

### **Normas A.P.A.**

Solórzano Garavito, C., (2011), La posición de garante de la víctima en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. [Versión electrónica] consultado día - mes – año - [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho\_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp5/posicion-garante-victima-jurisprudenciaCSJ-carlos-solorzano.pdf] , Cuadernos de Derecho Penal No. 5, Pág. xx.

### **Normas Icontec**

SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos. La posición de garante de la víctima en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia., En Cuadernos de Derecho Penal [En línea]. No. 5 (2011). [Día-mes-año] Disponible en: [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp5/posicion-garante-victima-jurisprudenciaCSJ-carlos-solorzano.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp5/posicion-garante-victima-jurisprudenciaCSJ-carlos-solorzano.pdf)

LA POSICIÓN DE GARANTE DE LA VÍCTIMA EN LA JURISPRUDENCIA DE  
LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. A  
PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL 21 DE MAYO DE 2009, RADICADO: 30925,  
MAGISTRADO PONENTE: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

PROF. CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO\*

*En términos generales debe decirse que si la víctima ha solicitado a quien no es habitual prestamista, un préstamo de dinero ocasional que no proviene de la necesidad de paliar acuciantes necesidades y directamente manifiesta su intención de pagar un interés superior en el doble al corriente, en principio ningún delito se comete, o mejor, este carece de la nota puntual de antijuridicidad, simplemente porque aquí lo reputado es que quien tiene pleno poder dispositivo sobre sus bienes, ha decidido buenamente otorgar una bonificación asaz generosa a su contraparte. Desde luego, en el ejemplo relacionado ninguna afectación se presenta respecto del orden económico y social, sencillamente porque no se trata de que el ocasional prestamista busque reemplazar en esa función al sistema financiero o que la economía pueda colapsar por ese solo hecho. Y tampoco sucede que se vulnera el bien personal, precisamente porque en este caso es la liberalidad y no la necesidad la que impone el pago excesivo de intereses. De igual manera, para continuar con el examen de la posición de la víctima en el delito, si ésta, conociendo los efectos de la denuncia por el delito de usura, desde un comienzo solicita el préstamo, segura de que no lo pagará una vez denunciado el prestamista, tampoco puede hablarse de la existencia completa de la ilicitud, por la obvia razón que el mismo se halla desnaturalizado desde su comienzo.*

**I. EXTRACTOS DE LA PROVIDENCIA**

**“1. Cuestión previa.** La censura planteada por el recurrente, apoyada en una presunta violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 34 de la Ley 600 de 2000, se torna insuficiente en su fundamentación, puesto que se limita a exponer su propia postura acerca del momento en que opera la caducidad de la querrela en tratándose del delito de usura, con total desprendimiento de los razonamientos y relaciones argumentativas contenidas en las sentencias impugnadas.

\* Director del Área Penal de la Universidad Católica de Colombia; profesor de Cátedra de la Universidad Sergio Arboleda.

Al efecto, era menester tomar el texto de las mismas y sobre su construcción, sin referirse a los hechos establecidos, los cuales debe aceptar a plenitud, mostrar el error de juicio en que incurrieron los juzgadores, fenómeno que no acontece en el evento que nos ocupa, en tanto que simplemente afirma, sin sustentación alguna, que desde el momento en el cual la querellante Flor María Chavarría de Rodríguez se enteró del endoso de los títulos valores por parte del sindicato, al ser notificada del auto admisorio de la demanda ejecutiva civil, comenzaba a computarse el término de caducidad de seis (6) meses, el cual había vencido para el momento en que decidió formular la querrela, vulnerándose de esta forma el debido proceso.

Así, aunque es claro que el censor deja el cargo en el mero enunciado, la Sala no se detendrá en el análisis de las deficiencias argumentativas de la demanda de casación, toda vez que los defectos fueron superados al momento de su admisión que, se recuerda, operó con el objeto de desarrollar la jurisprudencia en lo concerniente a la caducidad de la querrela en la conducta punible de usura, habida cuenta de que en este proceso se ventilaron cuatro posturas diferentes sobre el tópic.

En este orden de ideas, antes de abordar el estudio del asunto jurídico propuesto, la Corte, de acuerdo con lo probado, establecerá el marco fáctico que permitirá, en últimas, adoptar la decisión que corresponda.

**2. Aspecto fáctico.** Se sabe que la señora FLOR MARÍA CHAVARRÍA DE RODRÍGUEZ, comerciante radicada en el municipio de Paipa, en el mes de octubre de 2002 se vio precisada a solicitarle dos créditos a su primo JAIME ECHEVERRÍA FONSECA, un reconocido prestamista de la citada municipalidad boyacense. Así lo hace saber en sus diferentes intervenciones<sup>1</sup>, en las que expone los pormenores de ambas negociaciones, la primera de las cuales tuvo lugar el día 1 de los referidos mes y año, cuando ECHEVERRÍA FONSECA le entregó la cantidad de un millón de pesos (\$1'000.000.00), exigiéndole como garantía una letra de cambio que suscribió por la suma de un millón doscientos mil pesos (\$1'200.000.00), pues, según le explicó el acreedor, los doscientos mil pesos (\$200.000.00) adicionales correspondían a los intereses del crédito, el cual debía cancelar en un término de sesenta (60) días, mediante el abono de veinte mil pesos (\$20.000.00) diarios. Idéntica operación se repitió el 18 de octubre siguiente, cuando la señora Chavarría de Rodríguez recibió en préstamo igual cifra, cuyo pago garantizó y se comprometió a realizar del mismo modo.

En ambos casos, los negocios fueron presenciados por Esperanza, Alba y Clara Elisa Rodríguez Echeverría, hijas de la deudora, quienes en tal

---

<sup>1</sup> A lo largo del expediente encontramos cuatro declaraciones que rindió la querellante Flor María Chavarría de Rodríguez, a saber: el acto de denuncia que encabeza la foliatura, su posterior ampliación -fs. 53-, el interrogatorio rendido ante el juzgado civil municipal -fs. 62- y el testimonio vertido en la audiencia pública de juzgamiento -fs. 128-.

sentido rinden declaración<sup>2</sup>, dejando claro que fue la primera de ellas quien fungió como fiadora y la encargada de diligenciar con su puño y letra los dos títulos valores, con excepción de la firma de la deudora, que, desde luego, corresponde a la de su progenitora, y los espacios relativos a la tasa de interés y fecha de vencimiento, que fueron dejados en blanco (...).

**3. Aspectos jurídicos.** Tres tópicos serán abordados por la Sala, en lo que concierne a lo jurídico: En primer lugar, aludirá de manera genérica a la conducta punible de usura, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica y el bien jurídico tutelado; en segundo término, definirá si se trata de un delito instantáneo o de ejecución permanente, lo cual es de trascendental importancia para definir el tercer tema, referido el mismo, conforme a las razones por las cuales fue admitido el libelo de casación, al cómputo del término de caducidad de la querrela en este tipo de infracciones.

**3.1. El delito de usura. 3.1.1. Naturaleza jurídica.** El ilícito de usura, determinado por el legislador como atentatorio del orden económico social, se encuentra tipificado en el artículo 305 de la Ley 599 de 2000, de la siguiente manera: *“Usura. El que reciba o cobre, directa o indirectamente, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes. /El que compre cheque, sueldo, salario o prestación social en los términos y condiciones previstos en este artículo, incurrirá en prisión de tres (3) a siete (7) años y multa de cien (100) a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.*

El precepto en mención fue adicionado con dos incisos, los cuales se mencionan simplemente para efectos de ilustración, pues, ninguno de ellos procede en el caso concreto. El primero, traído por el artículo 34 de la Ley 1142 de 2007, agrava la pena cuando la ventaja o utilidad triplica el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria de Colombia, circunstancia que fácticamente encuadraría en los hechos materia de juzgamiento, pero que por obvias razones<sup>3</sup>, no puede aplicarse a los mismos. El segundo, agregado por el artículo 1° del Decreto 4450 de 2008, regula específicamente la figura de las ventas con pacto de retroventa y el mecanismo de los cobros periódicos. Ahora bien, sobre la naturaleza jurídica del delito de usura, tuvo oportunidad de pronunciarse la Corte

<sup>2</sup> A fs. 59, 68 y 69, respectivamente.

<sup>3</sup> El artículo 6° del Código Penal consagra el principio rector de legalidad, de esta forma: “Artículo 6°. Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados. La analogía sólo se aplicará en materias permisivas”.

Constitucional en las Sentencias C-173, C-333 y C-479 del 14 de febrero, 29 de marzo y 9 de mayo 2001, respectivamente, al declarar la exequibilidad de los artículos 235 del Decreto-Ley 100 de 1980<sup>4</sup>, las dos primeras, y 305 de la Ley 599 de 2000, la tercera, siempre que se admita que la certificación de la Superintendencia Bancaria es la que “se haya expedido previamente a la conducta punible y que se encuentre vigente para el momento de producirse ésta”.

Vale decir, el Tribunal citado avaló la constitucionalidad del artículo 305 del Código Penal vigente, con los condicionamientos planteados en los fallos previos, alusivos al artículo 235 de la codificación sustantiva penal de 1980. Así, bajo el hecho incontrastable de que se trata, el ilícito de usura, de un tipo penal en blanco, en la Sentencia C-333 de 2001, ratificó: *“Estima la Corte necesario precisar, por otra parte, que no obstante que, en principio, no es opuesta a la Constitución la posibilidad de que por el legislador se expidan tipos penales en blanco que, como en este caso, remitan a un acto administrativo, -la Resolución de la Superintendencia Bancaria mediante la cual se certifica la tasa de interés cobrada por los establecimientos bancarios para los créditos ordinarios de libre asignación-, esa posibilidad debe apreciarse en concreto con el propósito de que se mantenga la intangibilidad del principio de legalidad en materia penal. Así, en el presente caso, resulta claro que dada la mutabilidad del entorno económico y financiero, el legislador ha estimado necesario, para la defensa del interés jurídico que se intenta proteger con el tipo de la usura, atribuir a las autoridades administrativas la potestad de complementarlo y para ese efecto les otorga un cierto margen de apreciación”*.

Luego, en la Sentencia C-479 del mismo año, referida, se repite, al artículo 305 de la Ley 599 de 2000, estimó: *“Encuentra, entonces la Corte que la norma acusada no es violatoria de la Constitución porque la misma contiene un tipo en blanco, para cuya concreción remite a un acto administrativo, la Certificación de la Superintendencia, en condiciones que no ameritan reproche de inconstitucionalidad, y que en la medida que sólo rige hacia el futuro no vulnera el principio de legalidad en materia penal. Sin embargo, dado que, como se ha visto, tanto la expresión “el período correspondiente”, como la reiteración que la norma hace de los elementos que integran el concepto de “interés bancario corriente”, esto es la referencia, en adición a esa expresión, al interés “(...) que estén cobrando los bancos (...)” y a la “(...) certificación de la Superintendencia Bancaria (...)”, han sido objeto de diversas interpretaciones encuentra la Corte que cabe en este caso hacer una declaratoria de constitucionalidad condicionada, en los siguientes términos: El artículo 305 del Código Penal (Ley 599 de 2000) solo es constitucional si se interpreta que la conducta punible consiste en recibir o cobrar utilidad o ventaja que exceda en la mitad el interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, según la certificación que previamente haya expedido la Superintendencia Bancaria y que se encuentre vigente en el momento de producirse la conducta”*.

