

La costumbre hace derecho. Adecuación social en la descriminalización de conductas: Caso de la Usura en Cartagena de Indias

Custom makes law. Social adaptation in the decriminalization of conducts: The case of Usury in Cartagena de Indias

Edgardo Manuel Serpa Sua¹ & Carolina García Tarrá²
Universidad de Cartagena



Para citaciones: Serpa Sua, E., & García Tarrá, C. (2024). La costumbre hace derecho. Adecuación social en la descriminalización de conductas: Caso de la Usura en Cartagena de Indias. *Revista Jurídica*, 21 (1), 8-21.

Editor: Tatiana Díaz Ricardo. Universidad de Cartagena-Colombia.

Copyright: © 2024. Serpa Sua, E. & García Tarrá, C. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la licencia [Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivados 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/) la cual permite el uso sin restricciones, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre y cuando que el original, el autor y la fuente sean acreditados.



RESUMEN

En el presente artículo, se realizó una investigación sociojurídica de enfoque mixto (cualitativa-cuantitativa), a partir de la problemática de cuál debe ser el tratamiento jurídico-penal de la usura dentro del circuito judicial de Cartagena de Indias, Colombia, teniendo en cuenta los usos y costumbres de la región. Se aplicó como herramienta metodológica, el análisis documental de la doctrina y jurisprudencia relevante; y la encuesta, como medio para determinar la percepción social y la usanza de la usura en la población cartagenera. De esta manera, se identificó la relevancia jurídico penal de la *teoría de la adecuación social*, a efectos de establecer la tipicidad de un comportamiento; además, se estableció la frecuencia con la que las personas de Cartagena hacen prestamos con una tasa de interés por encima de lo legalmente permitido; y, finalmente se analizó la teleología del delito de usura contrastándola con las razones que motivan a las personas de este territorio a hacer prestamos de dicha índole. De lo anterior se obtuvo que la adecuación social de un comportamiento descarta el reproche social del mismo y, en consecuencia, se deslegitima el reproche jurídico penal, tal como sucede con la usura y su usanza por parte de las personas encuestadas.

Palabras clave: adecuación social; imputación objetiva; préstamo; usura.

ABSTRACT

In this article, a socio-legal research of mixed approach (qualitative-quantitative) was conducted, starting from the problem of what should be the legal-penal treatment of usury within the judicial circuit of Cartagena de Indias, Colombia, taking into account the uses and customs of the region. As a methodological tool, the documentary analysis of the relevant doctrine and jurisprudence was applied; and the survey, as a means to determine the social perception and usury usages in the population of Cartagena. In this way, the criminal legal relevance of the theory of social adequacy was identified, in order to establish the typicality of a behavior; in addition, the frequency with which the people of Cartagena make loans with an interest rate above what is legally permitted was established; and, finally, the teleology of the crime of usury was analyzed, contrasting it with the reasons that motivate the people of this territory to make loans of this nature. From the above, it was obtained that the social

¹ Egresado del programa de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Investigador adscrito al grupo de investigación Forseti. Coordinador del Semillero de Investigación Germinación-Tutela Penal, liderado por el Doctor Álvaro Salgado González. manuelserpasua@gmail.com

² Egresada del programa de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Investigadora adscrita al grupo de investigación Forseti. Coordinadora del Semillero de Investigación Germinación-Tutela Penal, liderado por el Doctor Álvaro Salgado González.carolinagarcia329@hotmail.com

appropriateness of a behavior rules out its social reproach and, consequently, the criminal legal reproach is delegitimized, as it happens with usury and its usance by the people surveyed.

Keywords: loan; objective imputation; social appropriateness; usury.

Introducción

El gran problema de las ciencias sociales se enmarca en el plano de la epistemología, en la imposibilidad de crear conocimiento constatable empíricamente, además de reproducible en el tiempo, lo cual ha generado decaimiento de la producción académica. Todo esto, a partir de la premisa que lo único que produce conocimiento "verdadero"³, son los métodos y metodologías de las ciencias exactas.

Estos postulados tuvieron fuertes repercusiones dentro del plano de la teoría del derecho penal: En Italia se dio el abandono de los postulados carrarianos, por ser tachados de abstractos e inverificables empíricamente (Agudelo, 2018), dándose así, paso al desarrollo de las teorías biologistas abanderadas por la Escuela Positiva del derecho penal, en donde imperaba el método científico, relegándose la política criminal a manos de médicos. El caso de Alemania no fue tan extremo, seguramente porque aprendieron de los yerros de sus colegas italianos, quienes vaciaron la esencia misma de derecho, al derecho penal (Rocco, 2009); para los alemanes lo importante era crear un método del derecho penal, lo cual efectivamente hicieron mediante la teoría del delito, la cual, en aplicación del método analítico, tomaba su objeto de estudio (la conducta punible) y lo analizaba concretamente por tres fracciones: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

El problema con la inicial teoría del delito alemana, la cual alcanzó hasta los neokantianos, es que pretendía ser universal e impersonal, dado que continuaba la pretensión de proximidad a las ciencias denominadas como exactas. Evidentemente, estos postulados eran problemáticos, dado que ignoraban la relación inescindible existente entre el derecho y la evolución histórica de los pueblos. La aceptación de esta última premisa se le conoce como escuela histórica del derecho.

