y usual para tomar posesión de la cosa"; sin embargo semejante modo de argumentar además de estar en abierta oposición, con el hecho consumado por el procesado, entraña un inaceptable concepto objetivo al considerar que el despojar o arrebatar alguna cosa a su dueño, no es sino un acto normal, natural y usual para tomar

posesión de la cosa", algo que resulta manifiestamente inaceptable, por decir lo menos" (2).

Por su parte el Magistrado Osejo Peña opinó sobre el asunto:

"Finalmente, al sostener que no hubo violencia en virtud de la inexistencia de 'ruptura, desgarramiento, distorsión, etc.', se confunde en la sentencia los efectos con la causa, porque la violencia es la causa que, ordinariamente, mas no siempre, deja huellas o rastros como los indicados; pero si no existen, no puede afirmarse que no hubo violencia, sino que será más o menos difícil producir la prueba; y en el caso sub iudice, hubo testigos que vieron cuando Ruiz Alfonso en forma violenta se apoderó de la cartera de la denunciante. En resumen, los actos de violencia no requieren que necesariamente dejen ruptura, desgarramiento, distorsión, etc., o huellas en términos generales, para que exista aun cuando, en caso contrario, puede ser difícil allegar la prueba al proceso, más no imposible". (3).

Del mismo parecer de los anteriores juristas patrios era el doctor Julio Romero Soto, cuando en uno de sus conocidos conceptos fiscales afirmaba:

"Por violencia debe entenderse únicamente la violencia física. El empleo de medios contrarios en un todo a la forma normal y propia de obrar sobre las cosas es lo que constituye la violencia y no la simple acción de separar o apartar ésta del sitio en el cual se encuentra, removiendo los medios naturales o artificiales que a éste le unen o ligan. El acto entre nosotros designado como "raponazo" y que consiste en arrebatarse de las manos o de encima de una persona una cosa, ejerciendo violencia sobre dicha cosa, toma entre los italianos el nombre de "strappo" siendo sancionado en dicha legislación como una forma de hurto agravado. El artículo 2º de la Ley 4a. de 1943, al expresar en lo pertinente "El que por medio de violencia a las personas o a las cosas...", comprendió indudablemente en dicha disposición el "raponazo" como un acto constitutivo del delito de robo, tanto más, si se tiene en cuenta que en dicha disposición no se hizo especificación alguna en relación al sitio, en que se encuentren las cosas, cuando sobre ellas recae la acción violenta del agente del delito. Cuando a la ubicación de las cosas el Código quiere referirse, bien como elemento constitutivo del delito o bien como circunstancia agravante o atenuante de éste, lo hace mediante una disposición especial que no aparece o no existe en nuestro ordenamiento penal en relación con el "raponazo". Se debe por tanto, este caso, constitutivo de violencia sobre las cosas, y de manera directa y única sobre éstas ejecutado, aunque indirectamente sobre las personas, considerarse como comprendido en el artículo 2º de la Ley 4a. de 1943 antes citado.

"Arrebatarse es quitar con violencia todo lo que une una cosa o la persona, puesto para seguridad, comodidad o siguiendo un uso generalizado". (4)

b.— Tesis flexibles

Ubicamos dentro de esta tendencia a quienes opinaban en vigencia del C.P. de 1936, que existía "Robo" únicamente en el evento en que efectivamente, y en forma ostensible, perceptible sensorialmente, se ejerciera violencia física contra las personas o las cosas.

El Doctor Humberto Barrera Domínguez, en términos que comparte totalmente quien escribe, resolvía el conflicto de otrora en los siguientes términos:

"De acuerdo con la ley penal colombiana, el apoderamiento de los bienes muebles que la víctima lleva o porta encima no está tratado como circunstancia agravante del delito de hurto, ni se le hace equivalente al delito de robo. Es, sí, dable que la desposesión, en este caso, se realice mediante violencia física contra las cosas o contra las personas o mediante amenazas a las últimas. Si esto ocurre, se tiene

el delito de robo. Pero si el agente no acude a esa violencia física o moral (entendida en el alcance jurídico ya señalado atrás), únicamente cabe calificar la conducta como hurto". — "Los hechos averiguados no constituyen el delito de robo, pues el apoderamiento no lo cumplió el acusado José Ignacio Latorre mediante violencia contra las cosas, ni contra las personas.

