

## **¿El aumento repentino y sin responder los parámetros de la ley de presupuesto, de las dietas por parte del alcalde y sus regidores constituye exacción ilegal o peculado?**

**Hacia una (re)interpretación del delito de exacciones ilegales\***



**José Luis FRANCIA ARIAS\*\***

*A juicio del autor, las dietas y los aumentos de remuneraciones que perciben los regidores de una municipalidad no son objeto material del delito de exacciones ilegales, dado que no es el particular o administrado el que paga las dietas, ni existe prevalimiento del funcionario con relación al administrado para incrementar sus remuneraciones, sino un acuerdo abusivo de estos para apropiarse de los fondos del Estado. En ese sentido, sostiene que estas conductas configurarían el delito de peculado.*

**RESUMEN**

### **MARCO NORMATIVO**

- **Constitución Política del Estado:** art. 74.
- **Código Penal:** arts. 382 y 383.

**PALABRAS CLAVE:** Exacción ilegal / Concusión / Administración Pública / Contribución / Emolumento / Tributo

**Fecha de envío:** 18/12/2017

**Fecha de aprobación:** 26/12/2017

### **I. Introducción**

En el año 70 a. C., Marco Tulio Cicerón, uno de los abogados más connotados y diestro orador de la Roma antigua, formuló una acusación contra el entonces pretor de Sicilia, Cayo Verres –designado para administrar esta isla durante el año 74 a. C. y siguientes–, atribuyéndole graves cargos ligados al ejercicio despótico de su poder como funcionario público romano, en perjuicio de la población siciliana.

\* Este artículo forma parte de la ponencia presentada en el I Pleno Jurisdiccional Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, desarrollado en Lima, el 23, 24 y 25 de noviembre de 2017.

\*\* Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Federico Villarreal.

Como antecedente de su imputación, Cicerón recordó su paso por algunos pueblos de Asia en los que estuvo, y contó que “fue a Délos, y allí, durante la noche, arrebató del veneradísimo templo de Apolo las estatuas más bellas y más antiguas y las hizo llevar secretamente a su barco”.

Para sustentar los cargos durante su permanencia gubernativa en Sicilia, recordó que había dictado una ordenanza tributaria que alteraba los impuestos existentes para el trigo:

Ante todo, jueces, oíd aquel famoso edicto: Cuanto el recaudador hubiere mandado que le entregue el labrador a título de diezmo, otro tanto estará obligado a darle el labrador. ¡Cómo! ¿Tendrá que dar cuanto le pida Apronio? ¿Qué es esto?, ¿es la ordenanza de un pretor en pueblo aliado, o la ley de un déspota furioso contra enemigos vencidos? ¿Que yo le dé cuanto me pida? Podría exigirme toda la cosecha. ¿Qué es toda? y más si quiere. Y entonces, ¿en qué piensas? o la entregas, o serás condenado por infracción del edicto. (Cicerón, s.f., p. 131)

También se le acusó de haberse apoderado de una serie de estatuas y piezas ornamentales de trascendencia histórica, de origen griego. En su escrito *in Verrem* (contra Verres), Cicerón denuncia:

Yo afirmo que en toda la Sicilia, en una provincia tan rica, tan antigua, de tantas ciudades, de tantas opulentas familias, no hubo un solo vaso de plata, un solo bronce de Corinto ó Délos, ni piedra preciosa, ni perla, ningún objeto de oro ó marfil, ni estatua de bronce ó de mármol, ni pintura, ni tabla, ni tapiz que él no rebuscase, que no escudriñase y que no se llevase, si fué de su agrado. Mucho parece que afirmo; notad, sin embargo, cómo lo afirmo. No con palabra hiperbólica,

ni por extremar mi acusación enumero todas estas cosas. Cuando yo digo que no dejó señal de ellas en un rincón de la provincia, sabed que hablo con toda la sobriedad del latín, no con exageraciones propias de un acusador. Más claro aún: no hubo en toda la Sicilia palacio, ni ciudad, ni plaza pública, ni templo, ni morada de siciliano ó de ciudadano romano; en suma, nada de cuanto dejó dicho, ni privado ni público, ni profano, ni sagrado, que dejase en su puesto, después de haberlo visto y codiciado. ¿Por dónde, pues, comenzaré mi acusación, sino por aquella ciudad que fué, Verres, tu amor y tus delicias? [Mesina], ¿por dónde mejor que por aquellos que te colman de alabanzas? Porque más fácilmente se verá quién fuiste para aquellos que te odian y acusan, cuando te sorprendamos entre tus queridos mamertinos saqueándolos de la manera más infame. (Cicerón, s.f., pp. 260-261)

La historia recoge una serie de testimonios y denuncias que atribuían a este mal funcionario cobrar varias veces el tributo a una misma persona y, en otros casos, imponerles el pago de hasta diez veces la contribución fijada, así como incitarlos a vender sus pertenencias para saciar su voraz apetito crematístico. Se comenta que debido a esta política impositiva, Sicilia quedó arruinada en tres años.