No fue hasta Welzel que el derecho penal adoptó una postura intermedia, en donde se toma como objeto de estudio la norma, pero en compaginación a los valores y realidades sociales imperantes en una comunidad. Si en algo la escuela de Kiel tenía razón, demostrando superioridad en ese punto frente a las premisas neokantianas, es que cada Estado debe tener un derecho penal que obedezca sus propias realidades sociales, renunciándose, así, a la pretensión de universalidad del método (Zaffaroni, 2017).

³ Entiéndase lo verdadero desde el punto de vista filosófico, es decir, el conocimiento reservado para los dioses, también conocido como logos.

Ya en la moderna teoría del delito, se acepta la existencia de diversos sistemas jurídicos, nutridos, a su vez, de elementos contextuales e históricos propios de cada sociedad. En el caso de Colombia, se evidencia como la misma Constitución, en el artículo 246, acepta el pluralismo jurídico, posibilitando la existencia de diversos sistemas jurídicos dentro del Estado colombiano, como lo es la Jurisdicción Especial Indígena, quienes ejercen autónoma e independientemente su jurisdicción, a partir de sus usos y costumbres.

El fundamento de dicha prerrogativa está encaminado a la aceptación constitucional de la diversidad cultural en Colombia, teniéndose que este pluralismo social no solamente existe, en el plano material, frente a las comunidades indígenas, sino que la realidad colombiana enseña que cada región tiene sus propios usos y costumbres, los cuales forman parte de su identidad.

Es un hecho notorio que en Colombia, una de las principales problemáticas transversal en todo el país, es la concerniente a las necesidades económicas, dicha problemática se agudiza en la región Caribe y sobre todo en el departamento de Bolívar, en donde se estima que casi el 50% de sus pobladores viven en pobreza monetaria (El Espectador, 2022), lo que ocasiona, en procura del cumplimiento de sus obligaciones o debido a la decisión de adquirir productos o servicios, que las personas hagan usos de los llamados “gota a gota” o prestamistas, quienes usualmente cobran una tasa de interés superior a la permitida por la Superintendencia Financiera, siendo este último un comportamiento catalogado como delictivo.

Teniendo en cuenta este panorama, surge la **pregunta problema**: ¿Cuál debe ser el tratamiento jurídico-penal del delito de usura dentro del circuito judicial de Cartagena de Indias, Colombia, a partir de los usos y costumbres de la región? Dado así el cuestionamiento genitorio, se propone como **objetivo general**: Determinar las implicaciones del tratamiento jurídico-penal del delito de usura dentro del circuito judicial de Cartagena de Indias, Colombia, a partir de los usos y costumbres de la región. Para la consecución del anterior, se han planteado los siguientes **objetivos específicos**: (I) Identificar la relevancia jurídico-penal de la adecuación social frente a la constatación de existencia de una conducta punible; (II) Establecer la frecuencia en que la población cartagenera hace uso de préstamos con intereses superiores a los establecidos por la Superfinanciera; (III) Analizar la teleología que nutre la criminalización de la usura, en contraste a las razones que motivan la adquisición, o no, de préstamos con intereses superiores a los establecidos por la Superfinanciera, por parte de la población cartagenera.

Mostrado dicho sendero, se tiene que esta investigación es de carácter sociojurídica, encausada dentro del método mixto, es decir, es tanto cualitativa como cuantitativa. En tanto al aspecto metodológico, se realizó una división en dos esferas, una encaminada a la investigación jurídica, en donde se hizo uso del análisis documental, y la otra encausada en la investigación sociológica, en

donde se echó mano de encuestas con preguntas abiertas y cerradas, de elaboración de los autores, que se pueden concretar así:

