

**POSIBILIDAD DEL PECULADO EN EL CARGO PARLAMENTARIO.
LA RELACIÓN CON LOS GASTOS OPERATIVOS Y EL ESTIPENDIO POR FUNCIÓN CONGRESAL EN
LA FUNCIÓN REPRESENTATIVA. EL CASO PERUANO.**

Por César Delgado-Guembes⁽¹⁾(²)

El cargo parlamentario no supone en sí mismo la realización de funciones de carácter patrimonial o pecuniario puesto que no es inherente al cargo representativo la administración de fondos o recursos públicos. El cargo parlamentario supone el desempeño de diversas actividades, todas ellas derivadas del carácter representativo de su elección. La función típicamente patrimonial no es parte de la base o núcleo básico de la representación parlamentaria. Sin embargo, los congresistas sí tienen espacios de vínculo con dineros públicos. Por ello es pertinente aclarar la naturaleza de tal vínculo, de forma tal que se especifique si en mérito del título o causa de dicho vínculo existe o no alguna forma de relación con fondos públicos por los que cabe exigir responsabilidad penal en grado tal

1

El autor es especialista y profesor de derecho parlamentario, y tiene experiencia en la gestión del parlamento peruano desde el año 1980, institución en la que ha ocupado los más altos cargos como funcionario, desempeñándose como Sub Oficial Mayor de la Cámara de Diputados bajo el régimen bicameral que concluyó en 1992, y como Oficial Mayor durante el año 2003. Actualmente se desempeña como funcionario en el Congreso de la República a cargo del Centro de Documentación y Biblioteca

2 Es pertinente realizar dos advertencias. La primera consiste en indicar que esta investigación se efectuó en Setiembre del 2008, antes de la reforma del inciso f) del Artículo 22 del Reglamento del Congreso, aprobada mediante Resolución Legislativa del Congreso N° 003-2008-CR, publicada el 7 de octubre de 2008, que dispone que *los Congresistas perciben una asignación por el desempeño de la función congresal, la misma que no tiene carácter remunerativo. Dicha asignación no es pensionable ni homologable y está afecta al pago del Impuesto a la Renta.* A partir de este cambio los congresistas perciben el estipendio por concepto de función congresal junto con sus remuneraciones, y no deben rendir cuenta del uso que dan al mismo, como habían estado obligados a hacerlo hasta esa fecha. Esta reforma, por lo tanto, modifica decisivamente el título o causa de la percepción del estipendio vigente hasta dicha fecha y, por lo mismo, trae consecuencias que afectan la relación entre el congresista y los fondos que el Congreso prevé para la atención de la función parlamentaria. Y la segunda advertencia que es preciso anotar es que quien suscribe el presente estudio lo hace en su calidad de abogado, ciertamente, aunque el alcance de su opinión está limitada por no tratarse de un profesional especializado en derecho penal. La especialidad del suscrito es el derecho parlamentario, lo cual supone el ámbito del derecho relativo a las instituciones, procesos, organización y funcionamiento del Congreso. Por lo tanto, no existe presunción de mayor autoridad sobre la materia que la que en términos globales puede hacer quien se ha formado en una disciplina jurídica, sin el nivel de precisión que sólo un experto en derecho penal podría asegurar. El aporte que se entrega con este informe, por ello, debe entenderse que es la presentación de un documento de trabajo que debería contrastarse con la evaluación que debe hacerse sobre el tema desde una perspectiva menos general que la que ofrece el suscrito.

que pudiera eventualmente ocurrir el cumplimiento de los supuestos típicos del delito de peculado.

Para abordar la cuestión comprometida en el título de este trabajo, se ha considerado necesario realizar una evaluación preliminar de la naturaleza de las percepciones económicas que se confían a los congresistas, así como al procedimiento y la dinámica operativa relativa al proceso de rendición de cuentas en la medida que ello corresponda. En segundo lugar, se realiza la evaluación de los supuestos normativos que enmarcan los tipos delictivos, con el propósito de contrastarlos con las condiciones fácticas u operativas relativas al manejo, gestión o administración de los fondos de que disponen los congresistas, y de definir las posibilidades de comisión del delito de peculado en ese mismo marco operativo.

