

LA USURA PENAL Y LA LESIÓN

Luis MOISSET de ESPANÉS

(Capítulo VI de la Sección Tercera de nuestra obra "La lesión y el nuevo artículo 954")

1. - Vinculación de ambas figuras

Hemos advertido en reiteradas oportunidades que la usura era caso de especie, dentro del género de los aprovechamientos lesivos. El estrecho parentesco que une a ambas figuras ha hecho que las fórmulas penales represivas del delito de usura sufrieran, a lo largo del devenir histórico, fluctuaciones semejantes a las que observamos en el campo del derecho civil, respecto a los textos destinados a combatir la lesión. Así, en algunas épocas vemos que para configurar el tipo penal se toma en cuenta primordialmente el elemento objetivo de la desproporción entre las prestaciones, llegándose incluso a fijar tasas de interés por encima de las cuales el acto deberá considerarse usurario, en marcado paralelismo con la figura civil de la lesión enorme, en la que bastaba la desproporción de "mas de la mitad", para lograr la invalidez del acto.

Y cuando los sistemas jurídicos se impregnan de liberalismo e individualismo, se produce un neto retroceso de la lesión en el campo civil, y en los códigos penales el delito de usura desaparece del catálogo de las figuras sancionadas¹. Pero, la engañosa ilusión de que se lograría la justicia dejando a los hombres absoluta libertad de contratar, se desvanece pronto y el derecho penal -aun antes que el derecho civil- se ve forzado a reemprender la lucha contra el aprovechamiento abusivo de las necesidades del prójimo, consecuencia de la desigualdad que existe entre los seres humanos, y los cultores de la ciencia criminalística realizan el esfuerzo de buscar nuevas fórmulas

¹ Ver "La lesión...", N° 130 a 133, p. 83 y ss., y Nos. 154-155, p. 99 y ss.

para combatir este flagelo de la humanidad.

Ahora bien, como la ilicitud está íntimamente ligada a la idea de culpabilidad, se advierte que no basta, para fundar una condena penal, la mera desproporción entre las prestaciones y esos análisis de los penalistas sacan a la luz los elementos subjetivos del aprovechamiento por parte del lesionado, y de la situación de inferioridad de la víctima, aspectos que aparecen quizás por primera vez en la historia en las leyes penales que sancionan varios cantones suizos, a mediados del siglo pasado².

Se trata de un aporte sumamente valioso que, a poco andar contribuirá a revitalizar la lesión en el campo del derecho civil, y hacerla reaparecer vestida con un nuevo ropaje.

2. - El derecho argentino

Nuestro código penal sufrió también la influencia del liberalismo y durante mucho tiempo la usura no figuró entre los delitos que reprimía; sin embargo, poco a poco comenzó a insinuarse una reacción y se sucedieron distintos proyectos tendientes a incriminarla³, que culminaron finalmente con la incorporación al código del artículo 175 bis, que analizaremos más adelante.

Procuraremos sistematizar esos antecedentes de acuerdo a las características más salientes de las fórmulas propuestas, según que: a) tomen solamente en cuenta el elemento objetivo de la desproporción; b) señalen la existencia de elementos subjetivos, pero den preferencia al aspecto objetivo; y c) se integren equilibrando los elementos objetivos y subjetivos.

a) **Fórmulas objetivas.**- En esta primera división podemos

² Ver nuestro "La lesión en los actos jurídicos", N° 131, p. 85 y N° 154, p. 99.

³ Para estudiar con más detalle este problema puede consultarse la excelente tesis de Eliseo D. BERGERO: "La usura individual en el código penal", Cuadernos del Inst. de D. Penal de Córdoba, N° 126, p. 45-181; en especial Capítulo II, punto 2, p. 87 y ss.

mencionar el proyecto de COLL Y GÓMEZ⁴, que se refería únicamente a los "intereses usurarios"; el presentado por el Poder Ejecutivo Nacional en 1953⁵, que incriminaba a los "intereses u otros beneficios de carácter patrimonial desproporcionados al préstamo realizado"; el proyecto del diputado LLORENS⁶, que hablaba de "intereses excesivos"⁷, y el del profesor cordobés José Severo CABALLERO⁸, que se refería a los intereses o ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas".