Tabla 1. Encuesta sobre la usura

Preguntas	Tipo de preguntas/opciones de respuesta
Indique su nivel de escolaridad	Cerrada: a. Ninguno; b. Primaria; c. Bachillerato; d. Técnico; e. Tecnólogo; f. Profesional; g. Posgraduado
Zona en la que vive	Abierta: a. Cartagena; b. Turbaco; c. Otro (especificar)
Nombre del barrio en el que vive	Abierta
Estrato en el que vive	Cerrada: a. 1; b. 2; c. 3; d. 4; e. 5
En la actualidad a qué se dedica	Abierta: a. Estudios escolares; b. Estudios universitarios; c. Trabajo; d. otro (especificar)
Si su opción anterior fue "trabajo", indique cuál	Abierta
¿Alguna vez ha prestado dinero por encima del 7% ⁴ de interés mensual?	Cerrada: a. Sí; b. No
Si la respuesta anterior fue sí, ¿Qué lo llevó a realizar ese préstamo?	Abierta
Si la respuesta anterior fue sí, ¿Por qué no acudió a una entidad financiera para realizar el préstamo?	Abierta
¿Conoce a alguien que haya prestado dinero por encima del 7% de interés mensual?	Cerrada: a. Sí; b. No
Si la respuesta anterior fue sí, ¿Sabe la razón por la que esa persona decidió acudir a ese préstamo?	Abierta
Si usted es de las personas que ha prestado dinero por encima del 7% de interés mensual ¿Volvería a hacerlo?	Cerrada: a. Sí; b. No

Fuente: elaboración de los autores.

El aspecto sociológico de la investigación se hizo en base a un muestreo no probabilístico; tomándose como sujetos de estudio a la población cartagenera, la cual es de 1'028.736 habitantes (DANE, 2020). Para determinar el tamaño de la muestra se utilizó la siguiente fórmula⁵: $m = \frac{N}{(N-1)k^2+1}$ siendo que, una vez reemplazados los valores, arroja que la muestra debe de ser de 99.990372 personas, pero que, aplicando la ley matemática del techo, se traduciría en 100 habitantes de Cartagena.

En lo que se refiere a fuentes, se toman como primarias, desde el aspecto jurídico, los textos bibliográficos que traten la problemática desde la óptica del derecho penal, así como providencias dictadas por las diferentes altas corporaciones nacionales, principalmente la Sala Penal de la Corte Suprema de

⁴ Se toma el 7% dado que, consultada la tasa máxima de intereses permitida por la Superintendencia Financiera, encontramos que dentro de un periodo de 10 años nunca supero el 7% mensual.

⁵ En donde "m" es igual a muestra, "N" a población o universo y "K" margen de error, para la presente investigación se acepta un margen de error del 10%.

Justicia y la Corte Constitucional. En lo que se refiere al aspecto sociológico, se toman como fuentes primarias los datos obtenidos de la realización de las encuestas, y como fuentes secundarias, la bibliografía sociológica o sociojurídica que traten sobre el tema.

I. La adecuación social dentro del derecho penal: imposibilidad de punibilidad por falta de lesión social

El derecho penal se encuentra caracterizado como el ejercicio de violencia legitimada jurídicamente, lo que posibilita que un Estado ejerza en contra a sus asociados una desembocadura tal de fuerza que desencadene en la violación de derechos fundamentales como la libertad, sin que dicha conducta pueda ser encuadrada como violatoria del *ius cogens*. Ahora bien, ¿Qué es lo que le permite a un Estado la criminalización de conductas?, dicho interrogante termina siendo el problema más grave al que se enfrentan las teorías jurídico-penales, más aún si se quiere construir academia a partir de la concepción de protección de derechos fundamentales, en donde la finalidad del sistema es la eventual restricción de los mismos por medio de las sanciones penales.

De todas formas, algunos pensadores han tenido la gallardía para afrontar el reto de dicho cuestionamiento, enfocando sus elucubraciones a partir de lo que ellos consideran que es la misión o finalidad del derecho penal; estas posturas pueden ser sintetizadas en tres: (I) La primera aboga que “la misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social” (Welzel, 2015, p. 21); (II) Por otra parte, la segunda postula que el “cometido del Derecho Penal (...) [es la] protección subsidiaria de bienes jurídicos” (Roxin, 2010, p.51); y la tercera, en contraposición con lo anterior, dicta que, en lo referente al derecho a punir, “Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma” (Jakobs, 1997, p.13).

Independiente de las diferencias conceptuales que traen consigo estas formas de legitimar la existencia del derecho penal, se rescata un rasgo común, y es basarse en lo observado a partir de la aceptación de una realidad social, lo que da atisbos de variabilidad de la concepción de *injusto*, permitiendo la cabida a la posibilidad de maleabilidad del sistema penal en atención a lo socialmente dado, permitiendo, por ende, la cabida a la adecuación social.

A continuación, se verá el desarrollo teórico penal del mismo.

Welzel, es sin duda uno de los referentes más importantes para el derecho penal alemán y latinoamericano, constituyéndose como el padre del finalismo. Construyó su teoría durante los debates con los neokantianos, postulando la naturaleza histórico y social de los tipos penales (Welzel, 2015).