I

Los antecedentes relativos a la asignación para el cumplimiento de la función parlamentaria

Con el propósito de aclarar la aplicabilidad de los componentes del tipo delictivo de peculado al tipo de relación del congresista con las percepciones dinerarias que se le reconocen, es indispensable tener presente que en la práctica reciente relativa a la percepción de gastos operativos o gastos de representación, existen cuando menos dos momentos en los que cabe definir la posible comisión del delito de peculado.

Un primer momento es el que se ha observado entre el año 1995 y Agosto del 2006, y que comprende el reconocimiento de la entrega de montos con carácter no remunerativo (por lo tanto, no tributable ni considerable en el cálculo pensionario) a título de *gastos operativos* al amparo de las disposiciones contenidas en los párrafos segundo y tercero, numerales 1 y 2, del inciso f) del Artículo 22 del Reglamento del Congreso.

Un segundo momento es el que se inicia al parecer en Agosto del año 2006, y que pasa por dos etapas, una primera que va de Agosto del año 2006 hasta Agosto del año 2008, en ambas de las cuales, con algunas variantes, el monto que se reconoce a los congresistas, no obstante el texto del Reglamento del Congreso, se considera como gastos de representación (que tampoco tienen carácter tributable ni pensionario), que sustituirían la percepción prevista en el Reglamento sin que éste haya sido modificado, y que no se entregan ni confían a los congresistas para el

desempeño y cumplimiento de las funciones inherentes a su cargo antes de que las desempeñen ni cumplan sino que, inversamente, son reembolsados a los congresistas una vez realizados los egresos respectivos.

La experiencia entre 1995 y el 2006

En el período que va de 1995 al 2006 el Congreso entregaba y confiaba a los congresistas una cantidad que ha llegado a aproximadamente 16 mil 500 soles, en razón a las diferencias originadas en el tipo de cambio en el mercado. Este monto se descomponía, de acuerdo a la Directiva aprobada por el Consejo Directivo en Diciembre del año 1998, de acuerdo al detalle consignado en el cuadro siguiente.

**DESCOMPOSICIÓN DE GASTOS OPERATIVOS
PERÍODO 1998-2006**

CONCEPTO	ALCANCE	MONTO (dólar = S/ 3.00)
Viáticos	\$ 140 (12 días mensuales)	5,040
Combustible	240 galones de 97 octanos (S/ 15 soles galón)	3,600
Racionamiento	S/ 50 (25 días)	1,250
Vehículos	Hasta \$ 750 (comprende gastos de su personal de apoyo y terceros vinculados a la labor del congresista)	2,250
Pasajes	Hasta \$ 282 (comprende viajes en ejercicio de la función por el congresista, su personal de apoyo, o terceros vinculados a su labor)	846
Rendición de cuentas	TOTAL 30 % comprobantes 70% declaración	13,000 (4,320) (8,680)

La remuneración, como puede suponerse, y que ascendía a alrededor de 10 mil soles mensuales (los que previos los descuentos de ley llegaba a cerca de 7 mil 700 soles), tiene distinta naturaleza y no es parte del monto que se entrega a los congresistas para el cumplimiento de la función parlamentaria. Aun cuando por carecer de naturalezas heterogéneas no cabe sumar remuneración con gastos operativos, más allá de tal diversidad conceptual la suma de ambos conceptos alcanza los 20 mil 700 soles aproximadamente.

La experiencia entre el 2006 y la fecha

A partir del régimen que se inicia en Julio de 2006 se producen cambios de concepto en la dinámica de la atención a la función parlamentaria. Uno primero, fue el aumento de la remuneración de los congresistas, la que pasa de los 10 mil a los 15 mil soles. Sobre el segundo, hay menor claridad en particular debido al tratamiento reservado con el que se ha discutido y acordado esta materia. Sin embargo, a estar por las referencias deducibles de trascendidos que se han hecho públicos al parecer se ha sustituido el concepto de *gastos operativos* (que es el que tiene reconocimiento en el Reglamento del Congreso, el mismo que hasta la fecha no ha sido modificado), por el de *función congresal*.