Podemos señalar todavía, dentro de estas fórmulas, una subdistinción entre aquellas que fijan de manera rígida los límites de la desproporción, como el proyecto Llorens, que estipula un tope máximo de intereses del 10% y aquellas otras normas que dejan a la apreciación del magistrado lo que debe considerarse "desproporcionado".

b) **Fórmulas objetivo-subjetivas** (con predominio del elemento objetivo). - En esta segunda categoría podemos incluir el proyecto presentado en 1959 por el diputado SILVEYRA MÁRQUEZ⁹, que exige el "abuso de la necesidad de otro", y los "intereses o ventajas desproporcionadas", pero determina que se considera ilícito "todo interés que exceda en más de tres puntos del mayor interés bancario en plaza", y también el dictamen mayoritario que produjo en el año 1964 la Comisión de la Cámara de Diputados de

⁴ Ver Eliseo D. BERGERO, obra citada, apéndice I, p. 167. Los textos de todos los proyectos que mencionaremos a continuación pueden consultarse en los Apéndices de la tesis de Bergero, a la que nos remitimos en cada caso.

⁵ Obra citada, apéndice VI, p. 170.

⁶ Obra citada, apéndice X, p. 172, y Diario de Sesiones de la H.C. de Diputados de la Nación, año 1964, p. 5007-5008.

⁷ Consideraba excesivos los intereses que superasen el 10% (art. 9º del proyecto de ley del diputado Llorens, "Diario de Sesiones...", p. 5008).

⁸ Ver BERGERO, obra citada, Apéndice XIII, p. 174.

⁹ Obra citada, Apéndice VIII, p. 171.

la Nación encargada de estudiar los distintos proyectos que se habían presentado sobre usura y moratoria¹⁰.

Este despacho, siguiendo al proyecto SOLER -que veremos luego- requería que se actuara "aprovechando la necesidad, ligereza o la inexperiencia", obteniendo de esta forma "intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas"¹¹, fórmula que conjuga todos los elementos del acto lesivo, pero en su artículo 1º ponía el acento en el elemento objetivo de la desproporción, de manera muy rígida, al disponer que se consideraba usuraria toda estipulación "de un interés superior al que fije el Banco Central de la República Argentina".

c) **Fórmulas subjetivo-objetivas.**- Finalmente, encontramos una serie de iniciativas que procuran equilibrar de manera armónica todos los elementos de la figura, exigiendo no sólo la desproporción objetiva, sino también la explotación o aprovechamiento de parte del autor del acto ilícito y la situación de inferioridad de la víctima.

Varios de esos proyectos sólo se refieren a "abuso de la necesidad" de la otra parte, como ser el de Ure de 1937¹², o el de Peco de 1941¹³, y otros hablan del que se "aprovecha del estado de apremio económico", como el Proyecto del Instituto de Estudios Legislativos, de 1943¹⁴, el proyecto del Ejecutivo de la Nación de 1951¹⁵, el de Aftalión de 1958¹⁶, y el de Ure (h) en

¹⁰ "Diario de Sesiones...", año 1964, p. 5003.

¹¹ Ver BERGERO, obra citada, Apéndice XI, art. 9º del despacho, p. 173.

¹² Obra citada, Apéndice II, p. 167.

¹³ Obra citada, Apéndice III, p. 168.

¹⁴ Obra citada, apéndice IV, p. 168.

¹⁵ Obra citada, Apéndice V, p. 169.

¹⁶ Obra citada, Apéndice VII, p. 170.

1967¹⁷.

Más completa, a nuestro entender, es la fórmula propiciada por Soler, en el proyecto que elaboró por encargo del Poder Ejecutivo, que en el capítulo dedicado a la "Usura y agiotaje", caracteriza la usura en el artículo 233, diciendo:

"El que aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona le hiciere dar o prometer, en cualquier forma, para sí o para otros, intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo, será reprimido con prisión de seis meses a dos años y con multa no menor de sesenta días.

La misma pena es aplicable al que a sabiendas adquiriere, transfiriere o hiciere valer un crédito usurario.

La pena de prisión será de dos a cinco años, si el autor fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual".

Esta fórmula, que sigue los modelos germánicos, fue el antecedente directo de varios de los dictámenes que elaboró la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación en 1964, y el actual artículo 175 bis.

Se atiende en ella a la desproporción de las prestaciones con criterio flexible, dejando librado a la apreciación judicial cuándo debe considerarse "evidente", y se puntualizan las circunstancias que pueden colocar a la víctima en situación de inferioridad.

La trayectoria cumplida por la doctrina penal culminó con la incorporación al Código, por decreto-ley 18.934, del gobierno de la llamada Revolución Argentina del actual artículo 175 bis, cuya vigencia ha sido ratificada posteriormente por ley del

¹⁷ Obra citada, Apéndice XIV, p. 174.

Congreso de la Nación.