El giro sugerido por Welzel es consecuencia de una concepción del derecho penal que puede ofrecer reparos en el marco de una Constitución que garantiza el pluralismo y la libertad ideológica y religiosa, así como el libre desarrollo de la personalidad (Bacigalupo, 2014, p. 45)

Dentro de sus postulados, y partiendo de su concepción misma del derecho penal, este autor plantea la imposibilidad de generar un juicio de reproche a conductas que se encuentren adecuadas socialmente⁶, aun cuando las mismas han sido generadoras de daños a bienes jurídicos, dado que este tipo de acciones quedan subsumidas dentro del estado normal de la libertad social (Welzel, 2015), y por ende no generan reproche social, quedando deslegitimado el reproche penal (Reyes, 1994).

Estos postulados, tal vez de manera desapercibida, fueron encontrando cobijo posteriormente dentro de la llamada *sociología sistémica*, encabezada por Niklas Luhmann, quien estableció al derecho penal como un subsistema adscrito al sistema social; para este sociólogo:

[la] Adecuación significa tan sólo que se logre la transformación conceptual del problema al sistema jurídico. Como sistema funcionalmente inserto a posteriori y constreñido a tomar una decisión, el sistema jurídico no puede reflejar dentro de sí ni toda la complejidad ni las formas de abstracción fundamentales de la sociedad [...]. Por ello el criterio de la adecuación solamente se puede referir a las reducciones con las que el sistema jurídico desarrolla su función específica en toda la sociedad, siempre que se le requiere. (1983, p. 98)

Esta concepción, desde lo sociológico, posteriormente vuelve a tener relevancia jurídico-penal con los postulados de Jakobs (1995), quien, tomando como base, tanto a su maestro Welzel como a Luhmann, concluye que:

lo socialmente adecuado, especialmente también cuando aparece en forma del permiso de un riesgo, no queda legitimado por la referencia al Derecho, sino es legitimado de manera histórica, es decir, por haber madurado tal como es. Es interpretado, definido en sus rasgos más finos y redondeado jurídicamente. En parte, ellos tienen lugar, como veremos, incluso a través de normas jurídicas, pero el derecho no tiene más que esta función auxiliar (p.41)

Estas premisas sirvieron como base conceptual para la creación y desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva (Cancio, 2022), siendo que esta última es un producto del funcionalismo y posfuncionalismo, pero que se encuentra cimentada en una base finalista de lo socialmente adecuado. Jakobs (1997) le da tanta relevancia a este postulado que al momento de referirse a las instituciones en donde no es predícale la aplicación de la imputación⁷ menciona que “no son sino desarrollos de la adecuación social”(p. 225)

De otra postura, aunque sin distanciarse mucho del formato, Roxin (2010) establece que la adecuación social no opera por sí sola como elemento negativo a la tipicidad o la antijuridicidad o la culpabilidad, sino, más bien, que

⁶ Cabe resaltar que para Welzel (2015), “las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los marcos de la libertad de acción” (p.99)

⁷ Se hace referencia a los de la imputación objetiva, a saber: riesgo permitido, principio de confianza, acciones a propio riesgo, prohibición de regreso

su forma muta en instituciones ya preexistentes dentro de la dogmática penal, ya sea como error de prohibición, estado de necesidad inculpante o simplemente una ausencia de antijuridicidad. Siendo entonces que para Roxin, la teoría de adecuación social persigue, correctamente, la intensión de eliminar el tipo de injusto, pero no lo hace como elemento especial, sino dependiente.

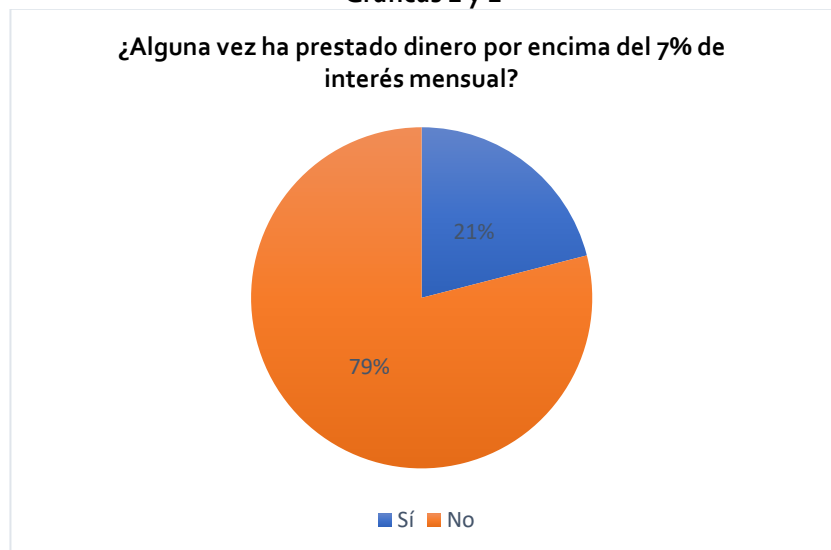
Aun así, independientemente a las posturas, lo cierto es que la constatación de la realidad social sí resulta relevante, siendo que el criterio de adecuación social no *muere* con los postulados de Welzel, sino que es adoptado y desarrollado de forma divergente a partir del autor, pero nunca cayendo en el desuso.