El segundo de los aspectos mencionados tiene significativa relevancia en relación con el tema del presente informe, puesto que, en primer término, se desarrolla en una vía normativa reservada (se presume que lo sea o por

Acuerdos de Consejo Directivo o Acuerdos de Mesa Directiva) que no ha sido aún revelada públicamente excepto por algunas afirmaciones a las que se ha tenido acceso fundamentalmente por testimonios aislados recientes ante la Comisión de Ética y otros que pueden deducirse de datos expuestos o sugeridos en entrevistas desarrolladas en los medios de comunicación. Y en segundo término, porque debido al marco de reserva no ha conducido a la modificación del Reglamento del Congreso, según el cual a los congresistas se les reconoce no gastos por *función congresal* sino gastos operativos sobre los que se da cuenta de acuerdo a los extremos señalados en el acápite anterior. Y en tercer término, nuevamente, porque en el mismo marco de reserva, el análisis que se ofrece en este informe carece de la información empírica indispensable para discernir de modo claro e inconfundible la posibilidad de la comisión del delito de peculado.

Es en consideración a las restricciones apuntadas en el párrafo precedente y a la precariedad de la información oficial disponible, que no es factible más que especular a la luz de los trascendidos a los que se ha podido tener acceso de forma incidental. Entre dichos trascendidos cabría afirmar que a partir de Agosto del 2006 hasta la fecha el monto de los gastos de representación ha llegado a alrededor de 7 mil 600 soles. Este monto, al parecer, no ha cambiado hasta la fecha. Sin embargo, sí se han producido algunos cambios conceptuales decisivos en cuanto a la naturaleza del monto que se entrega para cumplir la función parlamentaria.

El primero, sería que la cantidad entregada no es adelantada, con cargo a rendir cuenta, sino que es gastada por el congresista con cargo a lo cual es que, luego, se solicita el reembolso. El segundo, conforme, nuevamente, se ha podido deducir de las referencias trascendidas, que los comprobantes de pagos que sustentan la rendición de cuentas los señores Congresistas, previa revisión de los gastos efectuados por la unidad de Tesorería del Congreso, en cumplimiento a los acuerdos de Consejo Directivo se ha devuelto a los congresistas, para su custodia. Y el tercero, también, se reitera, en el marco y con el carácter de trascendido, es que el porcentaje de rendición sería no de 30 por ciento, y el porcentaje de declaración el 70 por ciento, sino de 90 por ciento con comprobantes de pago y 10 por ciento con declaración. El monto asignado contempla, en cualquier caso, conceptos similares a los antes considerados como gastos operativos (esto es, pasajes nacionales e internacionales, viáticos, y servicios de terceros como alquiler de transporte, combustible, función legislativa, representativa y fiscalización)

A partir del año 2008 aparentemente se habría intentado retornar a la situación original, en términos de que el Congreso realice la entrega con cargo a la cual luego se proceda a rendir cuenta, así como se considere

que las proporciones de rendición de cuenta y de declaración jurada sean las que prevé el Reglamento del Congreso. Sin embargo, tal propósito no parece haber variado y, según ha trascendido, además de mantener la cantidad prevista en 7 mil 600 soles, se mantendría la dinámica de que los congresistas realicen el gasto como consecuencia de lo cual luego soliciten el reembolso respectivo.

Con no otra finalidad que la de contar con el marco supuesto de cambios según la información trascendida sería posible plantear el cambio desarrollado según el siguiente cuadro en el que se sintetizan los cambios producidos.