A su turno, en la sentencia del 12 de diciembre de 2005 (Radicado 23.899), esta Corporación se refirió al tema, luego de admitir demanda de casación

<sup>4</sup> Conviene aclarar sí, que en la primera de las providencias citadas, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “en el término de un (1) año”, contenida en el artículo 235 del Decreto Ley 100 de 1980.

discrecional con el objeto de pronunciarse sobre la legalidad de la conducta y también para desarrollar la jurisprudencia en torno al delito de usura, por tratarse de un tipo penal en blanco o de reenvío, más específicamente en cuanto se refiere a los alcances de la certificación de la Superintendencia Bancaria sobre “el interés que para el período correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios o de libre asignación”, de conformidad con lo establecido en el sentencia C-333 de 2001. Esto, que ahora se ratifica, dijo en esa oportunidad: “De conformidad con las precisiones anteriores se tiene que el delito de usura corresponde a un tipo penal en blanco, integrado por un núcleo y un complemento. El núcleo contiene las conductas de recibir o cobrar directa o indirectamente una utilidad o ventaja en la celebración de ciertos contratos, que exceda en la mitad el interés que estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación (Decreto 100 de 1980) o el interés bancario corriente (Ley 599 de 2000), preceptos que señalan de manera clara las diferentes modalidades del comportamiento objeto de sanción. También la mencionada norma establece diáfananamente la sanción privativa de la libertad y pecuniaria derivada de la realización del supuesto fáctico.

Adicionalmente, de manera expresa dispone el reenvío a la certificación que expida la Superintendencia Bancaria respecto de la tasa de interés que estén cobrando los bancos, es decir, se trata de una remisión a un acto administrativo proferido por una autoridad de inspección y vigilancia del Estado. El artículo 235 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 1º del Decreto 141 del mismo año, tipifica el delito de usura como un atentado contra el bien jurídico del orden económico y social, en el cual incurre quien reciba o cobre, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, 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, según certificación de la Superintendencia Bancaria”. A su vez, en la Ley 599 de 2000 el delito de usura se refiere a cobrar o recibir utilidad o ventaja “que exceda en la mitad del interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Bancaria”.

Como viene de verse, la diferencia radica en la clase de interés que sirve de referencia como complemento del tipo en blanco, puesto que en la primera legislación citada corresponde al interés que estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación, mientras que en la Ley 599 de 2000 se trata del interés bancario corriente. Sobre el punto abordado advierte la Sala que tal remisión no apunta a una potestad discrecional de la referida entidad de control, sino al registro de una determinada realidad económica en el sector financiero dentro de un tiempo determinado que corresponde identificar a dicha Superintendencia. Es claro que la Superintendencia Bancaria certifica el interés cobrado por los bancos durante un período específico, pero al hacerlo fija el alcance del interés bancario corriente para el período de vigencia de la certificación, como en efecto ha sido entendido por el Consejo de Estado al precisar sobre la temática objeto de análisis que la “Superintendencia tiene actualmente la función de certificar la tasa de interés que estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación, para los fines del artículo 235 del Código Penal y el literal d) del numeral 6º del artículo 326 del Estatuto Financiero”.

*“La certificación de la tasa de interés bancario corriente es un proceso que comienza con la recolección de la información financiera y contable sobre las operaciones activas de crédito de los establecimientos bancarios, seguido de la adopción de técnicas adecuadas de ponderación para analizar las tasas de interés en dichas operaciones y el examen de las mismas con sujeción a esas técnicas. El proceso concluye con la expedición de un acto administrativo que expresa la certificación de la tasa resultante de dicha investigación, en términos efectivos anuales”<sup>5</sup>. Al respecto ha puntualizado la Corte Constitucional al ocuparse precisamente de analizar la exequibilidad del tipo penal de la usura (artículo 235 de Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 1º del Decreto 141 de 1980) en punto del principio de legalidad: “Si bien la certificación que hace la Superintendencia Bancaria recae sobre hechos ciertos ocurridos en el pasado, la misma permite determinar la tasa que están cobrando los bancos en un período dado, que, para efectos de la interpretación y aplicación de la norma, no puede ser otro que el de la vigencia de la certificación, esto es, el período comprendido entre la fecha de su expedición y la de la expedición de la siguiente”<sup>6</sup> (subrayas fuera de texto).*

*De lo expuesto puede concluirse que el complemento del núcleo en el delito de usura, es decir, la certificación de la Superintendencia Bancaria sobre el interés que estén cobrando los bancos en determinado periodo concreto exige que ésta sea previa a la conducta, se encuentre vigente y se la haya dado divulgación similar a la de una ley. No hay duda que a fin de garantizar el principio de legalidad y más exactamente la exigencia de ley previa, en punto del delito de usura es necesario entender que la certificación de la Superintendencia Bancaria, como órgano técnico adscrito al Ministerio de Hacienda, debe ser anterior a la ocurrencia del comportamiento ilícito, es decir, para establecer si un comportamiento resulta usurario se impone verificar la certificación vigente para el momento en el cual se cobran o reciben intereses, que corresponde al interés certificado por la Superintendencia en el periodo inmediatamente anterior y que rige hasta que se profiera una nueva certificación periódica. Un diverso entendimiento del precepto conllevaría a la imposibilidad de acreditar que el autor se encontraba previamente a la comisión de la conducta en condiciones de conocer la antijuridicidad del comportamiento, circunstancia que haría inane la existencia del tipo penal, como que no podría configurarse su entidad delictiva. Así las cosas, es incuestionable que el tipo penal en blanco de la usura satisface tanto en su núcleo como en el complemento el principio de legalidad, como en efecto fue declarado por la Corte Constitucional en Sentencia 333 del 29 de marzo de 2001 con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, circunstancia que impone su cabal aplicación. En cuanto se refiere a los textos normativos que se ocupan de especificar el alcance de la certificación que sobre los intereses que estén cobrando los bancos en un lapso especial expida la Superintendencia Bancaria se tiene, que el artículo 326 del Decreto 2359 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, establece que la tasa de interés regirá a partir de la fecha de publicación del acto correspondiente, de donde se desprende que la mencionada certificación sólo tiene efectos hacia el futuro”.*

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consulta No 1276 del 5 de julio de 2000.

<sup>6</sup> Sentencia C-333 del 29 de marzo de 2001.

En este orden de ideas, como acertadamente afirmó el delegado de Procuraduría, la conducta punible de usura configura un tipo penal en blanco, en tanto que para su estructuración se hace necesario acudir al concepto de interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, a partir de la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria –o Financiera, como se denomina hoy-.

Se concluye, igualmente, que el núcleo esencial de este delito es el recibo o cobro de utilidades que excedan en la mitad el interés legalmente permitido en razón de préstamos de dinero, venta de bienes o servicios a plazo, o –ajeno al evento que nos ocupa- compra de cheques, sueldos, salarios o prestaciones sociales. El complemento normativo es la certificación de la Superintendencia Bancaria (Financiera) de Colombia acerca del monto de interés legalmente permitido para el periodo correspondiente, que en el estatuto penal vigente se refiere al interés bancario corriente.

De ahí que la consumación en el ilícito de usura opera con el recibo o cobro del interés excesivo, al margen, en el último evento, de que se verifique el pago efectivo y de la forma seleccionada por el acreedor para llevarlo a cabo, ya que puede optar por realizarlo directamente o recurrir al ejercicio de la acción civil, siendo irrelevante, de igual manera, que lo haga por sus propios medios o que para el efecto acuda a terceras personas, o camufle la operación de cobro, dando pie a lo que doctrinariamente se conoce con el nombre “*usura paliada o encubierta*”.

En el evento del rubro, conforme quedó decantado en la reseña fáctica precedente, el procesado JAIME ECHEVERRÍA FONSECA recurrió a las dos formas de usura.

Por un lado, lo hizo directamente cuando recibía los pagos diarios de veinte mil pesos (\$20.000.00), correspondientes a los abonos a capital e intereses mediante el sistema crediticio conocido como “*gota a gota*”.

Y, por otro, lo hizo indirectamente cuando endosó los títulos valores a un abogado para que demandara ejecutivamente a la deudora, con el fin de cobrarle, además del capital e interés usurario del 10%, una nueva tasa de interés del 2.5% que consignó en las letras de cambio, para darle apariencia de legalidad a su ilícito proceder.

A la primera modalidad delictual se refirió el maestro CARRARA<sup>7</sup> como “*usura simple*”, en tanto que a la segunda la catalogó como “*usura disfrazada o calificada*”, que puede presentarse en las modalidades de *leccofermo*, *scrocchio*, *retrangolo*, *barocchio*, *civanzo* o *fitto franco*<sup>8</sup>, las cuales presentan “un

<sup>7</sup> CARRARA FRANCESCO, *Programa de Derecho Criminal*, Volumen IV, N° 6, Bogotá, Editorial TEMIS Librería, 1987, págs. 467-468.

<sup>8</sup> En la obra citada, el profesor CARRARA se refiere a estas modalidades, de la siguiente manera: “El leccofermo (algo así como ganancia firme) se efectúa en los contratos de préstamo, cuando se pacta un interés lícito y legal sobre el capital que se declara recibido,

*artificio empleado por los usureros para ocultar la usura y ponerse a cubierto de las providencias civiles”.*

Dicha forma de usura, se insiste, también se presenta en el evento del rubro, pues, a pesar de que el sindicato JAIME ECHEVERRÍA FONSECA empezó a recibir diariamente el interés excesivo desde el momento en que celebró los contratos de mutuo con la señora Flor María Chavarría de Rodríguez, posteriormente, cuando decidió demandarla civilmente, lo hizo a través de una tercera persona y para el efecto llenó a su antojo los espacios en blanco de las letras de cambio, consignando un nuevo porcentaje de interés moderado, con el propósito de ocultar su comportamiento anterior, a todas luces ilegal.

Ahora bien, no puede soslayar la Corte, en este apartado, la consideración referida al medio del cual se vale el ejecutor del punible para obtener las pingües ganancias que se le reprochan. Vale decir, en tratándose del contrato de mutuo en el que se presta una suma de dinero determinada para obtener a cambio el pago de intereses usurarios, para la Sala no cabe duda de que ese capital prestado sirve de medio efectivo hacia la consumación del ilícito y, en consecuencia, debe sufrir las consecuencias del comiso, a tono con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 600 de 2000, cuyos incisos primero y segundo rezan: *“Comiso. Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe, a menso que la ley disponga su destrucción o destinación diferente.*

*Igual medida se aplicará en los delitos dolosos, cuando los bienes que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente sean utilizados para la realización de la conducta punible o provengan de su ejecución.”*

---

pero al enumerar el dinero que debe constituir ese capital, el usurero comienza a contar desde diez o desde cincuenta, como mejor le plazca, y obtiene así una usura multiplicada. (...) Hay scrocchio (engaño con cosas) en el préstamo cuando se declara haber recibido dinero, mientras no se ha recibido así sino una pequeña parte del capital y el resto se ha dado en cosas, ordinariamente de valor escasísimo, pero evaluadas en precios fabulosos. (...) Se origina retrangolo (venta al primer vendedor) cuando el mismo prestamista que ha dado cosas en vez de dinero, avaluándolas a alto precio, las vuelve a comprar, abiertamente o por medio de interpuesta persona, a un precio inferior a aquel en que las había dado. (...) Se da el nombre de barocchio (engaño con dinero) a lo contrario a scrocchio, es decir, cuando se presta dinero fingiendo haber prestado cosas, con el fin de recibir cosas con una ganancia excesiva. (...) Se llama civanzo (utilidad suma) el contrato usurario en que se dan en préstamo cosas para luego recuperarlas, pero con enorme diferencia entre lo que se da y lo que debe devolverse, tanto respecto a la calidad como respecto a la cantidad. (...) Hubo también otra forma de usura a la que en la práctica se le dio el nombre de fitto franco (venta simulada). En ella (que es muy común en estos campos) el usurero finge comprarle un predio al que tiene necesidad de dinero, estipulando un pacto para recuperarlo; lo compra por cien, y después se lo alquila al mismo vendedor por un precio anual de veinte; así su capital (ya garantizado por ese terreno) le produce un fruto excesivo”.