En el ámbito del derecho penal colombiano, la jurisprudencia ha tenido interpretaciones ambivalentes, en algunos pronunciamientos no reconoce a la adecuación social como forma de eliminar la tipicidad (Corte Suprema de Justicia, SP5356-2019, 2019), como en otros sí la reconoce como elemento negativo del tipo (Corte Suprema de Justicia, SP2920-2021, 2021). No obstante, lo indiscutible, es que, dada la inmensa diversidad cultural existente en Colombia, y dada la necesidad de vinculatoriedad del derecho al contexto social e histórico, surge como imperante que se dé uso de dicho postulado de adecuación social en procura de la garantía del principio de culpabilidad.

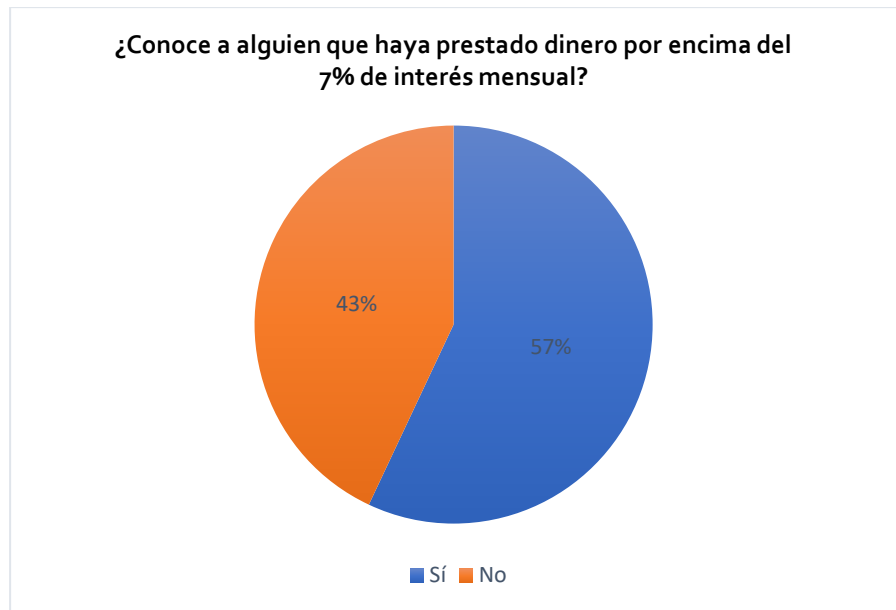
II. Frecuencia del comportamiento denominado como “usura” en Cartagena de Indias

Para medir este aspecto, se aplicó la investigación sociológica, realizándose encuestas a 100 habitantes de Cartagena, por lo tanto, se tomó la muestra, en consideración a la población cartagenera, que brinda una fiabilidad de los resultados investigativos del 90%⁸. Véase los datos más relevantes:

Graficas 1 y 2



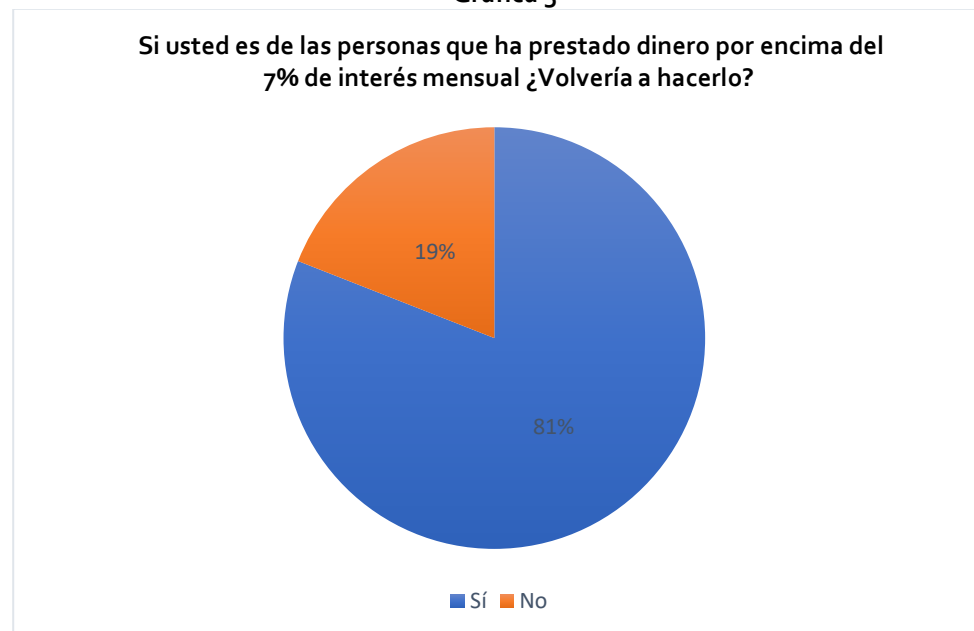
⁸ Cabe mencionar que existe la pretensión de aumentar el grado de certeza de la investigación, por lo que se pretende pasar del 90% al 95%. Pero para ello, según la fórmula de muestras, se requiere realizar 400 encuestas, por lo tanto, queda como trabajo futuro para el proyecto de investigación.