3. - Análisis del artículo 175 bis

La norma destinada a reprimir la usura en el derecho penal argentino dispone que:

"El que aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona le hiciere dar o prometer, en cualquier forma, para sí o para otro, intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo, será reprimido con prisión de uno a tres años y con multa de cinco mil a veinte mil pesos.

La misma pena será aplicable al que a sabiendas adquiriere, transfiriere o hiciere valer un crédito usurario.

La pena de prisión será de tres a seis años, y la multa de quince mil a sesenta mil pesos, si el autor fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual."

La simple lectura del dispositivo muestra el estrecho parentesco con la fórmula que el artículo 954 ha consagrado para reprimir la usura civil. Sus elementos constitutivos son los mismos; se requiere: a) desproporción; b) aprovechamiento; y c) situación de inferioridad de la víctima; y se caracteriza a cada uno de esos elementos con términos muy semejantes. Los aportes que la doctrina y jurisprudencia efectúen para deslindar con precisión el significado y alcance de cada uno de estos vocablos, con frecuencia podrán proyectarse con provecho desde el campo civil al penal, y viceversa.

a) **Elemento objetivo.**- El Código civil habla de "ventaja

patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación"; el artículo 175 bis del Código penal exige que haya "intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas".

En una y otra fórmula se requiere que la desproporción sea "evidente", es decir que tenga un carácter manifiesto, de manera que el desequilibrio entre las prestaciones repugne a la conciencia jurídica. La desproporción no se establece con relación a medidas rígidas, ni topes matemáticos, sino que se deja su valoración al criterio del magistrado, que deberá establecer cuándo es evidente, lo que no significa de ninguna manera consagrar una norma penal en blanco, porque la tipificación de la acción incriminada está perfectamente determinada por el dispositivo¹⁸.

Resulta interesante la referencia que efectúa el artículo 175 bis a que la estipulación de ventajas puede no sólo haberse hecho para sí, sino también a favor de terceros.

En el artículo 954 del C. civil el punto fue descuidado¹⁹ pero su omisión en la fórmula civil no es fundamental, pues allí es admisible una interpretación de carácter extensivo, que no podría aceptarse en el derecho penal. Por eso es elogiable la previsión del legislador en este aspecto, que servirá incluso para orientar al intérprete de problemas civiles, cuando se le planteen casos de esta índole.

b) **Situación de la víctima.**- Los términos empleados por la fórmula penal son idénticos a los que utiliza el código civil: necesidad, inexperiencia y ligereza. La enumeración, en ambos casos, tiene carácter limitativo.

Los estudios de los penalistas sobre el tema señalan la

¹⁸ Conf. Eliseo D. BERGERO, trabajo citado, p. 122.

¹⁹ Ver nuestro "La lesión y el nuevo artículo 954 del C. civil", Mundo Jurídico, Mendoza, Nº 14, p. 94; y en este libro, punto 1 (in fine), del Capítulo V, sección Segunda.

íntima conexión que existe en este punto entre ambas figuras²⁰, por lo que -para evitar repeticiones innecesarias- remitimos a lo que ya hemos dicho en la Sección anterior de este libro, al estudiar los elementos subjetivos de la lesión.

c) **Actitud del lesionante.**- Tanto en el derecho penal, como en el derecho civil, se requiere que exista "aprovechamiento"; pero, mientras que en el derecho civil puede concebirse que ese aprovechamiento tenga carácter meramente culposo²¹, en la figura penal deberá ser **doloso**. Así vemos que el segundo párrafo del artículo 175 bis exige que sea una actitud adoptada "a sabiendas", lo que corrobora nuestra impresión de que en todas las hipótesis penales se requiere del delincuente una actitud dolosa²².

Hay aquí también otra diferencia sustancial; la ley civil consagra una "presunción de aprovechamiento", que surge de la "notable" diferencia de las prestaciones. En el terreno penal, en cambio será menester siempre que se pruebe la conducta dolosa, para que pueda afirmarse la existencia de aprovechamiento.

4.- La acción.

Encontramos aquí una neta diferencia entre las figuras penal y civil. La acción que surge del artículo 175 bis del código penal es pública, de manera que el delito de usura puede y debe ser perseguido de oficio. En cambio en el campo del derecho civil las acciones que nacen de la lesión sólo pueden ser puestas en movimiento por la propia víctima o sus herederos.

²⁰ Eliseo D. BERGERO, obra citada, p. 127.

²¹ Ver "La lesión...", N° 275, p. 180.