Algo similar contempla la Ley 906 de 2004, que en su inciso primero consagra: *“Procedencia. El comiso procederá sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o terceros de buena fe.”*

Así las cosas, una correcta inteligencia de la forma de actuar del prestamista usurario, necesariamente conduce a señalar que el dinero entregado al prestatario, constituye un recurso que se utiliza como medio necesario para la ejecución del delito. Ese dinero, entonces, debe ser objeto de comiso, sea que ya se hubiese recuperado por el ejecutor del delito en razón al pago efectuado por el afectado, o que se encuentre todavía en manos del prestatario. Y no es posible entregar el dinero al afectado o facultar que no sea devuelto por éste, en razón a que ello constituiría enriquecimiento sin causa que, desde luego, no puede ser prohijado por la judicatura.

**3.1.2. El bien jurídico tutelado.** Respecto de la conducta punible de usura, es claro, además, que se trata de un tipo penal pluriofensivo, pues, fuera de menoscabar el *“orden económico social”*, erigido como bien jurídico objeto de la tutela penal, igualmente lastima los derechos patrimoniales de la persona que celebra el negocio jurídico en el que debe pagar el interés excesivo. Fue el legislador, entonces, el que optó porque el directamente afectado con este tipo de comportamientos, sea el *“orden económico social”*, dando prevalencia al interés general sobre el particular, para resaltar la labor intervencionista del Estado, la cual tiene su sustento constitucional en el inciso 1° del artículo 334 de la Carta.

La norma citada señala que *“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y preservación de un ambiente sano”*.

Disposición que debe armonizarse con el inciso 1° del artículo 58 Ibidem, mediante el cual *“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo en las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”*.

Refiriéndose al tema, en la Sentencia C-083 del 17 de febrero de 1999, la Corte Constitucional puntualizó: *“1. La noción de orden público económico hace referencia al sistema de organización y planificación general de la economía instituida en un país. En Colombia, si bien no existe un modelo económico*

específico, exclusivo y excluyente, el que actualmente impera, fundado en el Estado Social de Derecho, muestra una marcada injerencia del poder público en las diferentes fases del proceso económico, en procura de establecer límites razonables a la actividad privada o de libre empresa y garantizar el interés colectivo. Por eso, la Constitución de 1991, al igual que lo hacía la Carta del 86, garantiza la libre competencia pero confía al Estado la dirección general de la economía y lo habilita, previo mandato legal, para intervenir en los procesos de producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados, con el propósito de racionalizar la actividad y procurar el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, el reparto equitativo de las oportunidades, la preservación del ambiente sano, el pleno empleo de los recursos humanos y el acceso efectivo de las personas de menos ingresos a los servicios básicos (Arts. 333, 334 C.P.).

2. Así las cosas, en el sistema político colombiano, el orden público económico se consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los sectores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas, evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de la comunidad, particularmente, de los sectores más débiles de la población. Con razón esta Corporación ha sostenido que "...al Estado corresponde desplegar una actividad orientada a favorecer el cabal cumplimiento de las prerrogativas inherentes a la libre iniciativa y la libertad económica y, a la vez, procurar la protección del interés público comprometido, en guarda de su prevalencia sobre los intereses particulares que pueden encontrar satisfacción, pero dentro del marco de las responsabilidades y obligaciones sociales a las que alude la Constitución"<sup>9</sup>.

3. Los compromisos constitucionales que en materia económica y social le corresponde cumplir al Estado, exigen de éste la implementación de políticas institucionales y la obtención de los instrumentos idóneos para su realización material. Este intervencionismo estatal que, como se anotó, actúa en las diferentes etapas del proceso económico e incluye el control sobre las actividades financiera, bursátil, aseguradora y aquellas relacionadas con el manejo de recursos captados del público (Art. 189-24 C.P.), no sólo compromete activamente a todos los órganos instituidos sino que además se manifiesta en la expedición de una completa reglamentación destinada a garantizar el funcionamiento, manejo y control del sistema económico estatuido. Esto explica por qué en el ordenamiento jurídico se consagran una serie de medidas administrativas y jurisdiccionales tendientes a proteger ese bien jurídico denominado "**orden económico social**".

Precisamente, el orden legal económico se constituye en objeto de tutela del derecho, particularmente del derecho punitivo, dado el interés que representa para el Estado su conservación. Ciertamente, resulta de singular importancia para la administración pública que el régimen económico establecido por la Constitución y la ley se desenvuelva en condiciones de normalidad, sin alteraciones, buscando asegurar la prestación de los servicios que de él se desprenden.

<sup>9</sup> Sentencia C- 233/97.

4. Por ello, el legislador, en ejercicio de sus competencias y como desarrollo de una política criminal concertada, ha elevado a la categoría de delitos una serie de conductas que considera lesivas de ese orden económico social en cuanto lo atacan o ponen en peligro”.

A su vez, la doctrina ha señalado que “Los delitos económicos sociales, denominados también socioeconómicos o contra el orden público económico, se multiplican en el mundo contemporáneo, provocando incontables preocupaciones en los gobiernos y entre los hombres de estudio, en especial los cultores de las ciencias jurídicas en el ramo represor. No exclusivamente, pero si buen número de tales delitos, responden a los conflictos colectivos que se agrandan y proliferan sin desenlaces convenientes. Cuando se logra contrarrestar su influjo, por ejemplo, en un sector de la actividad mercantil, aparecen con mayor escándalo en el sistema bancario y en el mismo campo de la producción: La crisis económica, social y política refleja en esos grandes quebrantos, distintos de los tradicionales, mas comprometedores y decisivos para las comunidades que no participan en la movilización del dinero ni en sus esperados o sorpresivos rendimientos”<sup>10</sup>.

Se colige de lo anterior, que con la inclusión de normas penales económicas en el código penal, se busca hacer prevalecer el interés público sobre el individual, en aras a lograr equilibrar las actividades privadas que realizan los particulares, con la labor intervencionista estatal que autoriza la Constitución Política. Intervención que, valga decirlo, se lleva a cabo a través de diferentes autoridades gubernamentales, entre las cuales destacamos, para el caso que nos ocupa, la Superintendencia Bancaria, que a partir de la expedición del Decreto 4327 de 2005, se fusionó en la Superintendencia de Valores, la que desde entonces se denomina Superintendencia Financiera de Colombia, cuyo objetivo general es supervisar el sistema financiero colombiano. El delito de usura, entonces, que hasta el Código Penal de 1936 estaba ubicado dentro de las infracciones contra la propiedad, hoy patrimonio económico, desde la normatividad sustantiva de 1980, atenta directamente contra el orden económico social, si bien, dado su carácter pluriofensivo ya resaltado, lesiona igualmente intereses de índole particular.

La discusión sobre la ubicación normativa de la conducta punible en comento viene de tiempo atrás; en efecto, el maestro CARRARA<sup>11</sup> defiende su consideración como delito contra la propiedad privada, ya que ese es su “justo y verdadero objeto”, toda vez que “lesiona el patrimonio privado por su acción constante y directa, y el influjo de los contratos usurarios sobre el comercio es eventual y meramente posible; además, si a ese delito se le señalara este sitio, debería castigarse la usura únicamente entre los comerciantes, y en cambio las prácticas universales proceden en sentido opuesto”.

Así las cosas, al margen de que el ilícito de usura esté consagrado como delito económico en la normatividad penal colombiana, porque así lo

<sup>10</sup> PÉREZ, LUIS CARLOS, *Derecho Penal*, Tomo IV, Bogotá, Editorial TEMIS Librería, 1985, pág. 141.

<sup>11</sup> Ob. Cit., pág. 465 y 466.

dispuso expresamente el legislador, es lo cierto que menoscaba, del mismo modo, derechos patrimoniales de quien acude al mutuo o ventas a plazo a intereses superiores ilegales. Se tiene claro, también, que aunque la mayoría de las veces la usura es libremente consentida, merece ser elevada a delito y castigada, según explicó el citado tratadista, partiendo de la base de que quien recurre a un préstamo usurario, normalmente lo hace en un estado de necesidad del que se aprovecha el acreedor.

Para la generalidad de la doctrina, el elemento subjetivo de este delito radica, precisamente, en esa circunstancia, pues, siendo una figura de comisión dolosa, es perfectamente comprensible, como ocurre en la normatividad italiana, que *“el dolo usurario venga integrado, entre otros elementos, por el conocimiento del estado de necesidad en que se encuentra el prestatario”*<sup>12</sup>.

También sobre el punto, es pertinente citar al tratadista Alberto Spota<sup>13</sup>, quien define la usura como *“todo negocio jurídico en el cual alguien, explotando el estado de necesidad, ligereza, inexperiencia o debilidad ajena, se hace prometer una prestación excesiva en relación con la que entrega o promete”*.

Por lo tanto, siendo justificable ese castigo, al mismo puede llegarse, según CARRARA<sup>14</sup>, por dos caminos diferentes, el primero de los cuales sitúa la criminalidad de la usura en el hecho de que se ejerza habitualmente, anotando que *“si la causa del castigo quiere situarse en la presión de la necesidad, que oprime al que pide dinero en préstamo y hace en él menos libre la voluntad y más vituperable en quien se lo presta el abuso de esas necesidades”*, también debe serlo para quien *“una sola vez presta con usura o en el que lo hace varias veces”*.

El otro camino traído a colación por el autor, que toma de la legislación toscana, se apoya en las denominadas usuras disfrazadas o calificadas, las cuales fueron citadas en capítulo anterior, las cuales refieren a *“ciertas formas de usura, cuya especialidad consistía en encubrir las ganancias ilícitas bajo artificiosos disfraces”*.

En el caso que nos ocupa, conviene retomar, la dinámica de los acontecimientos enseña que ambas eventualidades pueden pregonarse en el comportamiento desplegado por el sindicado JAIME ECHEVERRÍA FONSECA.

Por un lado, se demostró en el proceso que ejerce habitualmente como prestamista en la localidad boyacense de Paipa y que la modalidad por él utilizada es la denominada *“gota a gota”*. Por otro, que cuando decidió demandar civilmente a la señora Chavarría de Rodríguez, enmascaró el cobro de los intereses usuarios, pues, sabiendo que estos ya estaban incluidos dentro del capital a cobrarse ejecutivamente, en los títulos valores

<sup>12</sup> LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *El Delito de Usura*, Barcelona, BOSCH Casa Editorial, 1968, pág. 211.

<sup>13</sup> Citado por JAIRO LÓPEZ MORALES en su obra *Nuevo Código Penal*, Tomo II, Bogotá, Segunda Edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2002, pág. 1110.

<sup>14</sup> Ob. Cit. Págs. 466 y 467.

anotó una nueva tasa de interés que, aunque moderada, tuvo como finalidad darle apariencia de legalidad a su ilícita operación, afectando seriamente los intereses patrimoniales de la deudora.

Además, en el proceso trascendió probatoriamente, también, que la deudora Chavarría de Rodríguez acudió libremente al prestamista ECHEVERRÍA FONSECA, debido a las dificultades financieras que afrontaba su negocio, al punto tal que luego de recibir el primer crédito usurario, dos semanas después tuvo que recurrir a otro con las mismas condiciones desventajosas para ella.

Su consentimiento, valga decirlo, no desdice del carácter antijurídico del comportamiento desplegado por el procesado, pues, de lo contrario, la norma que tipifica el delito de usura sería inaplicable en la práctica.

Esto porque los verbos rectores de “recibir” y “cobrar”, demandan necesariamente la acción de alguien que “entregue” voluntariamente, pues si partimos que esa entrega se realiza por coacción o engaño, estaríamos frente a una hipótesis delictual diferente.

Para la Corte, la definición de antijuridicidad, o de tipicidad si se sigue la corriente que enmarca en esta también la lesividad del hecho, necesariamente debe partir en nuestro país, dada esa doble connotación dañosa del hecho: atentado contra el orden económico y social, a más de vulneración del patrimonio económico de una o varias personas, de una visión global de lo sucedido que permita verificar si en el caso concreto esas aristas han sido comprometidas.

Entonces, en términos generales debe decirse que si la víctima ha solicitado a quien no es habitual prestamista, un préstamo de dinero ocasional que no proviene de la necesidad de paliar acuciantes necesidades y directamente manifiesta su intención de pagar un interés superior en el doble al corriente, en principio ningún delito se comete, o mejor, este carece de la nota puntual de antijuridicidad, simplemente porque aquí lo reputado es que quien tiene pleno poder dispositivo sobre sus bienes, ha decidido buenamente otorgar una bonificación asaz generosa a su contraparte.