Fuente: elaboración de los autores con base en las encuestas realizadas a los habitantes de la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia.

En principio, estos datos generan cierto interés, dado que aun cuando la mayoría de personas refiere no haber hecho uso de préstamos con intereses superiores al 7%⁹, un alto porcentaje refiere conocer a otros que sí lo han hecho, lo que hace suponer que esta práctica tiende a habitualizarse. Pero más interesante aún son los siguientes datos:

Gráfica 3



Fuente: elaboración de los autores con base en las encuestas realizadas a los habitantes de la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia

⁹ Situación que seguramente se debe a que la mayoría de los encuestados eran personas jóvenes que cursaban estudios universitarios.

En esta grafica se muestra que la gran mayoría de personas que han hecho uso de préstamos con intereses superiores a lo legalmente permitidos, están dispuestos a volver a ellos, lo que induce a pensar que se vuelve una práctica habitual, aceptada por los usuarios de la misma en la ciudad de Cartagena¹⁰.

III. Entre el deber y el ser de la Usura

La usura es de origen antiquísimo, ya en la Biblia, en Proverbios 28:8, se leía cómo esta práctica era vista con malos ojos. Sin embargo, dado que los motivos religiosos no son valederos en un Estado Social y Democrático de Derecho, se procederá a observar las razones por las que el legislador elevó ese comportamiento a la categoría de delito.

Teóricamente, se entiende que la razón de ser de la usura es el abuso de la necesidad sobre quien acude a la misma en procura de solventar sus menesteres, en este sentido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (2009) ha referido:

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 (Rad. 30925)

Ahora bien, frente a esta teleología, se evidencia la existencia de aporías, en primer lugar, se encuentra un defecto en el posicionamiento del tipo penal, dado que la defensa de la existencia del tipo penal es cimentada a partir del abuso de la necesidad de quien acude a estos préstamos, no es lógico ni razonable que se encuentre dentro de los delitos contra el orden económico y social, en donde el Estado es el titular del bien jurídico, en vez de ser posicionado como una forma de defraudación¹¹, delito contra el patrimonio económico; además, en la jurisprudencia referenciada la Sala estipula la *necesidad* como un elemento subjetivo del tipo penal¹², opinión que no encuentra asidero legal, dado que una vez estudiada y analizada la estructura del tipo penal, se concluye que el supuesto factico contenido en la descripción legal carece del mentado ingrediente, violando así el principio de legalidad y tipicidad estricta, quebrantando las bases democráticas de nuestro sistema jurídico.

Por otra parte, interpretando la existencia del delito a partir del bien jurídico que pretende proteger y tomando en cuenta la antijuridicidad del mismo desarrollada por la Sala Penal, esta conducta será lesiva, poniendo en peligro o

¹⁰ En el desarrollo de entrevistas, las cuales lamentablemente no pudieron ser grabadas, algunas personas referían que la penalización de la usura era un absurdo, dado que truncaba la autonomía negocial privada.

¹¹ Como puede ser el abuso de condición de inferioridad, artículo 251 del Código Penal.

¹² “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” (Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, 2009)

afectando el orden económico o social, cuando el “prestamista busque reemplazar en esa función al sistema financiero o que la economía pueda colapsar por ese solo hecho” (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Rad. 30925, 2009), siendo entonces que la justificación por el abuso de necesidad queda desacertada, puesto que, lo que en realidad se pretende proteger, es el sistema financiero, el cual, dada su complejidad y masividad solo puede ser afectado, efectivamente, por macro-emporios financieros o entidades multinacionales, pues es un imposible lógico creer que un particular que realice prestamos de baja intensidad, el cual no cuenta con un poder económico o financiero equiparable a una entidad financiera, pueda, siquiera, poner en peligro al sistema financiero.