"Si, como dice la ofendida Sanabria Céspedes, solo sintió que le "raparon" la cartera cuando el sindicado "por detrás" se apoderó de ella, es obvio que no se cuenta con ningún elemento de juicio que permita aseverar que se llevó a cabo violencia física contra las cosas (en su alcance jurídico-penal), ni violencia física contra la denunciante, pues más obró en la desposesión la sorpresa que la fuerza.

"La víctima no manifiesta la manera como portaba la cartera materia del delito, ni fue preguntada por ese importante detalle. No se puede, entonces, siquiera suponer que el delincuente superó alguna resistencia material para cumplir el apoderamiento, como cuando la manilla es rota, por llevar la ofendida la cartera en el brazo, por ejemplo. Y resulta claro que la manera como el procesado realizó el hecho, acudiendo por detrás de la señorita Sanabria Céspedes, excluye esa necesaria voluntad renuente u oposición a una supuesta violencia, pues la nombrada ni siquiera tomó conocimiento de que iba a ser objeto de la desposesión de su cartera, sino que, cumplida tal desposesión, empezó a solicitar que se aprehendiera al delincuente". (5).

III. EL "RAPONAZO" EN EL C.P. DE 1980

El vigente estatuto punitivo, a diferencia del inmediatamente anterior, consagró en el numeral 10 del art. 351, como una circunstancia específica de agravación del "Hurto", la consumación del apoderamiento de las "cosas u objetos que las personas llevan consigo", mediante arrebatamiento.

La precedente premisa, que consideramos constituye una conclusión que surge con diaphanidad esplendente del inequívoco tenor de la norma en comentario (351-10), le impone asumir a su intérprete como una verdad apodíctica, que el legislador de 1980 **sustrajo expresamente** y por razones comprensibles de política criminal, la conducta conocida como "raponazo" (hurto con arrebato), de la modalidad violenta de sustracción que el redactor del Decreto No. 100 de 1980 consagró en la causal 1a. del art. 350 (hurto con violencia sobre las personas o las cosas).

Y es que la conclusión que se acaba de mencionar como verdad irrefragable, descansa sobre razones lógico-jurídicas que bien puede entenderse suplen la carencia de actas de la respectiva comisión redactora que se ocupara del estudio de los tipos "Contra el Patrimonio Económico".

En criterio nuestro, el legislador extraordinario de 1980 debió considerar al momento de crear la circunstancia de agravación del "hurto mediante arrebatamiento", que el "raponazo" nudo, sin otro aditamento distinto al "sorpresivo despojo", no significaba, no podía significar jamás el ejercicio de esa "vis" (absoluta o compulsiva, según el caso) a que se refiere sin equívocos la causal 1a. del canon 350.

Sobre el tópico referido a la distinción que merece evidentemente la "violencia" que en alguna forma hace parte de todo "raponazo", y la violencia que se consagra como circunstancia de "calificación" del "Hurto" en el art. 350 del C.P., conviene precisar que en el "arrebatamiento" el ladrón no quebranta las seguridades con que las personas suelen rodear ordinariamente los haberes que llevan consigo.

Podría afirmarse que los objetos que comúnmente son blanco de la codicia de los "raponeros" (relojes, cadenas, pendientes y otros aderezos), carecen por su naturaleza de adminículos que puedan calificarse racionalmente como elementos o dispositivos creados para otorgar seguridad a esa especie de bienes ante el ataque

de los depredadores que han hecho de esta modalidad delictiva su "modus vivendi".

Por otra parte, para que la "violencia" sobre el sujeto pasivo de la ilícita desposesión tenga trascendencia dentro del campo del Derecho Penal, es menester que esa persona contrarie, rechace o de alguna manera se oponga a la fuerza que en su contra ejerce el agente del hecho punible.