Desde luego, en el ejemplo relacionado ninguna afectación se presenta respecto del orden económico y social, sencillamente porque no se trata de que el ocasional prestamista busque reemplazar en esa función al sistema financiero o que la economía pueda colapsar por ese solo hecho.

Y tampoco sucede que se vulnera el bien personal, precisamente porque en este caso es la liberalidad y no la necesidad la que impone el pago excesivo de intereses.

De igual manera, para continuar con el examen de la posición de la víctima en el delito, si ésta, conociendo los efectos de la denuncia por el delito

de usura, desde un comienzo solicita el préstamo, segura de que no lo pagará una vez denunciado el prestamista, tampoco puede hablarse de la existencia completa de la ilicitud, por la obvia razón que el mismo se halla desnaturalizado desde su comienzo.

En suma, la conducta reclama, para su perfeccionamiento, de una efectiva o potencial afectación a los bienes jurídicos tutelados, ora por la actividad continua de quien realiza el préstamo, ya en atención a los motivos que compelen al prestatario a pagar el alto interés.

**3.2. El momento consumativo de la conducta punible de usura.** La afirmación en el sentido de que la consumación en el ilícito de usura opera con el recibo o cobro del interés excesivo, obliga determinar si se trata de un delito instantáneo o de carácter permanente, tópico trascendental para definir, en últimas, a partir de qué momento debe descontarse el término de caducidad de la querrella. Al efecto, se parte por compartir lo manifestado por el representante del Ministerio Público en su concepto, al consignar que es viable afirmar que el delito de usura *“se inicia a partir del recibo o cobro de la utilidad y se mantiene en el tiempo hasta que se agote el cobro de los intereses superiores o se efectúe el pago de los mismos”*. Esto es, la ejecución de la infracción se prolonga en el tiempo, lo cual quiere significar que se trata de una conducta de carácter permanente. Ello es así, porque el cobro o recibo de la utilidad indebida están precedidos de la celebración de un contrato de mutuo o de compraventa de bienes o servicios a plazo, los cuales se consuman con la entrega de la cosa y el acuerdo de voluntades, respectivamente<sup>15</sup>, pero se ejecutan con posterioridad, es decir, el contrato nace a la vida jurídica en un momento dado, pero las obligaciones que contraen las partes suelen cumplirse después, según lo pactado por ellas.

De lo anterior se desprende, que para que se entienda ejecutada la conducta punible de usura, no basta con que se celebre el negocio jurídico en el que se pacten los intereses ilegales, sino que es menester que estos se reciban o cobren, lo cual, según se afirmó, suele tener ocurrencia posteriormente, si bien, no se desconoce que ello puede tener lugar en ese mismo momento, vr. gr., cuando las partes acuerdan el préstamo de determinada suma dineraria, desde luego, con tasas usurarias, y el acreedor, al hacerle entrega del dinero al deudor -que, recuérdese, dicho acto perfecciona el contrato de mutuo-, automáticamente le descuenta parte del mismo, como pago anticipado de la acreencia. En ese orden de ideas, es claro que la ejecución del ilícito de usura subsiste en el tiempo, pues el daño solo se agotará cuando el acreedor haya recibido o cobrado el total del monto de la obligación.

---

<sup>15</sup> En efecto, de acuerdo con el artículo 2222 del Código Civil Colombiano “No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio,” en tanto que el artículo 1857 Ibidem, dispone que salvo algunas excepciones, “La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio”.

Ese momento tendrá lugar, como se señaló con antelación, cuando el deudor haya cancelado la última cuota de su crédito o compra a plazos, o cuando culmine el proceso ejecutivo civil ventilado en su contra, pues, mientras dure su tramitación, es apenas obvio que de esta manera se está promoviendo el cobro de la obligación, es decir, se está ejecutando uno de los verbos rectores. Esta postura ha sido sostenida por la Corte Constitucional<sup>16</sup>, al aducir que *“tampoco es racional entender que no se tipifica el delito de usura cuando, no obstante haberse pactado intereses usurarios, el deudor no los pagó, pese a que, como aquí ocurrió, se promovió un proceso ejecutivo para su cobro y pago forzado. No se precisa de mayores esfuerzos para entender que el proceso ejecutivo es un mecanismo orientado al cobro y pago forzado de la obligación y ello encaja, sin inconvenientes, en el tipo penal. De lo contrario, habría que entender que no se comete el delito de usura cuando el pago de los intereses ilegales se logra en la ejecución judicial promovida contra el deudor”*.

Huelga anotar, por contraposición, que la naturaleza permanente del delito no muta, o mejor, no deviene en instantáneo el punible, porque, por ejemplo, el interés se pague por anticipado a la firma del contrato de mutuo, pues, es claro que esa inmediatez es meramente episódica, como sucede, para recurrir a casos comunes, cuando la persona es secuestrada y pocos minutos después se obtiene su liberación, o ella es dejada en libertad por el pago, dentro de lo que ahora estila en llamarse *“secuestro express”*. Los delitos permanentes se caracterizan, cabe agregar, porque el verbo rector y la afectación concreta siguen prolongándose en el tiempo, como así sucede con la usura, dado que expresamente el legislador instituyó los verbos rectores recibir y cobrar, cuya naturaleza intrínseca, las más de las veces, implica la satisfacción por instalamentos o a través de procedimientos complejos.

Habiendo establecido la Sala, entonces, que la conducta punible de usura es de ejecución permanente y que subsiste mientras no se agote el recibo o cobro –directa o judicialmente– de los intereses excesivos, es menester definir a partir de qué momento debe contabilizarse el término de caducidad, tópico este que será analizado en el acápite siguiente.

**3.3. La caducidad de la querrela en la conducta punible de usura.** El artículo 34 de la Ley 600 de 2000 señala que *“la querrela debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión de la conducta punible. No obstante, cuando el querellante legítimo, por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados, no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que aquéllos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a un (1) año”*. Del precepto transcrito, cuya interpretación errónea denuncia el casacionista, se ventilaron cuatro teorías diferentes a lo largo del proceso, con el fin de explicar el momento a partir del cual debía descontarse el término de caducidad de la querrela, en tratándose, desde

<sup>16</sup> Sentencia T-114 del 12 de febrero de 2004.

luego, del delito de usura, del que no se discute su carácter de querellable, pues, basta saber que hace parte del listado contenido en el artículo 35 de la citada normatividad.

Las posturas planteadas, son las siguientes:

**3.3.1. La del defensor.** El impugnante en casación señala que siendo querellable el ilícito de usura, la denuncia debió presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a su comisión, lo que no ocurrió en este evento, ya que la misma se instauró el 26 de enero de 2004, pese a que la ofendida, Flor María Chavarría de Rodríguez, fue notificada el 24 de junio de 2003 de la demanda ejecutiva promovida por Oscar Javier Becerra Camargo, a quien el querellado JAIME ECHEVERRÍA FONSECA le endosó los títulos valores que ella le había suscrito, es decir, en esa fecha se enteró en forma válida que el procesado ya no era el tenedor legal de los mismos.

El recurrente, vale reiterar, apenas enunció el cargo, dado que, en parte alguna de su libelo explicó las razones por las cuales considera que el punto de partida del término de caducidad, lo marca el conocimiento, por parte de la deudora, del supuesto cambio de acreedor, a partir de la notificación personal del auto que en su contra ordenó librar mandamiento de pago por vía ejecutiva.

**3.3.2. La de la Fiscalía.** En la resolución de acusación, la Fiscalía 20 Seccional de Paipa (Boyacá) consideró que el lapso en mención debía contabilizarse desde el último pago registrado por la deudora, que en este caso tiene dos momentos reportados, en los meses de noviembre de 2003 y enero de 2004. En efecto, se lee allí: *“Antes de abordar el tema de la ocurrencia y presunta responsabilidad de los aquí investigados a quienes se les atribuye la comisión del punible de Usura, debe señalarse que partiendo de lo manifestado por al (sic) señora FLOR MARÍA CHAVARRÍA, en su calidad de querellante, el último pago se verificó en noviembre de 2003, fecha del último acto, época a partir de la cual se debe contar el término de caducidad de seis (6) meses conforme o (sic) previsto en artículo (sic) 34 del C.P.P., habiéndose formulado la queja el día 26 de enero de 2004, por lo que se concluye se hizo dentro del término legal y no se ha generado caducidad. Así mismo, la codeudora ESPERANZA RODRÍGUEZ ECHEVERRÍA expresa que el último pago fue en enero 5 de 2004”.*

Esta interpretación fue avalada en la decisión de segunda instancia proferida por la Fiscalía Tercera Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Rosa de Viterbo (Boyacá) y Yopal (Casanare), confirmatoria del pliego acusatorio, en la que se asevera: *“En los delitos permanentes, naturaleza de la cual participa el delito de USURA, como lo explicara el a quo, el término de caducidad de la querrela comienza a partir del último acto de ejecución delictiva, que lo será cada día en que se acerque el usurero a cobrar la cuota diaria”.*

**3.3.3. La del juzgador de primera instancia.** En tesis insular, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Paipa (Boyacá), al emitir el fallo condenatorio

de primer grado, estimó que la querrela en este caso había sido presentada oportunamente, apoyado en circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, a partir de las cuales consideró que el término era de un (1) año, computable desde la notificación del auto admisorio de la demanda ejecutiva. Sobre el tópic, así se pronunció: *“En el caso objeto de estudio, se dijo la obligación se genero (sic) en el mes de octubre de 2002, fecha en la que se consintió que por el crédito solicitado (\$1'000.000.oo) se pagaría \$1'200.000.oo, incluidos los intereses, que generara el capital por el termino (sic) de sesenta días, por lo cual se dijo, la deudora cancelo (sic) periódicamente según lo pactado, es decir por días la suma de \$20.000.oo, por cada letra de cambio, lo que hizo cumplida y juiciosamente hasta la fecha en que según ella se enfermó (sic), como hasta cuando el prestamista se acercó (sic) a su residencia y le dijo que por la deuda que con el (sic) tenía (sic), le debía \$3'875.000.oo, siendo esa la razón del porque ella desatendió el requerimiento, empero siguió pagando las cuotas, que dijo le cancelaba a cualquiera de las personas que enviaba el procesado, enterándose mucho después que se había iniciado en su contra el proceso ejecutivo a través de apoderado judicial, Doctor OSCAR JAVIER BECERRA CAMARGO. Observando el proceso ejecutivo, se constata que en efecto a la señora querellante el auto admisorio de la demanda ejecutiva o a través del cual se libro (sic) mandamiento de pago, a ella se le notifico (sic) el 24 de julio de 2003, lo que indica, que si partiremos del presupuesto, que a ella se le exigía que formulara la querrela dentro de los seis meses siguientes, en efecto el termino (sic) requerido para que no operara la caducidad, fenecería el 24 de enero del año siguiente, y como quiera que la querrela solo (sic) se instauro (sic) 2 días después (26 de enero de 2004), por ello seria (sic) dable concluir que como quiera que en el caso que nos ocupa se trata de una circunstancia particular, debemos atender la excepción prevista en la norma citada, bajo el entendido que como quiera que ella estaba convencida que ya había pagado la deuda en una cuantía considerable, lo que no hacia (sic) necesario el inicio de un proceso ejecutivo, por tal razón estimamos, se encontraba en una circunstancia de fuerza mayor y por ende para efectos de contar el termino (sic) de caducidad, no deben mirarsen (sic) los seis meses a que alude la preceptiva, sino el termino (sic) de un año, lo que indica que en sentir del juzgado, la querrela se formulo (sic) dentro del termino (sic) legal por la querellante legitima (sic), y en consecuencia con respecto a ella, no se puede predicar que haya operado el fenómeno de la caducidad como para que esta constituya la causal de improseguibilidad que invoca la defensa”.*