CUADRO REFERENCIAL DEL TRATAMIENTO DE LA ASIGNACIÓN PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA FUNCIÓN PARLAMENTARIA			
	PERÍODO 1995-2006	PERÍODO 2006-2008	PERÍODO 2008 (HASTA EL 6 OCTUBRE)
Remuneración bruta	10,000	15,000	15,000
Designación de asignación por función parlamentaria	Gastos operativos	Función congresal	Gastos operativos
Monto de asignación	Entre 13, y 16,000 soles	7,600	7,600
Momento de entrega	Antes de inicio del mes	Concluido el mes (reembolso)	Concluido el mes (reembolso)
Proporción rendición/declaración	30 % / 70%	90 % / 10%	30 % / 70%
Custodia de documentación	Tesorería del Congreso	Congresista	Tesorería del Congreso
Título de la custodia	Depositario	Depositario	Depositario

II

La estructura del delito de peculado, y la posibilidad de su comisión por un congresista

Según el Código Penal, el funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años

Para definir la posibilidad de que un congresista incurra en la comisión de este delito, dando por sentado que por tratarse, en efecto, de un

funcionario público sí se cumple la primera condición del tipo que consiste en que el sujeto activo del delito tenga en efecto tal calidad, debe cumplirse los siguientes requisitos:

1. Que exista un acto a partir del cual se confíe la percepción, administración o custodia al acceso a caudales o efectos
2. Que haya tenido acceso efectivo a caudales o efectos
3. Que haya existido apropiación o utilización, en cualquier forma, de los caudales o efectos que le han sido confiados

Para el presente caso es indispensable referir la situación de la eventual comisión de un delito de peculado a la oportunidad en que éste podría haberse cometido. Como es deducible de las experiencias anotadas, se trata de dos situaciones distintas, como resultado de lo cual sí pareciera existir condiciones para asumir que el peculado es posible si la relación del congresista con los caudales o efectos que se le asignan para el cumplimiento de su función parlamentaria se desarrolla en un esquema como el vigente hasta Agosto del año 2006. No lo sería si, de acuerdo a la información trascendida, se tratara de los supuestos que se desarrollan a partir de esa misma fecha.

La relación de peculado bajo la normatividad vigente hasta Agosto del 2006

Supuestamente hasta Agosto del 2006 los congresistas de la República, recibían para el cumplimiento de sus funciones los denominados gastos operativos, y ello de acuerdo a las disposiciones contenidas en el inciso f) del Artículo 22 del Reglamento del Congreso.

El monto que comprende los gastos operativos no se entregaba para su uso ni disposición personal, sino para utilizarlos en el ejercicio de la función parlamentaria. Por lo tanto, se trata de un caudal cuya finalidad debía servir a la gestión o administración de las necesidades y requerimientos propios de la función que se desempeña como parte del mandato de representación. No es un bien disponible para fines privados sino para ejercitar una función pública. La correcta utilización de los mismos queda amparada si se asignan a tareas desempeñadas en el ejercicio del cargo. Y de esto o se rendía cuenta, o se declaraba que así se había procedido.

Cada congresista tiene, como consecuencia de haber recibido el dinero que se le confía, la responsabilidad incontestable de gestionar el caudal confiado para que la función parlamentaria a su cargo sea correctamente

atendida. Los gastos operativos no podían usarse con otro fin que no fuera sea el cumplimiento efectivo de la función representativa. No es dinero entregado en propiedad, disposición ni usufructo con fines personales o privados del representante. Se trata de un caudal previsto para una finalidad estatal perfectamente identificable e inconfundible. Es dinero confiado a un representante para que él, en su calidad de agente del Estado, cumpla las funciones estatales propias de su cargo. De ahí deriva la responsabilidad fiscal que le corresponde al congresista de rendir cuenta de los dineros que se le confían, o de responsabilizarse por la declaración que emite con la que asegura y garantiza que las funciones estatales de las que es responsable quedaron efectivamente atendidas sin desviación de propósito ni fin algunos.

Es precisamente en virtud de la finalidad para la que se confía la asignación dineraria entregada, que el uso impropio por indebida afectación de los recursos que se confían a un congresista lo incluye como un posible sujeto activo del delito. La utilización incorrecta o impropia de tales recursos por afectarlos a fines no previstos o por aprovecharse de ellos para fines particulares cumple con el supuesto penal de la legislación vigente.