Esa oposición (tácita o expresa) que el ofendido hace a la agresión o amenaza desplegada por el autor, significa —necesariamente— que el portador de la cosa apetejada tiene conciencia de que se le hace objeto de violencia, bien sea física o moral (vis absoluta o vis compulsiva). Y es precisamente este conocimiento de que se es violentado, el cual debe inexorablemente hacer presencia en la psique de la víctima con anticipación al ejercicio de la fuerza utilizada por el delincuente, o por lo menos coetáneamente con la maniobra de desposesión, lo que coloca al desposeído en situación idónea para repeler la agresión en una u otra forma.

Por manera que sobre este sustancial aspecto de la cuestión debatida resulta prudente y atinada la exigencia de algunos doctrinantes, referida a que para que pueda predicarse válidamente la existencia de violencia contra las personas con trascendencia jurídico-penal, se requiere que esa fuerza produzca el quebrantamiento, el avasallamiento de la voluntad de la víctima.

Ahora bien, como quedó visto en párrafos precedentes, la esencia del Hurto con "arrebatamiento" radica precisamente en que el sujeto-agente con su vertiginoso y sorpresivo comportamiento, imposibilita al desposeído para materializar física y oportunamente su volición mediante la reacción adecuada a la defensa de sus bienes puestos en inminente riesgo por la actitud del delincuente.

Sobre el concreto fenómeno que venimos tratando, conviene leer al maestro Sebastián Soler cuando afirma:

"En la fuerza contra las personas no solamente entra en consideración el peligro de daño para el cuerpo o la salud, sino también la propia libertad de disposición, puesto que la violencia interviene precisamente para anular la voluntad de la víctima" (6).

En el hurto calificado por la violencia (art. 350-1º-), así pensamos nosotros, es menester que la fuerza física que el agente ejerce, doblegue totalmente la voluntad de la víctima, impidiéndole en su consecuencia cualquier actividad dirigida a evitar o rechazar el injurídico despojo; porque, se agrega con el autor argentino ya citado, "en cierta medida, hasta debe afirmarse que es necesario al robo (se refiere al hurto con violencia física) cierta influencia psicológica sobre la voluntad de la víctima, de manera que pueda efectivamente afirmarse que se trata de una voluntad renuente. Si se quita a alguien una cosa que lleva encima, sin que la víctima lo advierta, ya sea por pura destreza o por algún otro procedimiento no resistido (salvo que se haya colocado previamente a la víctima en esa situación por acción anterior violenta) no puede decirse que hay robo" (7).

Es notoriamente obvio que dentro de la amplia expresión que utiliza Soler en el texto transcrito arriba ("algún otro procedimiento no resistido"), tiene plena cabida el despojo de las cosas que las personas llevan consigo mediante una maniobra sorpresiva, toda vez que la acción inusitada, inesperada del ladrón (el "raponazo"), tampoco le permite a la víctima oponer resistencia de ninguna índole.

Se hace evidente, entonces, que en el hurto con arrebatamiento (raponazo) la circunstancia que, por una parte, justifica una mayor punibilidad, y por la otra, distingue esta modalidad delictiva "per se" del hurto calificado por la violencia "sobre las personas o las cosas", es específicamente la sorpresa con que actúa el autor del latrocinio. Sorpresa ésta que, como coincidentemente lo destacan los doctrinantes que ilustran nuestra posición jurídica al respecto, coloca a la víctima en condiciones

que hacen imposible, o por lo menos muy difícil, que surja tempestivamente cualquier reacción dirigida a la frustración del acto punible de ilegítimo apoderamiento.

IV. DEL PROBLEMA DE LA IMPOSIBLE CONCURRENCIA ENTRE LA VIOLENCIA DEL 350 —1º— Y EL HURTO MEDIANTE ARREBATAMIENTO DEL 351 —10—.

Sentado como ha quedado atrás, que la esencia del "raponazo" radica en la sorpresa; y que esta circunstancia impide que la víctima tenga conciencia de que se le hace objeto de fuerza en orden a desposeerla de sus bienes, debemos concluir con todo rigor lógico, que cuando la violencia física (o moral) se ejerce "directamente sobre la persona" y cronológicamente antes del despojo, el título que merece un tal comportamiento es el de "Hurto" calificado por la violencia (350 -1º-), y no el de "Raponazo" (351 -10-), porque los eventos fácticos de "violencia" y de "sorpresivo despojo", constituyen categorías senso-perceptibles que se excluyen, se repelen violentamente.