Este tipo de delitos, caracterizado por el uso de la fuerza del funcionario público y la obtención de riqueza del patrimonio del particular, se consideró como parte del *crimen repetundarum*:

De esta clase era, según la Ley Julia, el cobro de dinero para coronarse por haber vencido en la guerra, a menos que el Senado hubiera decretado la concesión de los honores del triunfo a algún gobernador de provincia. También era, naturalmente, un delito de esta clase exigir

más impuestos que los consentidos por las leyes vigentes. Lo era igualmente el hecho, mencionado con frecuencia en los tiempos posteriores, de que los subalternos a quienes se encomendaba la misión de recaudar los impuestos y emolumentos, exigieran más cantidad de la debida. Era requisito necesario en todos estos delitos que los funcionarios que los cometían se enriquecieran personalmente, pues este enriquecimiento constituía la base jurídica de la *condictio*. (Mommsen, 1991, pp. 447-448)

Dentro de los parámetros normativos de la época, se habilitaba la acción de repetición, que consistía en imponer al mal funcionario la obligación de devolver hasta el doble de lo ilegalmente obtenido. Esta acción se realizaba ante la *quaestio de repetundis*, que fue el primer tribunal penal permanente encargado de juzgar estos delitos públicos (De la Fuente y Hontañón, 2017, p. 586).

Específicamente, por casos como los cometidos por Cayo Verres, a partir del siglo II d. C. es que se crea “el delito de *concussio*, de intimidación, consistente en constreñir a alguien a dar o prestar algo, abusando al efecto del poder oficial que el opresor tenía en sus manos” (Mommsen, 1991, p. 447; Manzini, 1961, p. 207).

La palabra concusión se deriva del latín *concutere* y representa la idea de sacudir el árbol para hacer caer los frutos (Carrara, 1980, p. 115), que recogía el sentir de la población cuando los soldados romanos ingresaban a caballo a las aldeas y pueblos para anexarlos

al Imperio romano y producían conmoción en la población invadida, a la que luego imponían pagos indebidos.

A pesar de que el nacimiento de este delito fue el cobro indebido de tributos, la tradición legislativa italiana mantuvo la figura de la **concusión** como delito principal que, a su vez, comprendía el delito de **exacciones ilegales**, propiamente dicha<sup>1</sup>, pero que lo determinante para Roma era sancionar la extorsión de que eran víctimas los ciudadanos por parte de malos funcionarios.

## II. La interpretación histórica como propuesta

“La interpretación consiste en la operación de buscar y descubrir el sentido de los preceptos jurídico penales” (Luzón Peña, 2016, p. 155), sin excederse del sentido literal del mismo, tomando en cuenta que una norma penal tiene vida propia, muy al margen de la voluntad del legislador e independientemente de la época en que fue concebida.

Conforme a los métodos utilizados, si bien la interpretación gramatical, la sistemática y la teleológica dominan el proceso de identificación de contenido de la norma, la interpretación histórica “puede ser la clave para la comprensión de preceptos cuyo significado pueda resultar dudoso o contradictorio, al menos aparentemente, con otros” (Luzón Peña, 2016, p. 160). Siendo así, es esta la línea interpretativa que utilizaremos a efectos de dar respuesta —desde una visión personal— a algunas confusiones que se aprecian en la doctrina y jurisprudencia nacional.

1 Por ello la división de la concusión en implícita y explícita. “Es explícita cuando el oficial amenaza con un acto de poder que reconoce injusto, como el que amenaza con arresto, con orden de comparecencia, etc., si no se le da dinero. Y es implícita si el oficial le hace creer al particular que está debiéndole una suma que no se le debe, como cuando el recaudador aumenta las cifras en los cobros de impuestos, o un secretario, un registrador, u otros, exigen una suma indebida o superior a la debida” (Carrara, 1980, p. 119).

Nuestro esfuerzo sería inútil si el tipo penal examinado fuera de reciente data, o sea, un delito cuya interpretación se encuentre consensuada por la doctrina y la jurisprudencia. Este no es el caso del delito de exacciones ilegales, cuyo origen se remonta a la Roma antigua, bajo la fórmula de “concusión”, pero que en el caso peruano su real alcance se complica, ello cuando el legislador del Código Penal de 1991 decide incorporar este delito como autónomo, cuando, en verdad, entre ambos existe una relación de género y especie.

### III. La recepción española de la concusión

“La recepción del derecho romano justinianeo se dio a través de las universidades europeas, principalmente la de Bolonia. El derecho romano se transformó en objeto de estudio de la ciencia jurídica bajomedieval, y junto con el *ius canonicum*, dieron lugar al *ius commune*, que se aplicará en la Europa occidental” (De la Fuente y Hontañón, 2017, p. 591).

Ya en la época de la codificación, el Código Penal español de 1848, dentro del Capítulo Décimo Quinto, denominado “Fraudes y exacciones ilegales”, recoge el delito de concusión, en su modalidad de exacciones ilegales en provecho del Estado (artículo 317) y en provecho propio (artículo 318), que venía precedida por las Partidas (Ley 5) y la Nueva Recopilación (Ley 7), así como del Código Penal español de 1822 (artículos 468-470).

Al referirse al delito de exacciones ilegales, Pacheco (1881) sostuvo que “[i]mponer una contribución, cargar un arbitrio, sin tener autoridad legislativa, o su delegación expresa

para hacerlo, es un atentado de gran tamaño, que la ley no puede dejar sin una corrección severa”. Comentando el contenido normativo, identificaba tres supuestos de comisión: 1) “el de imponer arbitrio o exigir contribución, con destino al servicio público, y recaudarlo sin dificultad”; 2) “el de imponer iguales cargas con el propio objeto, y el haberlas exigido por fuerza, resistiendo el pago como ilegal, la persona contribuyente”; y 3) “imponer una contribución, no para el servicio público, sino para sí propio, para el que la impone” (p. 523). A este tercer supuesto, en el que el funcionario público destina lo obtenido ilegalmente para provecho propio, lo identifica con el gobierno de Verres, en Sicilia. Se destaca que en este último supuesto de hecho, el legislador previó la pena de inhabilitación perpetua absoluta, independientemente de la pena principal.