Igualmente es desatinado que el delito, según lo establecido en el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, sea de naturaleza querellable, en la medida que, si el titular del bien jurídico es el Estado, y por ende la víctima del mismo, se supondría que él debería ser el querellante legítimo, sin embargo, surge el interrogante de qué agente del Estado puede presentar esa querrela, y bajo qué concepto: Así pues, siguiendo los parámetros del Código de Procedimiento Penal deberíamos afirmar que debería ser el presidente por ser ésta el representante del Estado, quedando en entre dicho hasta qué punto dicho agente tiene la posibilidad de conocer la existencia del reato respectivo, por lo que sería necesaria una investigación, lo que generaría en el fondo, una trasmutación de su naturaleza delictiva a oficioso, pero con la existencia de caducidad.

Para efectos de la presente investigación, obsérvese algunos datos recolectados¹³ dentro de la ciudad de Cartagena:

Tabla 2. *Motivos por los cuales las personas deciden acceder a préstamos con tasas de interés superiores a las legalmente permitidas*

Motivación para el uso del préstamo	Número de respuestas afines al motivo
Por necesidad	31
Rapidez/poca tramitología	15
Problemas con el sistema financiero	14

Fuente: elaboración de los autores con base en las encuestas realizadas a los habitantes de la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia

De las respuestas recibidas, en constatación con la doctrina, surgen algunos elementos a resaltar: en primer lugar, muchas de las respuestas motivadas por la necesidad estaban encaminadas a suplir únicamente necesidades, por decirlo de alguna forma, no tan graves, algunas encaminadas a compra de útiles, pago de facturas o de arriendo, quedando como problema jurídico en dado caso, dilucidar cuál es la “necesidad” que resulta jurídico-penalmente relevante. Se resalta igualmente cómo un alto porcentaje de las motivaciones no fue la necesidad, si no problemas relacionados al sistema financiero, ya sea

¹³ Estos datos son obtenidos de las respuestas dadas a la pregunta “Si la respuesta anterior fue sí, ¿Sabe la razón por la que esa persona decidió acudir a ese préstamo?”

la lentitud de los procesos, o la imposibilidad de acceder a los préstamos por precaria vida crediticia o el estar reportado en las centrales de riesgo.

En definitiva, la relación teleología vs. realidad más que claridad, solo mostró ambigüedades del sistema.

IV. Conclusiones

Se evidenció que la dinámica, así como la epistemología que nutre el derecho penal, ha sido sometida a múltiples cambios, esto ha permitido el desarrollo y evolución de las ciencias penales. A pesar que se ha dado un largo y hondo trasegar sobre la fundamentación y legitimidad del accionar del poder punitivo del Estado, resalta a la luz un hecho notorio: El derecho penal está supeditado a las condiciones y realidades sociales imperantes en el entorno en donde pretende ser aplicado. Por lo tanto, el derecho penal es histórico y, en consecuencia, cambiante y dúctil.

Por otro lado, del análisis documental y de la investigación sociojurídica adelantada se puede colegir que:

- (I) la teoría de la adecuación social, es un postulado que ha transigido por el tiempo, sobrepasando las barreras de las modernas escuelas del derecho penal y en la actualidad formando parte integral de los fundamentos de la teoría de la imputación objetiva, a partir de los postulados sistémicos de entendimiento de la sociedad, creando así parámetros de riesgos jurídicamente permitidos, fundiéndose así a las instituciones que descartan el tipo objetivo y que en consecuencia, degeneran en la atipicidad del comportamiento investigado, esto se da en razón a que el Estado no tiene legitimación para reprochar jurídicamente penalmente aquellas conductas que no generan reproche social, siendo que entonces no se legitima propiamente por la vía del derecho el comportamiento sino por el transcurrir del tiempo y la historicidad;
- (II) Además, debido a la inescindibilidad del derecho con el contexto social e histórico, la teoría de la adecuación social se erige como una garantía al principio de culpabilidad, además de como agente materializador de la fragmentariedad que debe nutrir todo sistema punitivo.
- (III) Ahora bien, de las encuestas realizadas a la “muestra representativa” de habitantes de la ciudad de Cartagena, Colombia, se obtiene como resultado que el comportamiento de la usura, tiende a ser socialmente permitido por la población de este territorio, siendo que, incluso, quienes han recurrido a estos préstamos, volverían a hacerlo.
- (IV) Así, en teoría, el fundamento teleológico del delito bajo estudio va dirigido al castigo del usurero por abusar de la necesidad económica del prestatario. No obstante, esto no se acompasa con su posicionamiento dentro del Código Penal pues en vez de estar ubicado en el capítulo de delitos contra el patrimonio económico,

lo está como un delito que atenta prevalentemente contra el orden económico y social, siendo que su antijuridicidad material radica en que el “prestamista busque reemplazar en esa función al sistema financiero o que la economía pueda colapsar por ese solo hecho” (CSJ, 2009), lo cual hace del tipo confuso, siendo que su naturaleza de delito queréllale lo vuelve todavía más problemático, dado que no es concebible una inoficiosidad cuando el titular del bien jurídico es el propio Estado, requiriéndose entonces la querrela de un particular para iniciar la acción penal.