Así, si Pedro exhibiendo cuchillo en mano coloca a su víctima contra la pared, y una vez obtenida su inmovilización por el medio constrictivo utilizado le "rapa" intempestivamente la joya que pende de su cuello, se tendrá nada más que "Hurto Violento"; y no "Hurto" con violencia, en concurso con Hurto con "arrebato".

Lo precedentemente explicado equivale a declarar, que frente al Hurto, la "vis absoluta, o la relativa", desnaturalizan el elemento "sorpresa" que, como se ha reiterado hasta el cansancio, constituye la "ratio esendi" del hurto con "arrebato": porque en este casístico ejemplo —que perfectamente sirve para ilustrar por vía general—, salta de bulto que lo "sorpresivo" es la violencia que se ejerce por el autor, y no la desposesión que sobreviene como secuela al constreñimiento de la voluntad de la víctima.

Habida cuenta que cuando el autor de estas breves y sencillas anotaciones, desempeñó el cargo de Juez Primero Penal del Circuito de Bucaramanga, tuvo oportunidad de sentar su criterio sobre el interesante fenómeno del "Raponazo" en fallo de segunda instancia, resulta conveniente aquí transcribir las conclusiones a que allí se arribaba, en consideración a que mantienen plenamente su vigencia.

"No obstante lo anterior, el despacho hace propicia la oportunidad procesal que la impugnación del procesado le otorga, para rectificar la jurisprudencia que en segunda instancia y a este nivel ha venido haciendo carrera, y que hace referencia específica a la conjunción de los fenómenos jurídicos del "Hurto Calificado" por la violencia sobre las cosas, y la circunstancia de agravación punitiva prevista por el ordinal 1º del artículo 351 del C. P. vigente, cuando la apropiación del objeto se materializa mediante "Arrebato".

"Entiende el despacho que no es jurídicamente procedente calificar el "Hurto" por haberse actuado con violencia sobre los objetos materia de la apropiación, y coetáneamente agravar la misma conducta por haberse logrado la consumación del reato por medio del manido procedimiento que el vulgo dio en intitular "raponazo".

"El disenso de esta instancia surge del desarrollo y análisis de las siguientes consideraciones de índole hermenéutica:

"1º.— La conducta conocida como "raponazo", consiste generalmente en el rauda arrebato que el actor hace de alguna de las prendas que la víctima porta sobre sí, y que ordinariamente se concreta sobre el reloj de pulso, cadenas, collares, aretes, etc.

"2º.— La aparición de la singular circunstancia de agravación punitiva en el C. P. de 1980 (art. 351, ordinal 10), no es otra cosa que el reconocimiento por parte del

legislador, del vertiginoso aumento del índice de ocurrencia que venía registrando el "Hurto" mediante "raponazo" y de que dadas las sui generis modalidades de sorpresiva violencia con que se consumaba el latrocinio, era apenas comprensible darle un tratamiento punitivo más drástico a este tipo de comportamientos contra la propiedad ajena.

"3º.— Siendo cierto lo anterior, y tal fue realmente el espíritu del redactor del Decreto No. 100 de 1980, no puede desconocerse que el hecho de agravar el hurto cometido mediante "arrebato" (raponazo vulgar) significa que el incremento punitivo se justifica solo por cuanto esta conducta en sí misma considerada, implica un acto de violencia sobre la cosa objeto de la apetencia del delincuente, y no pocas veces sobre la propia estructura anatómica de la víctima.

"4º.— En este orden de cosas debe advertirse que si "arrebato" significa idiomáticamente "quitar con violencia, arrancar, etc.", en los eventos en que el comportamiento del agente de la apropiación no exceda el puro y simple "arrebato", no podrá hablarse de "Hurto Calificado" por el ejercicio de violencia sobre las cosas, como lo predica el ordinal 1º del artículo 350 del C. P.