**3.3.4. La del fallador de segundo grado.** Aunque el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama (Boyacá) confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia, discrepó del planteamiento del *A quo* en torno a la caducidad de la querrela, pues, consideró que el comportamiento usurario subsistía mientras se estudiase impulsando el proceso ejecutivo por medio del cual se pretende hacer efectivo el cobro. En estas condiciones, para el *Ad quem* el término de seis (6) meses ni siquiera había empezado a descontarse para el momento en que la denuncia fue presentada. En efecto, sostuvo: *“Para el caso objeto de estudio se tiene no le asiste razón al Defensor en su pedimento, puesto que si bien es cierto si tomamos las fechas de los títulos valores pudiera arribarse a la conclusión expuesta por él, no sucede lo mismo si se tiene en cuenta la persistencia de la conducta ilícita, incluso a través del proceso ejecutivo”.*

Así, luego de reseñar la actuación procesal adelantada en el juzgado civil municipal, desde la presentación de la demanda de ejecución civil hasta el interrogatorio absuelto por la señora Flor María Chavarría de Rodríguez, el juzgador de segunda instancia concluyó que: “...[d]e las copias allegadas al proceso se tiene que, con fecha 26 de noviembre de 2003, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, y tal como se puede ver en la copia del interrogatorio de parte absuelto por la Querellante, con fecha 30 de marzo de 2004, recepcionado en dicho proceso ejecutivo, aún no se había decidido tal situación y, por ende, la conducta de usura, persistía hasta ese momento, toda vez que las sumas abonadas a dichas deudas seguían siendo ocultadas por el Querellado, las cuales no solo incluían el capital prestado sino, además, el valor de los intereses inicialmente cobrados e incluidos en dichos títulos valores, por ello las letras tenían un valor de \$1'200.000.00, cada una, representado o, mejor, garantizando de esa forma y con antelación el capital por \$1'000.000.00, más los intereses por adelantado del periodo (sic) del crédito, esto es, dos meses, lo cual fácilmente permite deducir que, efectivamente, la tasa de interés era del 10% mensual, pues el termino (sic) de 60 días arroja un valor de \$200.000.00 a pagar por intereses. Si a lo expuesto se observa que, además, en el proceso ejecutivo se pretendía cobrar los intereses sobre los intereses consignados en el título valor, como parte de la suma a la cual se obligaban, como capital las suscriptoras (sic) del título valor, a la tasa del 2.5%, cuando ha debido descontarse esa suma de intereses –los \$200.000.00–, se infiere que la conducta persiste hasta que dichos intereses se sigan cobrando, pues se están causando mes a mes, esto es, hasta cuando se satisfagan las sumas pretendidas en el proceso ejecutivo.

Y, con relación a la interpretación esgrimida por el juzgado municipal, señaló que: “...[n]o se trata de la situación excepcional establecida por el legislador para ampliar el cómputo del término de caducidad de la querrela, pues claro es que la Querellante, desde el momento mismo en que pacta la obligación y suscribe los títulos valores que la respaldan, sabía la ilegalidad de la tasa de interés establecida; así mismo, con los abonos conforme a lo acordado con el Acreedor en cuando (sic) a la forma de pago, no se había cubierto la totalidad de las obligaciones y, por lo mismo, no puede aseverarse que dicha Querellante obró con el convencimiento de que la tasa de interés era una diversa a la acordada, como tampoco que sus abonos se computaron de manera distinta a ese acuerdo. Por tanto, en realidad la fuerza mayor o caso fortuito exigidos por el artículo 33 (sic) del C.deP.P., no puede (sic) predicarse en el presente caso. Así las cosas, aún cuando por razones distintas, comparte esta Instancia el sentido de la decisión del a quo, en cuanto a la improcedencia de declarar la caducidad de la querrela en el presente proceso”.

Esta tesis fue sustentada, igualmente, por el Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal, quien conceptuó en estos términos: “Ahora bien, el Ministerio Público considera, que el alcance dado por el juez colegiado (sic) al artículo 34 de la Ley 600 de 2000, es acertado en los términos expuestos, lo cual impone en nuestra opinión mantener incólume la sentencia atacada. Vale decir, el mecanismo utilizado por JAIME ECHEVERRÍA para cobrar intereses usureros, esto es, por encima de la mitad del interés bancario corriente para la época, se extiende en el tiempo y permanece, hasta el término del proceso ejecutivo promovido

*con los títulos valores suscritos por la querellante, independientemente de quien sea el demandante en el proceso ejecutivo, por lo que la caducidad para interponer la querrela no había operado y en efecto debió proseguirse la acción penal, tal como aconteció”.*

**3.3.5. La de la Corte.** En el capítulo anterior, la Sala determinó que la ejecución del ilícito de usura subsiste en el tiempo, dado que el daño sólo se agotará cuando el acreedor haya recibido o cobrado el total del monto de la obligación, lo cual tendría lugar en el instante en que el deudor haya cancelado la última cuota de su crédito o compra a plazos, o cuando culmine el proceso ejecutivo civil ventilado en su contra, pues, mientras dure su tramitación, es claro que continúa perpetrándose el delito, como quiera que se está promoviendo el cobro de la obligación. Siendo ello así, el término de caducidad para la conducta punible de usura tendría dos formas de contabilizarse:

- Por un lado, desde la fecha del último pago, cuando este lo realiza directamente el deudor al acreedor, para lo cual debe aclararse que el “último pago” puede o no implicar la cancelación total del crédito.
- Por otro, desde la culminación del proceso ejecutivo civil, cuando el segundo recurre a la vía judicial para “cobrar” lo que le adeuda el primero.

Ello quiere significar, ni más ni menos, que se comparten las disertaciones que en torno a la interpretación del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal de 2000, hicieran el juzgador de segundo grado y el representante del Ministerio Público. Las mismas, vale decir, coinciden con las plasmadas por la Corte Constitucional en la ya cita Sentencia T-114 de 2004, en la que resolvió la solicitud de tutela formulada por el defensor, en el sentido de que se archive el proceso por caducidad de la querrela.

A ese efecto, el Tribunal Constitucional analizó la descripción legal de la conducta, para concluir que los verbos rectores a tener en cuenta eran “recibir” o “cobrar”, el primero de los cuales remite al recibo de utilidad o ventaja, en tanto que el segundo a la compra de cheque, sueldo, salario o prestación social. Así, tras referirse ampliamente a lo probado dentro del proceso penal respectivo, consideró: *“8. El juez accionado afirma que se trata sólo de una divergencia de criterios jurídicos en torno al término de caducidad de la acción penal por el delito de usura y que por ello su decisión no puede catalogarse como una vía de hecho. Este argumento carece de todo fundamento. Resultaría insólito y gravemente lesivo del principio de legalidad, que el ordenamiento jurídico dejara a discreción del juez la determinación del momento a partir del cual se contabiliza el término de caducidad de la acción penal. Lejos de ello, la ley ha indicado claramente ese momento y ha indicado que no puede ser otro que el de la comisión de la conducta punible. Por lo tanto, no se trata de un problema de interpretación de la ley penal. Y no puede ser así pues no es racional que de una norma procesal como el artículo 32 del Código de Procedimiento Penal de 1991, que ordenaba que la caducidad opera a partir de la comisión del hecho punible, se*

*infiera que en el caso de la usura ese fenómeno no opera a partir de su comisión -es decir del recibo o cobro de los intereses-, sino de la suscripción del título valor en que tales intereses se pactan. (...) Por otra parte, tampoco es racional entender que no se tipifica el delito de usura cuando, no obstante haberse pactado intereses usurarios, el deudor no los pagó, pese a que, como aquí ocurrió, se promovió un proceso ejecutivo para su cobro y pago forzado. No se precisa de mayores esfuerzos para entender que el proceso ejecutivo es un mecanismo orientado al cobro y pago forzado de la obligación y ello encaja, sin inconvenientes, en el tipo penal. De lo contrario, habría que entender que no se comete el delito de usura cuando el pago de los intereses ilegales se logra en la ejecución judicial promovida contra el deudor.*

*Como puede advertirse, entonces, ni los argumentos expuestos por el juzgado accionado al emitir su auto, ni las razones esbozadas al momento de contestar la tutela, cuentan con un fundamento serio. Por el contrario, ellos no son más que el intento de justificar una decisión jurídicamente injustificable. Y es lamentable que ello sea así pues con ese tipo de posturas la administración de justicia se limita a archivar expedientes en lugar de preocuparse por resolver los dramas humanos que ellos recogen. Lo sucedido en este caso es patético: Se archiva un proceso por usura en el que está demostrado que los intereses cobrados al querellante llegaron al 97.68% efectivo anual -folio 257 del expediente- y que sólo habían transcurrido 5 de los 12 meses necesarios para la caducidad de la acción. Por ello, la decisión tomada constituye una clara denegación de justicia y una afrenta al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y, a través de ellos, a los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación del actor. En fin, se está ante un acto que constituye un claro desconocimiento de los derechos fundamentales como fundamento de legitimidad de los poderes constituidos”.*

Descendiendo al caso concreto, para la Sala es absolutamente claro que para el momento en que la ciudadana Flor María Chavarría de Rodríguez presentó la querrela penal en contra de JAIME ECHEVERRÍA FONSECA, el 26 de enero de 2004, el delito de usura estaba ejecutándose, como quiera que para esa época se adelantaba proceso civil en su contra con el que se pretendía, precisamente, lograr el cobro de los intereses usurarios.

Lo que significa, que el término de seis (6) meses para promover el ejercicio de la acción penal a que se refiere el artículo 34 de la Ley 600 de 2000, ni siquiera había empezado a descontarse, pues, recuérdese, se trata de una conducta de carácter permanente, cuya ejecución subsiste en el tiempo. De otro lado, fue viable, aunque se quedó corta, la interpretación de la Fiscalía General de la Nación para dejar a salvo la oportunidad de la querrela, habiendo tenido en cuenta el último abono de dinero que realizó la deudora al acreedor, del cual se señalan dos momentos diferentes, siendo el mas inmediato el 5 de enero de 2004. Es viable, por cuanto, como ha quedado reseñado a lo largo de este proveído, uno de los parámetros para computar el término de caducidad de la querrela lo delimita la fecha del último pago registrado, lo que llevado al caso concreto, permitiría afirmar que el lapso habría vencido el día 5 de julio de ese año, es decir, mucho tiempo después

de aquél en que se presentó la queja. Pero se quedó corta, dado que le establece un límite a la parte perjudicada, al no tener en cuenta que el cobro estaba verificándose en ese momento por la vía judicial y, en ese orden de ideas, los seis (6) meses sólo empezarían a correr desde la culminación del proceso civil respectivo.

En cuanto a la desacertada postura del demandante, bien poco tiene que decirse, por cuanto, se asevera nuevamente, no la fundamentó, pues, sin ningún tipo de razonamiento, a manera de petición de principio, se limitó a asegurar que el término de caducidad de la querrela debía contarse desde el momento en que la deudora se enteró del cambio de acreedor, esto es, cuando se le notificó el auto admisorio de la demanda. Es claro, como lo advirtiera el Procurador delegado, que el mandamiento de pago que le fuera notificado a la deudora el 24 de junio de 2003, es simple y llanamente el auto que admite la demanda e impulsa el proceso civil y no el que lo finaliza.

Lo propio ocurre con la tesis esbozada por el juzgador de primera instancia, al estructurar, también sin mayor argumentación, unas inexistentes circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, a partir de la ignorancia de la deudora de que en su contra se estaba tramitando un proceso civil para el cobro de la obligación con los respectivos intereses; por ello, coincidiendo con lo afirmado por el defensor del sindicado, estima que el término de caducidad debe contabilizarse desde el momento en que fue notificada del auto de mandamiento ejecutivo, pero a diferencia de aquel sujeto procesal, estableció dicho lapso en un (1) año, apelando a las situaciones excepcionales ya citadas, traídas a colación por el tantas veces citado artículo 34 del Código Procesal Penal de 2004. Dicha interpretación no es de recibo, pues, una cosa es que la ofendida desconozca que en su contra se adelanta un proceso ejecutivo civil, y otra muy distinta que ignore la ocurrencia del hecho punible, evento en el cual sí sería procedente analizar la configuración o no de las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, a fin de ampliar a un (1) año el término de caducidad.