²² Conf. Eliseo D. BERGERO, obra citada, p. 145; Enrique BACIGALUPO (en obra conjunta con Héctor Masnatta): "Negocio usurario. Ilícito civil y delito de usura", Astrea, Buenos Aires, 1972, N° 52, p. 181, y Pedro WOLKOWICZ, "El derecho civil y la usura. La lesión subjetiva", ed. Zeus, Rosario, 1975, p. 150.

Quizás éste sea el punto de distinción entre la lesión civil y la usura penal que merezca destacarse más, y el que mayores preocupaciones ha causado a los civilistas, que han manifestado su inquietud por el problema. Así, en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Colombres Garmendia sostuvo con énfasis que no debían confundirse una y otra figura²³, pues de lo contrario podríamos tropezar con graves problemas, y el primero de ellos se presentaría cuando el beneficiario de un acto reconociese que es lesivo: ¿debería automáticamente quedar abierta la acción pública? ¿Estaría obligado el juez civil a pasar las actuaciones a la justicia del crimen? Frente a una perspectiva semejante, ¿podría esperarse que alguien se animase a allanarse, ante una demanda por lesión?

Pensaba también Colombres Garmendia que la figura delictiva del Código Penal debía ceñirse al contrato de mutuo, es decir dedicarse a reprimir únicamente la usura crediticia.

Estas reflexiones de Colombres Garmendia encontraron apoyo en LÓPEZ de ZAVALÍA, que para señalar las diferencias entre la figura penal y la civil, manifestó, entre otras cosas, que:

*"A nadie se le ocurriría que fuera a prisión el mutuario, y sin embargo el mutuario puede ser el beneficiario del acto lesivo; la doctrina lo enseña unánimemente: en los contratos cualquiera de las partes puede sufrir la lesión"*²⁴.

Indicaba, además, que en materia civil, para que pueda intentarse la acción, es menester que la desproporción subsista al momento de entablarse la demanda, mientras que en el derecho penal la desaparición de la desproporción no hace desaparecer el

²³ "Quintas Jornadas...", versión taquigráfica inédita (primera exposición de Colombres Garmendia sobre el tema lesión).

²⁴ "Quintas Jornadas...", versión taquigráfica inédita.

delito, ni pone fin a la acción, agregando -por último- que la figura de la lesión contemplada en el artículo 954 abarca tanto la usura crediticia como la usura real, mientras que -en su opinión, que no compartimos- el artículo 175 bis sólo sería aplicable a la usura crediticia²⁵.

Por nuestra parte, aunque no coincidíamos totalmente con las manifestaciones precedentes, adherimos al despacho minoritario de Colombres Garmendia, por considerar que, pese al parentesco que hay entre ambas figuras, y sus numerosos puntos de contacto, no debía confundirse la lesión civil con el delito penal de usura²⁶. El plenario aprobó ese despacho por 28 votos contra 19, incluyéndolo en la Recomendación final de las Jornadas²⁷.

A nuestro entender el problema más importante se vincula con la posibilidad de perseguir de oficio el delito de usura, mientras que la víctima de los actos lesivos es la única que puede intentar las acciones civiles, por considerar el legislador que solamente ella es la que puede determinar si ha mediado un hecho ilícito, que dañó su patrimonio, o si el desequilibrio entre las prestaciones es el resultado de una actitud liberal de su parte, que actuó con el ánimo de beneficiar a la otra parte.

Además, si se superpusiesen ambas figuras el magistrado que declara la existencia de la lesión, estaría obligado a elevar los antecedentes a la justicia penal, y la práctica demuestra que esto no se hace jamás; esta actitud no es fruto de la desidia, sino que funda en el hecho de que el acto no impresiona al magistrado como un delito penal, sea porque no se probó el "aprovechamiento doloso", sino que se lo presumió, sea porque el

²⁵ Nosotros pensamos que el artículo 175 bis comprende tanto la usura crediticia como la real. En igual sentido, Masnatta y Bacigalupo: obra citada, p. 164, y Pedro Wolkowicz, obra citada, p. 93.

²⁶ "Quintas Jornadas ...", versión taquigráfica inédita (segunda exposición nuestra sobre el tema lesión).

²⁷ Ver la Recomendación aprobada por las "Quintas Jornadas...", en el Apéndice II-b) de este libro.

aprovechamiento puede haber sido culposo, sea por la falta de habitualidad...

Esto nos hace pensar que la mejor manera de armonizar los imperativos de equidad que inspiran la figura civil de la lesión, con la tutela de intereses públicos que da fundamento a la norma penal, sería establecer la necesidad de la instancia privada para los casos de "usura individual", limitando la persecución de oficio a las hipótesis de "usura social", o a las de usura individual agravadas por la habitualidad, que son los casos en que más se afectan los intereses públicos.