"5º.— Proceder contrario sensu, esto es, calificar el delito de "Hurto" por el solo "arrebato" (raponazo puro) por haberse ejercitado violencia sobre la cosa objeto de la rapiña, y simultáneamente agravarlo por haberse "arrebato" la prenda o joya, constituye indiscutiblemente un claro atentado contra el principio universal que prohíbe penar dos veces un mismo hecho o circunstancia (non bis in idem).

"6º.— Finalmente, como quiera que pueden presentarse vacilaciones sobre la validez de los anteriores argumentos, el despacho hace claridad en cuanto afirma que en vigencia del anterior C. P. (1936), era perfectamente explicable que la doctrina y jurisprudencia nacionales se hubieran visto forzadas a ubicar típicamente el "raponazo" de la manera como efectivamente se hizo; esto es, "Robo" y no "Hurto".

"Esta adecuación típica que perfectamente podría tildarse de "ficción" jurisprudencial, fue absolutamente necesaria por cuanto el estatuto de 1936, a diferencia del actual, no estableció la circunstancia de agravación punitiva predicable del "hurto" que se consumaba mediante arrebato, tal como se plasmó en el ordinal 10 del tipo subordinado del artículo 351 de la vigente codificación penal". (8).

Finalmente, solo resta agregar que, no existe ningún obstáculo lógico-jurídico, para que el "Hurto" con arrebato (351-10) concorra con el "Hurto" calificado por la "violencia" cuando ésta tenga lugar inmediatamente después del apoderamiento de la cosa y haya sido empleada por el autor o participe con el fin de asegurar su producto o la impunidad" (inciso final del ord. 4º del art. 350).

En efecto, en el evento de la violencia física contra la víctima, ejercida con posterioridad al "arrebato", se han hecho presentes en el mundo de los fenómenos que en este particular evento interesan al Derecho de las Penas, las dos circunstancias que hemos señalado atrás como constitutivas de la esencia o sustancia de las modalidades de Hurto que han venido siendo analizadas a lo largo de este ensayo.

Es evidente que cuando Pedro obtiene el injusto apoderamiento de la joya que pende del cuello de Juan, valiéndose al efecto de un vertiginoso y sorpresivo "raponazo", ha hurtado mediante "arrebato"; pero igualmente es notorio que si Pedro armado de cuchillo trata de detener la persecución que en contra suya ha iniciado Juan en orden a la recuperación de su joya o a su aprehensión, ha ejercido violencia de tal entidad, que indudablemente afecta la voluntad de la inicialmente "sorprendida" víctima.

No es, entonces, que se esté sancionando en este ejemplo dos tipos de violencia:

la insita en todo arrebatamiento, y la consistente en haber amenazado a la víctima con posterioridad a la "sorpresiva" desposesión; sino que se está castigando el haber birlado la joya mediante procedimiento que impide que la voluntad de repulsión a la violencia surja en la víctima (voluntad "renuente" en términos de Soler); y, finalmente, se está sancionando con mayor drasticidad el hecho de haber constreñido totalmente la volición ya presente y actuante del sujeto pasivo, para "asegurar" así el producto de la delincuencia o la impunidad del agente o sus partícipes.

BIBLIOGRAFIA

- 1.— AGUDELO BETANCUR, Nódier.— "La Problemática del Raponazó en el Nuevo Código Penal", Revista "Nuevo Foro Penal" No. 22. Temis, Noviembre — Diciembre de 1983.
- 2.— CASACION de 10 de Octubre de 1969; Magistrado Ponente Dr. Simón Montero Torres.
- 3.— CASACION de 12 de Diciembre de 1969. Magistrado Ponente Dr. Efrén Osejo Peña.
- 4.— CONCEPTO FISCAL. Año de 1969.— Dr. Julio Romero Soto.
- 5.— CASACION de junio 14 de 1971. Magistrado Ponente Dr. Humberto Barrera Domínguez.
- 6.— SOLER, Sebastián.— "Derecho Penal Argentino".
- 7.— SOLER, Sebastián.— "Derecho Penal Argentino".
- 8.— JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO. Bucaramanga. Fallo del 25 de Julio de 1984.