Análisis en tal sentido no es necesario, si en cuenta se tiene que la deudora siempre supo de la comisión de la conducta punible, pues, aunque irregular y esporádicamente, continuaba realizando los abonos a que se había comprometido, incluso después de enterarse de que había sido demandada civilmente. La culminación de ese trámite civil, reitérese para terminar, tendría como efecto empezar a descontar el término de caducidad de la querrela; por este motivo, como el mismo apenas estaba impulsándose para el 26 de enero de 2004, fecha en la cual fue elevada la denuncia por parte de la señora Flor María Chavarría de Rodríguez, es obvio que ni siquiera había empezado a contabilizarse. Acorde con lo anotado, concluye la Corte que la querrela fue oportunamente presentada. De ahí que el cargo no prospere, y como quiera que no observa la Corte violación a garantías fundamentales, se impone dejar incólumes los efectos de las sentencias atacadas.

En mérito a lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE: NO CASAR** el fallo impugnado”.

## **II. COMENTARIO**

**A. UBICACIÓN.** A raíz de algunas decisiones recientes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en las cuales se plantea que la víctima tiene posición de garante en relación con las conductas dolosas realizadas en contra suya, genera preocupación el mensaje que ello produce y -más aún- en el plano de la Política Criminal queda en el trasfondo la idea de que el vivo vive del bobo, es decir, el delincuente puede tener la tranquilidad de cometer el delito pues si la víctima no actúa de manera diligente para evitar que ello ocurra debe asumir las consecuencias del hecho ilícito lo cual, francamente, termina por ser inaceptable. En esta sede se aborda la sentencia del 21 de mayo de 2009 desde esta perspectiva, aunque debe recordarse que en ella también se abordan otras problemáticas de importancia para el debate como son la caducidad de la querrela y el momento consumativo del delito de usura vertido en el art. 305 asuntos que, por supuesto, no son objeto de reflexión en esta oportunidad aunque ameritan todo un profundo debate porque los alcances de los planteos que en ella se hacen generan también graves repercusiones.

**B. EL CONCEPTO DE POSICIÓN DE GARANTE.** Como la Sala de Casación Penal habla en algunas decisiones de la posición de garante de la víctima, se debe empezar por señalar que dentro de la Dogmática penal esta figura corresponde a la condición que debe tener el sujeto activo de los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión y que lo hace garante en la medida que, por su relación con el bien jurídico tutelado o con una fuente de peligro, tiene un deber encaminado a que no se produzca una vulneración o puesta en peligro del mismo. En ese sentido se debe hacer -así sea de manera sencilla- un estudio de las teorías que sirven de fundamento a la posición de garante y del contexto de esta construcción académica.

En efecto, el delito de omisión impropia, también conocido como de comisión por omisión, solo puede ser realizado por aquella persona que tenga posición de garante, esto es, la que por su relación con un bien jurídico tutelado o con una fuente de peligro, adquiere un deber jurídico que la convierte en garante del mismo. Si se observa el texto del artículo 25 de la ley 599 de 2000, se percibe cómo allí -de manera clara- se indica que se configura la posición de garante cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y el agente no lo llevara a cabo estando en posibilidad de hacerlo, motivo por el cual se tendrá como si lo hubiese producido y, en consecuencia, deberá responder penalmente.

**1. Teorías que fundamentan la posición de garante.** Son tres, en esencia -sin descartar otras posturas, incluso las que se pueden calificar como mixtas-

las construcciones en esta materia: la teoría formal del deber jurídico, la teoría material o de las funciones y la abanderada por el funcionalismo radical de JAKOBS.

a. Teoría formal<sup>17</sup>. Para esta concepción la posición de garante se deriva en el origen (formal) del deber jurídico, siendo tres sus basamentos: una acción esperada, la afectación a un bien jurídico y la relación de causalidad entre la acción omitida y la afectación al bien jurídico; así, pues, a partir de este concepto se considera que son fuentes formales de la posición de garante la ley, el contrato y la ingerencia.

La primera fuente es la ley, esto es, se hace alusión a la ley propiamente dicha, los decretos o los reglamentos extrapenales, esto es, el conjunto de normas de naturaleza civil o administrativa que establecen deberes de auxilio como los existentes entre cónyuges o entre padres e hijos. De igual forma, el contrato es fuente en la medida en que a partir de él se adquiere posición de garante como ocurre en el caso de la niñera concertada para que cuide al niño; o, en el caso del contrato de transporte, que se realiza con una empresa para que lleve a un hijo al colegio y donde lo que se busca -más allá de que él llegue a tiempo a la institución educativa- es que el conductor realice su desplazamiento con la debida prudencia para que el infante llegue sano y salvo.

Finalmente, la ingerencia es fuente en la medida en que el agente crea una situación antijurídica de riesgo para el bien jurídico tutelado lo cual posibilita que se le imputen los resultados dañosos producidos, como sucede con la persona secuestrada que muere en cautiverio a raíz de los padecimientos sufridos; en este caso, el autor de esa reprochable conducta debe responder no sólo por la realización de la misma sino por la muerte de la persona, pues con su actuar antijurídico se constituye en garante de la misma<sup>18</sup>.

b. La teoría material o de las funciones. A diferencia de la anterior que, como su nombre lo dice, se queda en el plano meramente formal para detectar la fuente de donde emana la posición de garante, esta construcción entiende que tal construcción se debe analizar desde la perspectiva del sentido social de los diferentes deberes observando la relación materialmente existente

<sup>17</sup> Sobre ello, JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de derecho penal*, Tomo III, 3ª. ed., Buenos Aires Losada, 1965, págs. 420 y ss.

<sup>18</sup> El Profesor LASCURAÍN SÁNCHEZ, señala como ejemplos el deber de evitación de que el fuego encendido se propague por parte de quien cocina en el bosque o quema rastrojos en el mismo; así la Audiencia Provincial de León (Sección Primera) en sentencia 36/1999 de 16 de febrero, en un caso semejante concluyó que los acusados “tras prender fuego en uno de los asadores allí existentes, antes de marcharse arrojaron en las inmediaciones del asador tizones encendidos (...) por lo que a partir de los tizones que prendieron el pasto se desarrolló efectivamente un incendio” (cfr. JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ: *Penar por omitir. Fundamento de los deberes de garantía*, Bogotá, Universidad Santo Tomás/Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, pág. 14).

entre la persona y el bien jurídico tutelado. Así las cosas, la posición de garante se adquiere por la estrecha relación con un bien jurídico tutelado lo que genera un deber de protección del mismo, o por un deber de vigilancia derivado de una fuente de peligro.

1) *Deberes de protección de determinados bienes jurídicos.* Ello sucede en situaciones de estrecha comunidad de vida y/o de estrecha relación vital, de asunción voluntaria, o de comunidad de riesgo.

a) Estrecha comunidad de vida y/o de relación vital. En estos casos la posición de garante se adquiere en la medida en que exista una relación existencial con otro u otros calificable de estrecha o muy próxima; desde luego, se trata de un concepto más amplio que el de “contrato” empleado por la concepción formal a partir del cual se podía hablar de una posición de garante entre cónyuges, pero que dejaba por fuera casos como el de la sociedades de hecho.

b) Asunción voluntaria. Este evento se presenta cuando de manera voluntaria se asume la protección de un bien jurídico tutelado, como ocurre cuando se decide ayudar a una persona invidente para que atraviese una avenida; desde luego, al asumir esta actitud no se puede abandonar a la persona en la mitad de la vía porque, en ese momento, el agente se ha constituido en garante. Por supuesto, si actúo de manera distinta debo asumir las consecuencias que se puedan derivar de mi conducta.

c) Comunidad de riesgo. En la vida moderna ciertas actividades se deben realizar en grupo dado el riesgo que generan, por eso cada uno de los participantes debe confiar en que el otro haga lo que le corresponda; por ello, deportes como el buceo no se suelen practicar de manera individual [si varias personas, en pareja, realizan esta actividad y a una de ellas se le acaba el aire de su tanque la otra le debe ayudar con el suyo; igual sucede si el cinturón de pesas o una de las aletas se llega a caer e irse al fondo del mar, en cuyo caso el acompañante debe contribuir a recogerlo] o actividades como las excursiones a la montaña a acampar o a pasear por la selva suponen riesgos que se deben compartir, porque aquí la posición de garante ese deriva del principio de confianza, esto es, el criterio de la imputación objetiva en virtud del cual yo debo hacer lo que a mí me corresponde y confiar en que el otro hará lo que le toca, lo cual -trasladado a los casos de comunidad de riesgo- implica que en una situación de emergencia puedo confiar en que el otro me va a ayudar, y, el otro, esperara de mi parte el mismo comportamiento.

Por eso, pues, el legislador al pensar en figuras como éstas describe comportamientos como el prevaricato por omisión, la omisión de socorro y la omisión de control, entre otros.

2) *Deberes de vigilancia de una fuente de peligro.* La posición de garante también surge cuando el agente tiene un deber de vigilancia de una fuente de peligro,

esto es, de una persona o elemento que pueda generar un peligro para la comunidad, caso en el cual debe evitar que ese riesgo se concrete en una lesión para el bien jurídico tutelado. Ello sucede, en esencia, en dos situaciones:

a) Injerencia o actuar precedente. Esta hipótesis, ya mencionada al aludir a la concepción formal, también supone posición de garante en la medida en que del actuar precedente del agente se genera un riesgo para el bien jurídico, como sucede con el conductor que atropella a una persona y no le brinda asistencia.

b) Obligaciones surgidas de riesgos creados por otras personas. Aquí el riesgo para el bien jurídico lo crean otras personas pero el agente tiene el deber de evitarlo dada que se encuentran dentro del ámbito de su influencia. Así sucede, por ejemplo, con el médico psiquiatra que tiene como paciente a un psicópata con tendencias homicidas o suicidas y que, en consecuencia, está obligado a mantenerlo internado en un hospital psiquiátrico con medidas de vigilancia.

c) Deberes surgidos del control de fuentes de riesgo que operan dentro del propio ámbito de dominio del agente. En algunos casos el agente debe tomar medidas para evitar que se produzca una lesión para el bien jurídico producto de fuentes de riesgo existentes y con las cuales tiene relación, como sucede con quien cuida una planta atómica o es controlador aéreo.

c. La concepción funcionalista de Jakobs<sup>19</sup>. Para este expositor existe un sistema social que debe tener la capacidad de ser autosuficiente y, para ello, la norma penal juega un papel fundamental en la medida en que garantiza la vigencia del sistema y lo reafirma; por eso, cuando una persona comete un delito realiza un atentado contra el sistema que, a su vez, para garantizar su vigencia reacciona a través de sus órganos aplicándole la norma penal.

Como lo importante es el sistema, los hombres cumplen un rol dentro del mismo y éste espera que ellos no defrauden las expectativas que se les confían; si ello es así, el hombre responde penalmente no por haber vulnerado un bien jurídico tutelado -el derecho penal, recuérdese, no protege bienes jurídicos sino la vigencia de la norma que es la que garantiza la pervivencia del sistema- sino por la defraudación de las expectativas que se derivan del rol que tenga dentro del mismo. Así las cosas, todo los ciudadanos tienen posición de garante cuando realizan delitos de acción o de omisión, porque las diferencias entre estas dos formas de conducta penalmente relevante desaparecen; por ello, como se dirá más adelante, el militar que defrauda las expectativas que se derivan de su rol responde por las consecuencias de esa defraudación con independencia de que la misma se hubiese dado por vía de acción o de omisión.

<sup>19</sup> Cfr. JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho penal. Parte general*. Fundamentos y teoría de la imputación, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1995, págs. 946 y ss.