Desde aquella época hasta el texto actual español, la nomenclatura del capítulo “Fraudes y exacciones ilegales” no ha variado, ubicándose dentro de él las exacciones ilegales, conjuntamente con el delito de negociación incompatible.

### IV. La evolución del delito de exacciones ilegales en el Perú

#### 1. El Código Penal de 1863<sup>2</sup>

Este código, de clara influencia española, tomó como fuente legislativa el Código Penal español de 1848, tanto que en la sección quinta, de los delitos peculiares a los empleados públicos, el título 10 lleva por nombre “De los fraudes y exacciones”, idéntico al capítulo décimo quinto, del título octavo, español, y en ambos textos punitivos

2 Artículo 202.- El empleado público que arbitrariamente exija una contribución, o cometa otras exacciones aunque sea para el servicio público, sufrirá suspensión de cuatro meses a un año, y multa de cinco a veinticinco por ciento de la cantidad exigida.

se ubican también los delitos de colusión y aprovechamiento indebido de cargo.

Atendiendo a que se encontraban delitos relativos al ejercicio fraudulento del funcionario para apropiarse de fondos estatales, se sostiene que:

[A] dar por epígrafe a este título “De los fraudes y exacciones” el legislador ha usado expresiones inexactas; porque en realidad no se va a tratar de engaños, sino de la adquisición dolosa por los empleados públicos de las cosas pertenecientes al Estado, al Municipio o a los particulares, lo que propiamente se llama defraudación; ni de las exacciones en general, sino de las ilegítimas, únicas que pueden constituir delito. (Viterbo Arias, 1898, p. 483)

Al respecto, Viterbo Arias (1898), dentro de sus comentarios, aclara que al margen de los dos delitos relativos al fraude funcional –artículos 200 y 201–, “los descritos y penados en los artículos siguientes, hasta el 204 inclusive, constituyen el crimen llamado concusión o *repetundarum*, que las leyes patrias anteriores a la promulgación del Código, castigaban con la infamia y multa de 300 a 1000 pesos, sin perjuicio de lo indebidamente percibido” (p. 492). De este comentario se puede apreciar que, siguiendo la línea de interpretación de raigambre romana, este autor identificaba este supuesto de hecho como delito de concusión y no de exacciones ilegales.

### Comentario relevante del autor

**Respecto al delito de exacciones ilegales, su origen se remonta a la Roma antigua, bajo la fórmula de concusión. En el caso peruano, en cambio, su real alcance se complica, ello por cuanto el legislador del CP de 1991 decidió incorporar este delito como autónomo, cuando, en verdad, existe una relación de género y especie con el de concusión.**

Dentro del proceso evolutivo, se debe aclarar que el 21 de octubre de 1897 el Congreso promulgó una nueva ley que castigaba específicamente como delito de exacción ilegal a:

1. Las autoridades legalmente constituidas y las revolucionarias que impongan a los particulares cupos o contribuciones de guerra, en dinero o en especies de cualquier género, sea con el nombre de cupos o empréstito forzoso; o con cualquiera otra denominación.
2. Las autoridades que, en tiempo de paz, exijan por la fuerza contribuciones no establecidas por la ley sea en dinero o en especies.

Si la exacción se verificase empleando fuerza, sufrirá destitución sin perjuicio de la misma.

**Artículo 203.-** Si el empleado convirtiere en provecho propio las exacciones expresadas en el artículo anterior, sufrirá las penas impuestas a los sustractores de caudales públicos.

**Artículo 204.-** El empleado público que exija derechos o propinas por lo que debe practicar gratuitamente en virtud de su oficio, o cobre mayores derechos que los designados por la ley, los devolverá con una multa del duplo al cuádruplo de la cantidad que hubiere recibido.

Si para efectuar estas exacciones supone órdenes superiores, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, sufrirá además un año de suspensión.

El culpable habitual de este delito, será destituido del empleo o cargo que ejerza sin perjuicio de la restitución y de la multa.

3. Las autoridades constituidas y los agentes revolucionarios que, en tiempo de paz o de guerra, se apoderen o hagan uso de acémilas de particulares, sin contratar y pagar los respectivos fletes con sujeción a los reglamentos que dicte el Poder Ejecutivo.
4. Los que exijan servicios gratuitos o se apoderen de forrajes sin abonar su valor.

Luego no hubo mayores cambios en la legislación penal hasta el Código de Maúrtua. Sin embargo, vale la pena recordar que el Código Penal italiano (de Zanardelli) de 1889 contemplaba legislativamente el delito de concusión propiamente dicho y el de exacciones ilegales. Los artículos 169 y 170 describían estos dos delitos, siendo la característica esencial el uso de la fuerza en el primer delito, reservándose para el segundo supuesto el aprovechamiento del error ajeno. Con posterioridad, el Código Penal italiano de 1930 (Código Rocco) únicamente acoge la fórmula de la concusión, incorporada tardíamente en nuestra legislación en el artículo 282 del Código Penal de 1991. Con justa razón Gómez (1941), en referencia al Código Penal argentino, sostenía que, “en nuestro derecho, toda concusión constituye una exacción, y que esta última no es siempre concusión” (p. 564).