- (V) Por ende, la sola necesidad económica de las personas no es justificación de la sanción penal y tampoco es óbice para que la usura sea un comportamiento socialmente adecuado, y que por lo tanto pueda catalogarse como un riesgo socialmente permitido, descartándose así la tipicidad y, en consecuencia, la responsabilidad penal.
- (VI) De igual manera, se ve como inadmisibles la posibilidad de penalizar todo tipo de usura, puesto que la más común, no es capaz de superar el juicio de tipicidad por su imposibilidad de afectar, o siquiera poner en peligro, el bien jurídico que se pretende tutelar.
- (VII) Finalmente, con fundamento en todo lo anterior, el delito de usura en la ciudad de Cartagena, Colombia, debería ser un delito que no devenga en sanción penal dada la aceptación social del mismo, no obstante, en caso que se pretenda la penalización, se debe tener en cuenta la antijuridicidad, para concluir que aunque el delito no lo manifieste de manera expresa, su consumación solo estará supeditada a entidades del sistema financiero o personas naturales, o jurídicas, que cuenten con un poder económico parecido, de tal manera que se pueda establecer una puesta en peligro efectiva al orden económico y social.

Ahora, la pregunta sería ¿Cuántos jueces serán capaz de fallar de esta manera, aun teniendo el sentimiento social de su lado? Seguramente el fantasma del prevaricato jugará mucho a la hora de tomar la decisión.

Así pues, se observó como el derecho penal se enmarca dentro de las realidades sociales, por lo que solo queda traer a colación las palabras del Prof. Luis Greco:

Una política criminal que quiera producir efectos sobre la realidad, protegiendo efectivamente bienes jurídicos y garantizando la seguridad de los ciudadanos en frente del poder punitivo estatal, debe conocer la realidad sobre la cual irá a actuar. De lo contrario, no alcanzará los objetivos pretendidos, y todo el tiempo y esfuerzo invertidos no pasaran de ser un desperdicio. Por tanto, es el propio punto de partida político-criminal que exige el abandono de un abordaje exclusivamente normativista en favor de que se tomen en cuenta, también, datos de la realidad. (2021, p. 69)

Tal vez lo que se necesite en Colombia es una política criminal minimalista y de enfoque regional.

V. Referencias

- Agudelo, J. (2018). *Curso de derecho penal: esquema del delito*. Nuevo Foro Penal.
- Bacigalupo. (2014). *Derecho penal: parte general*. Hammurabi.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. (2009, 21 de mayo) Sentencia radicado 30925. [Sigifredo Espinoza Pérez, M.P.]
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. (2019, 4 de diciembre) Sentencia SP5356-2019. [Luis Antonio Hernández Barbosa M.P.]
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. (2021, 30 de junio) Sentencia SP2920-2021. [Hugo Quintero Bernate M.P.]
- DANE. 2020. *La información del DANE en la toma de decisiones de las ciudades capitales. Gobierno de Colombia*. <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/planes-desarrollo-territorial/030220-Info-Alcaldia-Cartagena.pdf>
- El Espectador. (2022). *En ocho departamentos de Colombia más de la mitad de sus habitantes son pobres*. El Espectador. <https://www.elespectador.com/economia/en-ocho-departamentos-de-colombia-mas-de-la-mitad-de-sus-habitantes-son-pobres/?outputType=amp>
- Greco, L. (2021). *La teoría de la imputación objetiva: una introducción*. Zela.
- Jakobs, G. (1995). *La imputación objetiva en derecho penal*. Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (1997) *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons.
- Luhmann, N. (1983). *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Centro de estudios constitucionales
- Pawlik, M; Seelmann, K; Burkhardt, B; Cancio, M; Stuckenberg, C; Kawaguchi, H; Murmann, U; Kubiciel, M; Neumann, U; Feijoo, B; Cornacchia, L; Ida, M; Frish, W; Jakobs, G. (2022). *Lo vivo y lo muerto en la teoría del delito de Hans Welzel*. Universidad Externado de Colombia.
- Reyes, Y. (1994). *Imputación objetiva*. Temis.
- Rocco, A. (2009). *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Temis.
- Roxin, C. (2014). *Derecho Penal Parte General: fundamentos la estructura del delito*. Thomson Reuters.
- Welzel, H. (2015). *Derecho penal alemán*. Ediciones Jurídicas de Chile.

Zaffaroni, E. (2017). *Doctrina penal nazi: la dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*. Ediar.