En ese sentido, adviértase, existen dos clases de *status o roles*: el *general o común* y el *especial*. El primero, es el que tienen todos los ciudadanos por el solo hecho de vivir en sociedad, lo cual conlleva unas expectativas que al ser defraudadas producen consecuencias de naturaleza penal, por lo cual el *delito* cometido es *de organización*; en este caso, pues, el fundamento de la responsabilidad radica en la lesión a los límites generales de la libertad respecto de la configuración exterior del mundo. Así las cosas, cada miembro de la sociedad tiene la obligación de respetar al otro en su propio derecho, es el rol mínimo, que exige ese respeto y -en consecuencia- si no se produce ese respeto se responde por violación a las reglas de ese status general.

El segundo es el *status o rol especial*, esto es, el derivado de instituciones fundamentales para la vida en sociedad como sucede con los padres, cónyuges, médicos, fiscales, jueces y militares; por eso también se le puede llamar como institucional. De ahí, pues, que el fundamento de la responsabilidad penal sea el irrespeto o la inobservancia de las reglas que constituyen ese status o rol especial, cosa que da lugar a los *delitos de infracción de deber*.

Por ello, en materia de la responsabilidad institucional JAKOBS dirá que el médico o el militar responden penalmente cuando defraudan las expectativas que se derivan de ese rol o institución, con independencia de que ese timo se dé por vía de acción u omisión. Y, aparentemente, se podría entender que en este punto existe similitud entre el pensamiento de ROXIN<sup>20</sup> y el de JAKOBS, pero existe una diferencia fundamental: mientras el primero considera necesaria la intervención del derecho penal cuando se ha producido una lesión a un bien jurídico tutelado, el segundo la centra en la defraudación de la norma, por vía de la defraudación de las expectativas; pero, además, mientras ROXIN habla de delitos de acción y de infracción de deber -que sólo admiten la posición de garante-, JAKOBS -al plantear su tesis por la vía de la defraudación de expectativas organizacionales o institucionales- concluye que siempre existe posición de garante. Esto último, pensando en Colombia, genera cuestionamientos porque en nuestro derecho se habla de los delitos de omisión propia y de los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión y son, recuérdese, estos últimos los que generan posición de garante, de ahí que la postura de JAKOBS no pueda ser plenamente aplicada de cara al derecho positivo, más aún cuando se considera que la razón de ser del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos tutelados y no la vigencia de la norma.

**2.** *El artículo 25 del Código Penal colombiano.* De un análisis detenido del artículo 25 se desprende que la teoría que le sirve de fundamento para establecer la posición de garante es básicamente la *material o de las funciones*, pues como está redactada la norma es claro que ella se deriva bien de una relación del

<sup>20</sup> Cfr. ROXIN, CLAUS: *Derecho penal, Parte general*, t. 1, trad. española de la 2ª ed. alemana y notas a cargo de Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García Conlledo/Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, págs. 49 y ss.

agente con el bien jurídico tutelado -y, por ello, señala que son constitutivas de posición de garante, la estrecha comunidad de vida, la asunción voluntaria y la comunidad de riesgo-, o bien del deber de vigilancia de una fuente de peligro que se desprende de deberes surgidos de comportamientos precedentes suyos o injerencia, o de las obligaciones surgidas de los riesgos creados por otras personas que se encuentran dentro del ámbito de influencia de quien omite, o de los deberes de garante surgidos del control de fuentes de riesgo que operan en el propio ámbito de dominio del agente. No obstante, el desarrollo jurisprudencial llevado a cabo por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional camina en una dirección distinta, pues se pretende que los postulados desarrollados por la ley son los defendidos por GÜNTHER JAKOBS.

En efecto, la primera sentencia en marcar este camino fue la SU-1184 de 2001 -con ponencia del entonces Magistrado EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT- en la que se analizó el tema a raíz de la triste y lamentable matanza de Mampiripán realizada por un comando paramilitar, pero en la que se miró la posible responsabilidad penal del entonces Comandante de la División del Ejército que tenía a su cargo esa zona, para señalar que a él no se le debía investigar por la posible comisión de un delito de prevaricato por omisión -conducta de omisión propia- sino por la realización de un delito de homicidio -omisión impropia-. En ese punto la Corte, a partir de los desarrollos propios del funcionalismo radical señala: “desde esta perspectiva, el núcleo central de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era previsible o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible”; pero, más aún se afirma que: “en la actualidad un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Mussig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de la posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad: Competencia por organización y Competencia institucional”<sup>21</sup>.

Por ello, al examinar la posición de garante de los miembros de la Fuerza Pública concluye que ella se deriva de la defraudación de las expectativas que se desprenden del rol institucional: “Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal”. En fin, ese organismo afirma que ese deber institucional hace al militar garante de la vida de las personas de una población que se encuentren amenazadas por un grupo al margen de la ley: “Para que el miembro de

<sup>21</sup> Cfr. Corte Constitucional, sent. SU 1184 de 2001.

la fuerza pública sea garante, se requiere que en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República. En consecuencia si un miembro de la fuerza pública que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las violaciones a los derechos humanos) que estos cometan en contra de los habitantes”.

Así las cosas, a pesar de que el Código acoge la teoría material o de las funciones la Corte Constitucional<sup>22</sup> se aparte de ella y se centra en el funcionalismo radical;

<sup>22</sup> Véase sent. de 14 de noviembre de 2007, radicado: 28017, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. En esa decisión, al referirse a la posición de garante de los miembros de la Fuerza Pública con base en los planteos contenidos en la sent. SU-1184 de 2001, se afirma que la posición de garante se deriva de la defraudación de las expectativas que se desprenden del rol organizacional o institucional y que -en el caso de los militares- es esa defraudación la que genera responsabilidad; es más, añade: “Recientemente, la Sala al analizar la masacre ocurrida el 21 de agosto de 1999 en el municipio de la Gabarra por sujetos armados que portaban las insignias de las Autodefensas Unidas de Colombia, hechos por los cuales condenó a un miembro del Ejército por no salir en defensa de la ciudadanía, también conforme con la teoría de la posición de garante analizó de acuerdo con varios instrumentos internacionales las situaciones de convivencia y aquiescencia que se pueden presentar entre las fuerzas armadas con los grupos al margen de la ley, entendida la primera como el disimulo o tolerancia y la segunda como la confabulación o el consentimiento, para concluir que: “Con el comportamiento del procesado, arriba demostrado, que en punto de la actuación del grupo armado ilegal, puede decirse que consistió en un ‘dejar hacer, dejar pasar’, en hacer ‘oídos sordos’ a su ineludible deber de combatir al grupo irregular que dejaba rastros de sangre a su paso y de negarse a proteger a la población civil, respecto de cuyas vidas tenía posición de garante, con el argumento de que ‘el que la debe, que la pague’, es indudable que el procesado permitió la matanza en la noche nefasta, no solamente con su conducta omisiva, sino con actos positivos. // “El compromiso del oficial acusado, en consecuencia, surge de su aprobación, de su aceptación, de su autorización, de su asentimiento, de su acuerdo, de su anuencia; en una palabra, de su **aquiescencia** con la masacre que, por todos los medios, las AUC habían informado cometerían contra los ciudadanos, señalados de ser guerrilleros o auxiliadores de éstos. Su aquiescencia deriva incuestionable de sus expresiones públicas de que no combatiría a los ilegales y que, tácitamente, permitiría sus crímenes porque “el que la debe, que la pague”. “**Aquiescencia y connivencia** denotan, además, conocimiento de los elementos estructurales o componentes de la conducta punible cuya ejecución material corre por cuenta del grupo armado ilegal”. Hechas las anteriores precisiones, y verificado que conforme con la anterior normatividad es posible delimitar los ámbitos de responsabilidad de los miembros de la fuerza pública procesados, a fin de establecer su posición de garantes respecto a la evitación del resultado típico producido, se entrará a analizar los cargos formulados por el representante del actor civil a efectos de determinar la concurrencia o no de los requisitos que informan esta teoría: 1. Situación de peligro para el bien jurídico. 2. No realización de la conducta debida, por no actuar teniendo el deber de hacerlo para evitar el resultado lo que eleva el riesgo creado. 3. Posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto esté en posibilidad de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida para lo cual debe tener i) conocimiento de la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir, ii) tener los medios necesarios para evitar el resultado, iii) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado. 4. Producción del resultado”.

esta postura también la asume la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en una decisión en la cual se pronuncia sobre la responsabilidad penal de los entonces Comandante de Policía y del batallón del Ejército Nacional con sede en la población de Tibú, donde se produjo una acción paramilitar que generó la muerte violenta de varios ciudadanos<sup>23</sup>.

C. LA VÍCTIMA COMO GARANTE. Realizada esta explicación previa encaminada a mostrar que el concepto de posición de garante se circunscribe al sujeto activo de los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión, debe ahora –de cara al pronunciamiento que aquí es objeto de comentario– hacerse referencia a la posición asumida por la Sala de Casación Penal cuando habla de la posición de garante no del autor de un ilícito, sino de la víctima del mismo.

Los pasos en esa dirección comenzaron a darse cuando esa corporación conoció de un caso en el cual una persona fue víctima de un ilícito de estafa, al haber comprado un vehículo que había sido objeto de varios embargos los cuales eran desconocidos por el comprador; en esa oportunidad, se concluyó que no existía el mencionado delito porque el comprador –dada la experiencia que tenía en el mundo de los negocios– debía haber realizado una serie de verificaciones encaminadas a constatar la situación legal del vehículo y, como no lo hizo, debía asumir las consecuencias que se derivaban de su conducta negligente, pues poseía posición de garante.

En efecto: “Sea como fuere, para la Sala ahora, en temas como el presente, donde se juzgan hechos basados en las relaciones sociales, no pueden establecerse reglas rígidas sino tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso para determinar si la actitud reticente de una de las partes contratantes al ocultar la existencia de un gravamen o una medida cautelar tiene o no idoneidad para inducir en error. Para el efecto será menester,

<sup>23</sup> De igual forma, en providencia del 28 de octubre de 2009, radicado 32582, M.P. JAVIER ZAPATA ORTIZ, se volvió a referir al tema y luego de transcribir el art. 25 del C. P., dijo: “Predomina, como es innegable, en el precepto transcrito, un “deber jurídico”, como juicio condicionante delimitado para los injustos omisivos impropios o los llamados tipos penales de comisión por omisión, los cuales reclaman del agente un conocimiento ex-ante de la “posición de garante” que estuviere desplegando frente a las hipótesis disciplinadas por la Ley en el artículo en estudio. En jurisprudencia del 27 de julio de 2006 (radicado 25.536), se trató el tema de la siguiente manera: “Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable”. Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante. En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropia de omisión o impura de omisión. En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas”.