## 2. El Código Penal de 1924<sup>3</sup>

Bajo el *nomen iuris* de “concusión”, se abría el título dos, de la sección décima cuarta, delitos contra los deberes de función y deberes profesionales, que a decir de Juan José Calle (1927) “consiste en exigir

un funcionario público, en provecho propio, una contribución o impuesto no establecido con autorización competente, o mayores derechos que los que legalmente le corresponden. En el primer sentido fue relativamente frecuente en lo antiguo; pero es de difícil comisión en la actualidad. Los modernos códigos lo consideran como una exacción ilegal, y tratan de él bajo este nombre” (p. 271).

Como se puede advertir, a pesar del *nomen iuris* que encabezaba este título, dadas las características de la tipificación, lo que se reprimía en este artículo en verdad era el delito de exacciones ilegales. Más allá de la denominación que coronaba este título, por lo menos la doctrina nacional tenía claro que se trataba de la imposición indebida de tributos a los particulares. En este sentido, se sostenía que “el delito se consuma de dos maneras: a) percibiendo, con propósito de lucro, tasa, indemnizaciones o emolumentos no debidos; y b) percibiendo, por los mismos conceptos, una cantidad que excede la tarifa legal” (Torres Malpica, 1965, p. 219). Del desarrollo interpretativo de la norma se identificaba dos formas de comisión: el abuso de autoridad o poder, en provecho propio o en favor del Estado —manifestado en un exceso de celo del funcionario— (Corso Masías, 1958, p. 272).

En lo que se refiere a los métodos empleados por el agente, un sector de la doctrina sostenía que “el constreñimiento consiste en utilizar apremios, coacciones psíquicas, asedios de cualquier clase, con el fin de violentar la voluntad del sujeto pasivo y obtener el beneficio o la promesa. La inducción

3 **Artículo 343.-** El funcionario o empleado público que abusando de su cargo percibiera, con propósito de lucro, contribuciones, tasas, indemnizaciones o emolumentos no debidos, o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido con prisión no mayor de seis años, multa de la renta de treinta a sesenta días e inhabilitación, conforme a los incisos 1, 2 y 3 del artículo 27, por tiempo no menor de cinco años.

es el empleo de ardid, instigación, engaño, etc., con el objeto de obtener el funcionario los mismos resultados que con el constreñimiento” (Corso Masías, 1958, p. 271).

## V. El Código Penal de 1991: texto actual<sup>4</sup>

El habernos detenido en el proceso evolutivo de este delito fue necesario para sostener que, a pesar de la similitud con el texto argentino —contra lo dicho por la Corte Suprema en la Casación N° 977-2016-Cusco, fundamento segundo, b)—, la legislación argentina no es base de la peruana, sino que el texto actual tiene un proceso evolutivo, y que sus componentes típicos se han repetido de las normas anteriores y que también forman parte de otras legislaciones.

### 1. Bien jurídico

La Casación N° 977-2016-Cusco ha manifestado que se tutela “en lo inmediato, el correcto funcionamiento de la Administración Pública —actuación conforme a la legalidad— y, de forma mediata, el patrimonio de los ciudadanos frente a los abusos de los funcionarios en las relaciones de servicio público o el patrimonio público cuando el afectado es el propio Estado” (Asúa Batarrita, 1997, p. 221) fundamento segundo, a).

Igual postura asume Huarcaya (2016) al señalar que el bien jurídico tutelado “es el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos de la Administración Pública y el patrimonio del particular” (p. 196); esto quiere decir que la Administración Pública primero, y luego el patrimonio del particular. Sin embargo, rescatando

el sentido tradicional de la figura, Mir Puig (2016) considera que lo que se protege “es el patrimonio privado con aprovechamiento del cargo del funcionario mediante la infracción de la legalidad (exacciones ilegales) lo que afecta a la función pública como servicio público” (p. 174).

En esta misma dirección, a nuestro juicio, el abuso del cargo público para obtener provecho indebido, lógicamente, afecta a la Administración Pública, en su actuación de legalidad a través de sus órganos, pero también es cierto reconocer que el directamente perjudicado es el administrado —particular, persona jurídica o también un funcionario o servidor público—, quien finalmente se ve afectado por haber dispuesto de su patrimonio por un servicio que podría ser gratuito —en el caso de la inexistencia del tributo— o a costo inferior del que paga —cuando el cobro es excesivo—.

### 2. Sujeto activo

Tratándose de un delito especial, el círculo de posibles agentes de este delito se reduce a la calidad de funcionario o servidor público. Resulta lógico pensar que, en principio, puede cometer este delito aquel funcionario que se encuentra debidamente habilitado para exigir el tributo, de manera que en un primer espacio de potenciales autores se circunscribe a los recaudadores de tributos, puesto que son los que tienen directamente el trato con el administrado.

Un segundo ámbito de imputación se configura en los que determinan el tributo o impuesto, dado que por el principio de legalidad tributaria (artículo 74 de la Constitución

4 Artículo 383.- El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

## Comentario relevante del autor

**Cuando el agente reclama el pago del tributo –inexistente o en exceso–, lo hace con el convencimiento de que al administrado no le queda otro camino sino el de obedecer, precisamente porque este quiere evitar las represalias que se puedan tomar contra él. Conoce que si no paga lo requerido, no podrá tener acceso al servicio público solicitado.**

Política), la creación de estos está reservada únicamente a un determinado núcleo de funcionarios. No a todos. Precisamente, en estos supuestos, el uso excesivo de su condición funcional será determinante para la consumación del delito.