Por ello también es que existe lesión contra el bien jurídico protegido que es la relación fiduciaria entre el Congreso y el congresista que el caudal fiscal está vinculado y sujeto al ejercicio correcto de la función pública en su administración y utilización. La lesión es una forma de despojo que se constituye como incumplimiento en el uso del caudal fiscal distinto al que debe dársele. Es en razón del cargo de congresista, y sólo por razón del cargo y función que desempeña, que tiene acceso al dinero que se confía usará regular y correctamente. Si el agente estatal que es el congresista defrauda la responsabilidad fiscal por la que es responsable, destinando el caudal con fines distintos, existe una conducta ilícita sancionada bajo el tipo de peculado en la legislación penal.

Cabe que la conducta del congresista tenga carácter engañoso si, valiéndose de una maniobra apropiatoria, pretende encubrir como regular el uso de caudales fiscales que le son confiados de modo personal. No corresponde que un congresista perciba ni se le reconozca como gastos operativos lo que no tiene la condición que las normas exigen para que tenga tal naturaleza. Si urde o trama una maniobra para hacerse de dinero que no debe destinarse sino al cumplimiento de su función, la maquinación enderezada a tal propósito no sólo no está protegida por el derecho sino, por el contrario, está prohibida y penada por aquél

Cabría que existiera, como se ve, una acción positiva del congresista en la que cabría advertir una finalidad deliberadamente ilícita. Tal acción positiva

consistiría en la presentación de documentación con la que se enmascarara como regular un uso impropio e injustificado de recursos estatales a finalidad no funcional ni parlamentaria. No se trata de sustracción de fondos del Estado, sino de la utilización de dinero que se confía que use para el correcto y apropiado cumplimiento de sus funciones representativas. Bajo el aparente cumplimiento de una formalidad en el acto de rendición de cuentas el congresista encubre el uso ilícito de fondos que debieron destinarse a actos necesarios para su función.

De este modo sí sería posible, en primer lugar, que el bien jurídico que es la confianza sobre el uso idóneo y funcional del patrimonio fiscal pueda haber sido afectado. En segundo lugar, sería posible que tal patrimonio hubiera sido afectado por un congresista, quien, en razón del desempeño de su función y la finalidad del patrimonio que se le confía, sí puede ser un sujeto activo identificable dentro del tipo penal, quien, obvia y objetivamente, tiene la condición de funcionario público. En tercer lugar, sería posible que existiera indebida utilización de los gastos operativos que confía el Congreso a los representantes, puesto que los documentos presentados ante la administración del Congreso que no hubieran en efecto servido realmente al cumplimiento de fines y funciones para los que se prevé su utilización, podrían haber sido utilizados en contra de la relación de confianza en razón de la cual los recibe un representante. Y en cuarto lugar, sí sería posible que existiera nexo causal entre la conducta impropia e irregular del congresista (mediante la presentación de comprobantes falsos), quien a través de dicha conducta concreta su acto de rendición de cuentas aplicando fondos estatales a fines no reconocidos como legalmente válidos (ingreso de dinero injustificadamente adjudicado a su patrimonio).

Cabría pues que se tratara, en suma, de una ofensa penal contra el bien jurídico protegido, contra el sujeto pasivo establecido, y por el sujeto activo previsto también en la legislación penal vigente: el tipo penal sí cabría que quedara cumplido y, por lo tanto, que un congresista cometiera peculado en el marco de la normatividad vigente hasta Agosto del 2008.

La relación de peculado bajo la normatividad vigente desde Agosto del 2006 hasta el presente

Bajo la situación hipotética reseñada a partir de trascendidos cuya situación real se ignora y a los que no se ha llegado a tener acceso ni se conoce con certeza su contenido y alcance, el panorama tendría consecuencias totalmente distintas.

Como ha podido advertirse, el congresista, a partir de Agosto del año 2008 no recibe caudal, efectos ni dinero alguno para el cumplimiento de su

función. La figura es inversa. El congresista paga de su peculio sus requerimientos funcionales, y una vez ejecutado el egreso solicita que se le reembolse el monto gastado.

La diferencia es decisiva. El tipo penal se pone en el supuesto de que exista un acto de disposición a partir de un dinero que se le entrega, confía, o asigna para el cumplimiento de una tarea o labor funcional en el marco de responsabilidades estatales. El arreglo operativo que aparentemente se produce desde Agosto del año 2006 elimina la entrega anterior para el ejercicio de la función estatal de representación a cargo del parlamentario. No existe entrega a título de gestión de la función. Más bien lo que existe es un gasto realizado con caudal privado para atender una función estatal, en razón de lo cual luego se reclama el reembolso previa la sustentación del monto adjudicado con tal fin.