entonces, considerar aspectos tales como el nivel intelectual del sujeto pasivo de la conducta, su pericia en asuntos de la naturaleza de la cual se trata, sus experiencias, el medio social en donde se desenvuelve y las herramientas jurídicas brindadas por el Estado para su protección. /Desde luego, ese análisis habrá de hacerse en el marco de un contexto compatible con nuestra realidad social. Hoy en día, a diferencia de pasadas épocas, el país tiene un mayor índice de personas preparadas académica y culturalmente; así mismo, en desarrollo de la modernización del Estado, se han implementado mecanismos institucionales de fácil acceso al público que permiten verificar la situación jurídica de algunos bienes, como acontece con los sujetos a registro. /Ese progreso de la nación ha obligado al Estado a dejar atrás de manera gradual aquellos períodos de acentuado proteccionismo para pasar a fases donde se ofrece una mayor libertad de interacción de las personas, reconociendo así que no se trata de seres incapaces para el ejercicio de sus derechos sino de individuos con posibilidad de discernimiento suficiente para sobreponerse a ciertas mentiras o engaños propios de la dinámica social. /Un ejemplo de esa elasticidad estatal ha sido la despenalización del estupro (denominada estafa sexual), cuya estructuración se asentaba, precisamente, en la realización de actos engañosos para la obtención del acceso carnal con persona mayor de catorce años y menor de dieciocho. En ese contexto, se consideró que los individuos de dichas edades presentan actualmente una capacidad intelectual (Salvo, obviamente, los casos de personas que presentan condiciones de inferioridad, los cuales sí son sancionables por nuestro ordenamiento punitivo) apta para consentir libremente una relación sexual. /Pero, tratándose Colombia de una nación apenas en desarrollo, no puede pasarse por alto que todavía hay muchos sectores o grupos de personas como los campesinos e indígenas, que no han alcanzado un adecuado nivel académico e intelectual o viven en zonas alejadas donde, por su vida cultural, no tienen fácil acceso a los avances de la modernidad. En esos casos, sin que su enunciación quede agotada en las personas reseñadas, el Estado conserva la obligación de brindar una mayor protección para evitar que la condición de debilidad en la cual se encuentran sea aprovechada por otros como fuente de indebido lucro. /*Hablando en términos de la teoría de la imputación objetiva, implica que quien ostenta un nivel de preponderancia sobre alguien que, por su bajo grado académico, cultural o social, carece de suficiente capacidad para entender cabalmente los pormenores de un negocio jurídico, asume la posición de garante para la evitación de resultados dañosos cuando con su comportamiento ha generado un riesgo jurídicamente desaprobado, siempre que conociese las condiciones especiales del sujeto pasivo de la conducta. Solamente en esos casos, si no actúa de conformidad con la posición de garante que el ordenamiento jurídico le atribuye, le será imputable de manera objetiva el resultado. /En esas condiciones, no asumirá la posición de garante y, por lo mismo, no tendrá la obligación de impedir el resultado dañoso el vendedor que se encuentra respecto del comprador en un plano de equilibrio frente al conocimiento de los alcances, vicisitudes y consecuencias de la transacción que celebran*"<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. de Julio 10 de 2008, Radicado: 28693, M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS; las cursivas son añadidas.

Tal como se observa la Sala considera que si comprador y vendedor están en igualdad de condiciones, el comprador debe realizar todo lo que este a su alcance para evitar ser estafado, de lo contrario deberá asumir las consecuencias de su comportamiento negligente; ello, además, implica mandar un mensaje peligroso a la sociedad, pues si estafador y estafado están en condiciones culturales, sociales y de conocimiento similares, el estafador no debe preocuparse, es responsabilidad de la víctima no dejarse estafar<sup>25</sup>.

Por otra parte, debe decirse que es motivo de preocupación el hecho de que la Sala en una labor de interpretación que puede resultar bastante discutible, incorpore al tipo penal de Estafa elementos que no se derivan del mismo, esto es, que la víctima -por sus condiciones sociales, culturales, de formación académica-, se encuentra en condiciones de entender cabalmente los pormenores del negocio jurídico y, por lo mismo, se constituye en garante de que no vaya a ser estafado, con lo cual por vía jurisprudencial se incorporan nuevos elementos a la descripción legal como si los jueces se tornaran en legisladores.

Además, la tentativa de interpretación que se realiza desconoce uno de los principios fundamentales de la actividad comercial y del mundo de los negocios, cual es la buena fe que -tal como señala el Profesor PEÑA NOSSA, se entiende como el “modo sincero y leal con que procede en los negocios y convenciones aquél que no pretende engañar a las personas con quienes lo celebra; convicción en que se halla una persona de que se hace o posee alguna cosa con derecho. Lealtad, respeto a la palabra empañada. El principio de la buena fe, que debe presidir las vinculaciones y negocios mercantiles, remite a la validez de los actos jurídicos en cuanto estos encuentran sustento en su aplicativa práctica (von Thur)”<sup>26</sup>. Es que en las relaciones comerciales opera el principio de la buena fe -presumida constitucionalmente<sup>27</sup>, en el Código Civil<sup>28</sup> y en el Código de Comercio<sup>29</sup> como postulado fundamental en el desarrollo de los negocios jurídicos- y el Estado no puede pretender que el agente tenga que suponer lo contrario: la mala fe de los demás, máxime que cuando -para volver sobre el caso que motivó la decisión- se compra un

<sup>25</sup> Esta posición se reitera en providencia del once de noviembre 2009, radicado: 32398, M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS.

<sup>26</sup> Así, PEÑA NOSSA, LISANDRO: *De los contratos mercantiles. Negocios del Empresario*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, Ecoe Ediciones, 2003, pág. 49.

<sup>27</sup> Véase art. 83 de la Carta Fundamental: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

<sup>28</sup> En el art. 1603 dispone: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenece a ella”.

<sup>29</sup> En el art. 863 señala: “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se le causen”; y, adicionalmente, el art. 871 establece: “Buena Fe contractual. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

vehículo se realiza un negocio jurídico de buena fe y no, en los términos del Derecho penal que propugna la Sala de Casación Penal, cuando exige que se presuma lo contrario, incluso en el caso de los comerciantes que –todavía hoy- realizan negocios de palabra, a pesar de que ella ya no tenga el valor de otras épocas.

Pero así como frente al Delito de Estafa, la Sala de Casación Penal pone a la víctima en una condición de garante, otro tanto ocurre frente al delito de usura en la providencia que motiva este comentario que, también, pretende incorporar un nuevo elemento a la descripción típica contenida en el art. 305 del C. P., cuando se trata de analizar la conducta –como se desprende de la narración de los hechos que ocupan al alto tribunal- de una persona que presta dinero por el conocido sistema del cuentagotas a topes usurarios. Por eso, se señala: “...en términos generales *debe decirse que si la víctima ha solicitado a quien no es habitual prestamista, un préstamo de dinero ocasional que no proviene de la necesidad de paliar acuciantes necesidades y directamente manifiesta su intención de pagar un interés superior en el doble al corriente, en principio ningún delito se comete, o mejor, este carece de la nota puntual de antijuridicidad, simplemente porque aquí lo reputado es que quien tiene pleno poder dispositivo sobre sus bienes, ha decidido buenamente otorgar una bonificación asaz generosa a su contraparte.* /Desde luego, en el ejemplo relacionado ninguna afectación se presenta respecto del orden económico y social, sencillamente porque no se trata de que el ocasional prestamista busque reemplazar en esa función al sistema financiero o que la economía pueda colapsar por ese solo hecho. /Y tampoco sucede que se vulnera el bien personal, precisamente porque en este caso es la liberalidad y no la necesidad la que impone el pago excesivo de intereses”. Es más, añade: “De igual manera, para continuar con el examen de la posición de la víctima en el delito, si ésta, conociendo los efectos de la denuncia por el delito de usura, desde un comienzo solicita el préstamo, segura de que no lo pagará una vez denunciado el prestamista, tampoco puede hablarse de la existencia completa de la ilicitud, por la obvia razón que el mismo se halla desnaturalizado desde su comienzo. En suma, la conducta reclama, para su perfeccionamiento, de una efectiva o potencial afectación a los bienes jurídicos tutelados, ora por la actividad continua de quien realiza el préstamo, ya en atención a los motivos que compelen al prestatario a pagar el alto interés”.

Naturalmente, resulta preocupante que se incluya como elemento del aspecto objetivo del tipo de usura el que la víctima deba solicitar el dinero para “paliar acuciantes necesidades”, pues si una persona solicita un préstamo de dinero a topes usurarios para otra actividad –por ejemplo, quiere remodelar su propiedad-, no se estaría cometiendo ese ilícito. La razón es clara: el dinero no se requería para paliar una necesidad que pueda considerarse acuciante, esto es, apremiante o urgente, en los términos subjetivos, vagos e imprecisos, en que se moldea el susodicho concepto por parte de los jueces. Por otra parte, olvida la Sala de Casación Penal que la norma penal debe ser tipificada de manera clara y sencilla para que todos los ciudadanos puedan

conocerla y entenderla y que, de una lectura desprevenida del artículo 305, se desprende que la conducta se tipifica cuando se cobren -a cambio de préstamos de dinero- intereses que excedan en la mitad del interés bancario corriente; desde luego, en ningún momento se exige que quien solicite el dinero deba ser consciente de que solo cuando el préstamo se solicita para poder cubrir una necesidad extrema pueda exigir que no se le cobren intereses por encima de lo permitido legalmente. Preocupa, pues, que tanto en el delito de estafa como en el de usura, se ponga a la víctima en una posición en virtud de la cual -dependiendo de su condición- su actividad termine por conllevar la atipicidad de esas conductas: en el primer caso, cuando al no haber tenido el cuidado correspondiente permitió que se le estafara; y, en el segundo, al haber solicitado un préstamo en condiciones que para nuestra máxima corporación judicial nunca serán constitutivas de ilícito, como son aquellas no calificables de extrema necesidad y, además, a quien habitualmente no es prestamista.

Para decirlo de otra manera: parece ser que la Sala de Casación Penal -alejada de la realidad social- pretende que todos los miembros del colectivo social deben estudiar Derecho Penal antes de realizar un negocio jurídico porque, previo al mismo, deberán conocer los elementos constitutivos de las correspondientes descripciones típicas contenidas en la Ley Penal, pero que son incorporados por la voluntad del juez. Por ello, es oportuno recordar al maestro Cesare Beccaria quien -en pleno auge de las monarquías absolutistas; y Colombia no está lejos de que su sistema judicial sea como el de aquellas- reclamaba que el juez no interpretara la norma para no dejar espacio a la arbitrariedad<sup>30</sup>.

Probablemente, la construcción académica que intenta la Sala obedezca a su acercamiento a las posturas funcionalistas radicales que dan prevalencia al sistema sobre el hombre, a la norma sobre el bien jurídico, y para las cuales la responsabilidad penal se edifica a partir de la defraudación de expectativas acorde con el rol que se desempeña. No obstante, ese no es el Derecho Penal que ha proclamado la Constitución dentro de su programa penal por lo cual debe ser rechazado.

---

<sup>30</sup> Señalaba BECCARIA: "Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores. Los jueces no han recibido las leyes de nuestros remotos antepasados como una tradición de familia, o como un testamento que no dejase a los sucesores más que el cuidado de obedecer" y postulaba que si se dejase al juez interpretar la ley "El espíritu de la ley sería pues, el resultado de una buena o mala digestión, dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad de quien sufre, de sus relaciones con el ofendido y de todas aquellas minúsculas fuerzas que transforman las apariencias de cada objeto en el ánimo fluctuante del hombre. Veríamos, por consiguiente, la suerte de un ciudadano cambiar muchas veces según fuera pasando por diversos tribunales, y las vidas de los desdichados ser víctimas de los falsos raciocinios o del ocasional fermento de los humores de un juez, que tomaría por interpretación legítima el vago resultado de toda aquella confusa serie de nociones que le agitaban la mente" (Cfr. BECCARIA, CESARE: *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Editorial Temis, 1990, páginas 7 y 8.

**D. CONCLUSIÓN.** Para terminar, pues, debe decirse que preocupa la inseguridad jurídica que se genera para la sociedad cuando a discreción de los jueces el proceso de interpretación de la norma penal posibilita que se incorporen nuevos elementos a los tipos penales. Genera angustia que en una época como la actual, en pleno siglo XXI, este tipo de construcciones abra la compuerta para que el delincuente pueda actuar con tranquilidad y desde el plano de una Política Criminal -que debiera ser aquella acorde con lo que es un Estado Social y Democrático de Derecho- se le termine señalando a la sociedad que lo importante ya no es actuar de buena fe sino que cuando se es víctima hay que cuidarse porque, en caso contrario, pagará las consecuencias del delito y -lo que más grave- el delincuente quedara con la tranquilidad de que es la propia interpretación realizada por los jueces, la que termina privilegiando su condición sobre la de quien -de buena fe- realizó un negocio o solicitó un dinero que requería. Valdría, pues, la pena que nuestros supremos jueces al intentar sus construcciones académicas no obraran en contravía de los propios principios del derecho que aplican y, por supuesto, de la realidad social cosa que, por desgracia, parece que acaece en la sentencia que es objeto de comentario y que como se ha dicho también pretende volver a la víctima un sujeto que actúa en posición de garante.