Dado que nuestra legislación sanciona la exigencia de un “pago no debido”, también puede ser cualquier funcionario, al margen de su competencia funcional, pero siempre “haciendo valer su propia potestad de tal” (Buompadre, 2014, p. 331).

### 3. Sujeto pasivo

En estos delitos, sujeto pasivo será el Estado, “pero también los particulares que son quienes soportan el abuso de los funcionarios o servidores públicos. Recordemos que la acción dolosa del agente se orienta a conseguir o lograr del particular pagos no exigidos o superiores a los legalmente establecidos” (Huarcaya, 2016, p. 198); siendo esto así, el administrado (que puede ser un particular, persona jurídica o funcionario o servidor público) si bien no tiene la titularidad directa

para ser sujeto pasivo, sí resulta siendo el perjudicado material directo (víctima) (Rojas Vargas, 2017, p. 178).

### 4. El abuso del cargo

Desde una perspectiva gramatical, “abusar” significa ‘usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente una cosa’ (Donna, 2003, p. 352). Debido a la redacción circunscrita al “cargo” funcional, se entiende que basta su condición de funcionario o servidor público, por consiguiente, no es necesario que tenga la competencia para exigir el tributo –recaudador, por ejemplo–, pues lo relevante es la situación de prevalimiento para la imposición del tributo no debido. En tal sentido, no interesa que se encuentre de licencia o de vacaciones, pues lo relevante es su vínculo laboral con la Administración Pública (Salinas Siccha, 2014, p. 302).

Esta posición es similar a la propuesta típica que postula que no solo es relevante la exigencia de un exceso del tributo, sino que también debe abarcar a los “no debidos”, esto es, a la inexistencia de un derecho que el administrado tenga que pagar. Y esto lo puede exigir cualquier funcionario o servidor público.

Tampoco es determinante para su configuración que el destino de lo ilícitamente obtenido o recaudado sea para sí (el mal funcionario) o para el Estado, pues puede ocurrir que la carga tributaria primero ingrese a las arcas del Estado, y luego, con posterioridad, el funcionario obtenga como premio –no debido– un bono por mayor recaudación. De manera que no resulta relevante el destino del tributo mal habido.

En el texto del CP de 1924, cuyo contenido es el mismo del vigente, Calle sostenía que cuando es en favor del Estado, se podía manifestar “en un exceso de celo del funcionario” (citado por Corso Masías, 1958, p. 272).

## 5. Los verbos rectores

### a. Exigir

Conforme con la Casación N° 97-2016-Cusco, debe entenderse como “demanda imperiosa (reclamo, pedido o demanda imperativa o forzosa)”, que es la primera acepción del DRAE, pero, contra la misma casación, sostenemos que no debe entenderse como “violencia psicológica”.

En efecto, en este supuesto, lo determinante para el comportamiento del administrado es el cargo de funcionario o servidor público que posee el agente activo, y se trata de “un factor objetivo que no exige una correspondencia subjetiva en el sujeto pasivo” (Buompadre, 2014, p. 313), y ello debido a que este delito y el de concusión, previsto en el artículo 382 del Código Penal, tienen como esencia el *metus publicae potestatis* (miedo al poder público).

Cuando el agente reclama el pago del tributo –inexistente o en exceso–, lo hace con el convencimiento de que al administrado no le queda otro camino sino el de obedecer, precisamente porque este quiere evitar las represalias que se puedan tomar contra él. Conoce que si no paga lo requerido, no podrá tener acceso al servicio público solicitado (por ejemplo, la obtención de una licencia de apertura de negocio, el acceso a expedientes administrativos, la distribución de productos en el mercado, etc.); así fue desde el Derecho romano. Por lo tanto, a nuestro juicio, y contra la doctrina jurisprudencial, no es necesaria la concurrencia de la violencia psíquica para su comisión.

Para el momento de comisión en esta modalidad, siendo un delito de mera actividad, deviene en irrelevante a efectos de su configuración si el particular accedió o no a dicha exigencia (Huarcaya Ramos, 2016, p. 191), mientras que el pago concreto será un supuesto de agotamiento del delito [Rodríguez Mourullo, G. (Dir.) & Barreiro, A. (Coord.), 1997, p. 1163].

### b. Hacer pagar

Esta segunda modalidad de comisión, destinada únicamente al administrado, refiere que se tenga que hacer efectivo el pago indebido, en exceso o inexistente. Debe tener el carácter de cancelatorio (Donna, 2003, p. 349).

Es posible que el agente pueda realizar algunos mecanismos fraudulentos que induzcan a error al administrado y capten su atención de las posibles represalias si no accede (por ejemplo, hacer creer de la existencia de embargos, incautaciones o de la no prestación del servicio público, si es que no paga); sin embargo, lo determinante es el resultado del pago indebido.

El serio problema que se ha verificado, y que es motivo de debate, es que la Corte Suprema ha interpretado este supuesto como “hacerse pagar con dinero del Estado”; esto es, ha entendido que este verbo rector también es aplicable a los funcionarios que acceden a dineros del Estado a través de maniobras fraudulentas o actos de constreñimiento<sup>5</sup>. Sin embargo, si esta conclusión tuviera sentido, debería formularse una primera pregunta: ¿se puede comprender en un tipo penal de cobro indebido de tributos a administrados e

5 Así, por ejemplo, el R.N. N° 3295-2012-Amazonas, de fecha 6 de marzo de 2013, referido a cobro de viáticos: “Los viáticos son asignaciones otorgadas, independientemente de la fuente de financiamiento o la relación contractual; al ser otorgado únicamente para cubrir gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local por ello no puede considerarse un cobro que no estuvo autorizado por ley, como así lo requiere la figura de cobro indebido para que se configure dicho ilícito penal”.

incorporar un supuesto de obtención fraudulenta de dinero estatal? A mi juicio, no, porque estos mecanismos de apropiación indebida de fondos estatales con actos directos de apoderamiento o utilizando medios fraudulentos son propios del delito de peculado o colusión, no de los delitos de concusión.

### c. Entregar

También en esta tercera modalidad, el legislador hace referencia a los casos de dar o hacer que pase a tener el funcionario el exceso de la carga impositiva requerida o el dinero del tributo inexistente. Al igual que en el supuesto anterior, es viable la concurrencia de mecanismos mendaces para lograr el objetivo.

También en esta modalidad, la traslación del beneficio económico lo debe hacer el administrado al agente. Dado el origen y naturaleza del delito, a mi juicio, no cabe que sea el Estado el sujeto pasivo, sino el patrimonio particular del administrado.

## 6. La naturaleza de la imposición tributaria

### a. Las contribuciones

De acuerdo a una interpretación sistemática y al carácter de norma penal en blanco que obliga recurrir al Derecho Tributario, y

dentro de la clásica división de los tributos en impuestos, contribuciones y tasas, que aparece regulado en la norma II del Título Preliminar del Código Tributario, **contribución** es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales.

En el Derecho Municipal, por ejemplo, se implementa el pago de contribuciones que gravan los beneficios derivados de la ejecución de obras públicas por parte de la municipalidad (artículo 62 de la Ley de Tributación Municipal). Siguiendo esta línea interpretativa, no podría comprenderse en este concepto, las tasas<sup>6</sup>, de modo que quedarían fuera del marco punitivo las tasas fijadas para acceder a derechos registrales o judiciales, o a derechos administrativos o licencias (de funcionamiento, de edificación, etc.) exigibles por las municipalidades, por ejemplo.

Para salvar este vacío interpretativo, la doctrina nacional ha sostenido que debe hacerse una interpretación extensiva que comprenda “los tributos denominados derechos, tasas e impuestos” (Salinas Siccha, 2014, p. 304; Rojas Vargas, 2017, p. 182). En verdad, siguiendo la normativa tributaria, el término contribución debería interpretarse como sinónimo de tributo, de modo que dentro

#### 6 Norma II: Ámbito de aplicación

Este Código rige las relaciones jurídicas originadas por los tributos. Para estos efectos, el término genérico tributo comprende:

c) Tasa: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente.

No es tasa el pago que se recibe por un servicio de origen contractual.

Las Tasas, entre otras, pueden ser:

1. Arbitrios: son tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público.
2. Derechos: son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos.
3. Licencias: son tasas que gravan la obtención de autorizaciones específicas para la realización de actividades de provecho particular sujetas a control o fiscalización.

de este concepto se comprenda el impuesto, la contribución y la tasa –que, a su vez, incorpora los arbitrios, los derechos y las licencias–.

Sin embargo, con razón –y razones históricas–, recientemente, Valverde Silva (2017) ha sostenido que desde la creación de la Sunat, en 1988, el legislador ha vaciado de contenido este extremo normativo del tipo, pues advierte que la finalidad que perseguía el legislador “al tipificar el delito de exacción ilegal era abarcar en dicho tipo penal a todos los tipos de contribuciones (tributos)” (p. 147), pero que ahora, dada la normativa tributaria, ya ha quedado desfasada dicha finalidad, pues este término –según el Código Tributario– es solo la especie del género.

Vista la observación en perspectiva, podemos advertir que, ciertamente, el elemento normativo “contribución” se encontraba regulado como elemento normativo en los códigos de 1863 y 1924, y, en efecto, el espíritu de la época identificaba el concepto de tributo<sup>7</sup> con otro contenido, distinto al de contribución<sup>8</sup>, pues este era un pago para el sostenimiento de las cargas estatales (ejecución de obras públicas, por ejemplo), de allí que al órgano recaudador oficial estatal que se le acuñaba el término “dirección” o “superintendencia”, se le añadía la denominación “contribuciones” –ahora Sunat–, tal como lo ha puesto de relieve Valverde Silva (2017, p. 147).

A mi juicio, si el dato histórico claramente nos indica que este elemento normativo es el género que identifica la imposición del

Estado para recaudar dinero para fines públicos, que ahora se llama tributo, no existe razón para que se excluya una interpretación histórica, pues, hay que recordar –y esa es la razón de nuestra postura particular–, que la interpretación gramatical y la sistemática no son las únicas válidas para resolver conforme a derecho, máxime si la esencia del contenido de lo ilícito –la recaudación fiscal ilegal– no ha variado. Por lo tanto, la vulneración a la *lex stricta* invocada por este autor no resulta aplicable a este caso, dado que no se está sustituyendo un elemento por otro, sino que, en rigor, se interpreta racionalmente con razones históricas. Admitir un criterio de vulneración a la legalidad supondría dejar impunes comportamientos graves de afectación al patrimonio particular y un total desamparo ante el poder estatal, avalando una situación de Estado despótico, no deseado.

#### b. Los emolumentos

La Corte Suprema sostiene que “este elemento normativo debe significar ‘honorarios, sueldos o remuneraciones que recibe determinada persona a cambio de su trabajo’ (Salinas Siccha, 2014, p. 253) –en ese concepto sin duda se incluyen las dietas que reciben los regidores por asistencia a sesiones del Concejo Municipal– (...)” (fundamento segundo, C).

En esta línea de interpretación, el R.N. N° 668-2007-Pasco, Sala Penal Permanente, ha resuelto que “el emolumento está exclusivamente vinculado a una remuneración, que viene a ser el pago por los servicios prestados

7 “La porción o cantidad que paga el vasallo por el repartimiento que se hace para el príncipe o señor del Estado en que habita, o en reconocimiento del señorío, o para sustentación de sus cargos u otros fines públicos (...), [pagar tributo] supone que el tributario tiene un señor (...), y en tiempo del gobierno español (...), era la cuota que pagaban los indígenas, en reconocimiento del señorío y servicio que debían como vasallos y súbditos del rey” (García Calderón, 1879, pp.1795-1796).

8 En concreto, significaba “la cantidad que entregan los particulares al Fisco, para atender a las necesidades del Estado” (García Calderón, 1879, p. 589).

## Comentario relevante del autor



**Atendiendo al principio de legalidad tributaria contenido en el artículo 74 de la Constitución, solo por ley se pueden crear tributos y solo por parte del órgano competente. En el caso de tributación municipal, serán los entes de esta naturaleza los que puedan crear las cargas impositivas exigibles a los ciudadanos administrados.**

en un cargo o empleo, incluyéndose en estos los honorarios profesionales (...).”

No obstante, a mi juicio, debe precisarse como honorario aquel monto que percibe el funcionario o servidor público por el servicio que presta al administrado en un caso concreto; así, por ejemplo, el perito designado por el juez, que fija un honorario que deberá pagar el litigante; el honorario del ingeniero del Sector Público, que cobra por prestar un determinado servicio de carácter administrativo (realizar una tasación de un inmueble, levantar planos, por ejemplo). Hay que recordar que en estos casos, la forma de obtención del pago en exceso o el inexistente no es el uso de la violencia, sino los mecanismos fraudulentos, como el engaño para inducir a error al administrado, y la reacción del administrado es acceder a ello por *metus publicae potestatis*, esto es, por la condición de funcionario del agente.

Erróneamente, la Corte Suprema, en la Casación N° 97-2016, propone que “en ese concepto, sin duda, se incluyen las dietas que reciben los regidores por asistencia a sesiones del Concejo Municipal. El aumento

de las remuneraciones y de las dietas era, como quedó establecido, objetivamente ilegal; y, de otro lado, los imputados actuaron abusivamente pues no solo violentaron la legalidad, sino que actuaron desviando su concreta función a decidir u opinar torcidamente en el curso de la tramitación de un pedido o propuesta contra lo que la legislación establecía”.

Esta afirmación amerita dos objeciones irrefutables: i) no es el particular o administrado el que paga “las dietas”; y ii) no existe el prevalimiento del funcionario con relación al administrado para subirse las remuneraciones (*metus publicae potestatis*), sino un acuerdo abusivo para apropiarse de fondos del Estado.

Entonces, ¿puede un funcionario acordar con otro incrementar sus salarios o remuneraciones y cometer exacción ilegal? La respuesta es no. Comete delito de peculado.

## 7. El contenido del tributo

### a. El pedido en exceso

Atendiendo al principio de legalidad tributaria contenido en el artículo 74 de la Constitución Política del Estado, solo por ley se pueden crear tributos, y solo por parte del órgano competente. En el caso de tributación municipal, serán los entes de esta naturaleza los que puedan crear las cargas impositivas —en formas de contribuciones y tasas— exigibles a los ciudadanos administrados. Como parte de la exigencia de su total puesta en vigor, deben ser publicadas para que todo ciudadano tome conocimiento de su contenido, por lo que la carga impositiva y la cuantía deben hacerse públicas.

La conducta penalmente relevante radica en requerir el pago del tributo más allá de los parámetros fijados por la Administración

(por ejemplo, en los derechos exigibles a nivel municipal, los pagos se efectúan de acuerdo al TUPA, que fija un monto específico de dinero a abonar por la prestación del servicio público), entonces, será delito si el sujeto desborda estos parámetros impositivos y requiere un mayor monto pecuniario, no previsto por la ley u ordenanza autoritativa, estos son ilegales *ex post facto*, por exceso en la percepción de los derechos que tiene señalados el funcionario público (Viada y Vilaseca, 1890, p. 682).

#### **b. La inexistencia del tributo para el administrado (el cobro “no debido”)**

La advertencia que se tiene que hacer en este supuesto es que hay una falla de origen; esto es, “son ilegales *ab origen*, pues son contrarias a la Constitución y a las leyes” (Viada y Vilaseca, 1890, p. 682); no existe soporte normativo que avale el requerimiento del funcionario al administrado, y ello puede manifestarse a través de varios supuestos: “[N]o adeudado, o por lo menos, no en el monto exigido por estar ya pagados, por no existir deuda alguna, por no ser la persona que debe, por tratarse de contribuciones derogadas, o simplemente por no existir legalmente el impuesto o la obligación de pagar, o por estar eximido de pago, etc.” (Rojas Vargas, 2017, p. 184).

En este sentido, por ejemplo, la Sala Penal Transitoria, en el R.N. N° 3325-2010-Ica, condena a la “encausada (...), [quien] abusando de su cargo, exigió el pago de noventa nuevos soles para expedir el Protocolo de Necropsia, pese a que dicho pago se debe realizar en el Banco de la Nación; que si bien la referida encausada ostentaba el cargo de técnico necropsiadora, sin embargo, dicha condición no fue óbice para tener disposición del referido protocolo, como lo han referido los testigos”, y pone de relieve que no es necesario ser el directamente recaudador para cometer este delito. Basta con su condición de funcionaria.

Asimismo, y de conformidad con el elemento “no debido”, la Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria, R. N. N° 3295-2012-Amazonas, ha declarado que “no debido es lo ilegítimo, esto es, aquella exigencia será ilegítima cuando no está autorizada por las leyes o reglamentos vigentes, o cuando siendo legal en sí misma, tenga por objeto una suma que el particular ya ha pagado o no debe”.

#### **8. Tipo subjetivo**

El delito es eminentemente doloso, que exige conocer el pago en exceso del tributo exigido, así como su inexistencia como carga tributaria, legalmente constituida. Por tanto, “no se configura el delito de exacción ilegal si el funcionario recibió del usuario una mayor suma por desconocer la tarifa exacta por concepto de conexión del servicio de agua, más aún si cuando supo que la mencionada tarifa era menor, devolvió el saldo al usuario, quien incluso señaló que la cantidad de dinero que entregó no le pareció excesiva” (Sala Penal Permanente, R.N. N° 2788-2008-Tumbes).

Así como es exigencia típica el conocimiento de los elementos del tipo objetivo para el agente, es “indiferente que el destinatario de la exigencia de derechos sea o no consciente de que los derechos exigidos son debidos, si son legales o no” (Mir Puig, 2016, p. 175), pues lo relevante es que actúe bajo un supuesto de error.

#### **VI. Conclusiones**

- El delito de exacciones ilegales aparece como delito de concusión en el Derecho romano.
- Como delito autónomo y con peculiaridades propias, la legislación española regula su prohibición a partir del Código Penal de 1848. El Perú –siguiendo la

legislación española— regula este delito en el Código Penal de 1863. El Código Penal argentino no es la base (fuente legislativa) del delito de exacciones ilegales en Perú.

- Si bien se afecta la Administración Pública en primer orden, por la conducta del funcionario o servidor público, es el patrimonio particular del administrado el directamente afectado.
- La norma no exige ningún ejercicio psicológico —de intimidación o presión— para determinar el comportamiento del sujeto pasivo, basta la condición de funcionario público —*metus publica e potestatis*—.
- El concepto de contribución, por razones de interpretación histórica, ha de entenderse como sinónimo de tributo. *De lege ferenda* hay que corregir esta denominación.
- El concepto de emolumento si bien se refiere al sueldo o remuneración del sujeto activo, este debe ser abonado por el administrado (particular, persona jurídica o funcionario público), y no por el Estado.

## Referencias

- Buompadre, J. (2014). *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Calle, J. (1927). *Código Penal*. (2ª edición). Lima: s.e.
- Carrara, F. (1980). *Programa de Derecho criminal*. (Vol. V). Bogotá: Temis.
- Corso Masías, A. (1958). *El delito, el proceso y la pena*. (Tomo IV). Arequipa: s.e.
- De la Fuente y Hontañón, R. Tribunales permanentes como medio de control de la corrupción de los magistrados: *crimen pecuniarum repetundarum*. Desde Roma hasta el Derecho Penal peruano. En *Estudios Latinoamericanos de Derecho Romano*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4669/42.pdf>.
- Donna, E. (2003). *Derecho Penal. Parte especial*. (Tomo III). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- García Calderón, F. (1879). *Diccionario de la legislación peruana*. (Tomo II) (2ª edición). Lima: París.
- Gómez, E. (1941). *Tratado de Derecho Penal*. (Tomo V). Buenos Aires: Compañía Argentina de editores.
- Huarcaya Ramos, B. (2016). El delito de exacción ilegal. En *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Luzón Peña, D. M. (2016). *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: B. de F.
- Manzini, V. (1961). *Tratado de Derecho Penal*. (Tomo 8). Buenos Aires: Ediar editores.
- Mir Puig, C. (2016). *Comentarios a los delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto Pacífico.
- Mommsen, T. (1991). *Derecho Penal romano*. Bogotá: Temis.
- Pacheco, J. (1881). *El Código Penal concordado y comentado*. (Tomo II). (5ª edición). Madrid: Imprenta y fundición de Manuel Tello.
- Rodríguez Mourullo, G. (Dir.) & Barreiro, A. (Coord.). (1997). *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Civitas.

- Rojas Vargas, F. (2017). *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & thesis.
- Salinas Siccha, R. (2014). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.
- Torres Malpica, O. (1965). *Código Penal*. Lima: s.e.
- Tulio Cicerón, M. *Obras completas*. (Vol. XII). Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/779/6.pdf>.
- Valverde Silva, Y. (2017). Las contribuciones como elemento normativo del tipo del delito de exacción ilegal. En *Actualidad Penal*, 34, 147.
- Viada y Vilaseca, S. (1890). *Código Penal reformado de 1870*. (Tomo II). Madrid: Tip. Manuel Ginés Hernández.
- Viterbo Arias, J. (1898). *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*. (Tomo II). Lima: Imprenta Torres.