Parte de la inversión de esta relación guarda sentido con la lógica de que se requiera no ya la rendición de cuentas por sólo 30 por ciento, sino por el 90 por ciento del máximo de gastos reconocidos a título de gastos de representación. En efecto, si desde Agosto del 2006 ya no más se considera y confía la entrega anticipada de dinero para el ejercicio de labores propias de la función parlamentaria, y por el contrario más bien se asume que los congresistas realizan tales gastos respecto de cuya utilización efectiva se les reconoce el reembolso, es natural que no se presuma que el monto máximo de 7 mil 600 soles ha sido todo cubierto por el representante. Guarda armonía y es razonable con el supuesto cambio introducido desde Agosto del 2006 que, como no existe un desembolso previo, el dinero del Congreso sólo sea desembolsado previa la comprobación del gasto efectivo realizado.

Es en estas circunstancias que con la lógica del reembolso no se cumple con el tipo penal. No hay dinero entregado respecto del cual el funcionario cometa apropiación. Es imposible que el congresista se adueñe de un dinero que no se le ha entregado y que, por el contrario, él adelanta para cumplir con la función estatal que le corresponde. No existe dinero que custodiar. Es del patrimonio privado del congresista del que se presume que provienen los fondos que luego hay que reconocer y reembolsar. Al revés; el congresista custodia el ejercicio de su función estatal con su patrimonio privado, como resultado de lo cual resulta exigible que luego requiera la devolución por el crédito a su favor. Es por su gasto que se garantiza el desempeño de la función parlamentaria.

No es que el Estado haya entregado un dinero para que el funcionario a quien se le confía no deje de desempeñar la función que le corresponde. No es que el Estado haya garantizado el ejercicio de la función de representación mediante una asignación anticipada de recursos

económicos. Es que el congresista ha gastado y luego pide que se le reponga lo que él sufragó por cuenta de las responsabilidades estatales. El congresista, en este supuesto, es gestor privado de una responsabilidad pública, y lo hace con peculio propio y privado. Eso es lo que genera la responsabilidad estatal a título de la cual debe pagar lo gastado en su nombre e interés por el congresista.

Es en este marco que no cabría la comisión del delito de peculado. Situación diversa sería si valiéndose del marco normativo u operativo vigente se produce una estafa; esto es, que el congresista pretendiera sorprender al Estado mediante la presentación de documentación falsa o una declaración jurada carente de veracidad ni sustento en la realidad. La estafa, sin embargo, en este caso, sería un delito cometido en perjuicio del Estado; pero es un tipo delictivo distinto al que se examina en este Informe. La estafa no supone una infracción respecto de un deber funcional, sino el engaño del que se vale el agente para enriquecerse sin causa falseando la verdad. En el peculado existe quiebra del destino natural del caudal estatal; en la estafa hay falseamiento de la verdad para perjudicar a quien se le detrae el dinero sin que exista sustento para poseerlo ni acceder a él.

III

CONCLUSIONES

1. La normatividad vigente hasta Agosto del 2006 en relación con la regulación de los gastos operativos de los congresistas sí habilitaba la posibilidad de la comisión del delito de peculado. Existía entrega previa de dinero confiada a un congresista para el desempeño de sus funciones que le corresponden como agente del Estado responsable de la representación parlamentaria. Dicho dinero sólo cabía disponerse con atención a tales funciones, las mismas que estaban definidas según tipos también regulados en las disposiciones dictadas por órganos parlamentarios.

2. No es posible determinar con certeza plena cuál es la situación de los congresistas respecto de las percepciones que se les reconocen para el desempeño de sus funciones estatales a partir de Agosto del año 2006, salvo a partir de referencias que circulan entre quienes se supone que han tenido conocimiento de las disposiciones aprobadas en sesión reservada sobre la materia.

3. En el marco de incertidumbre referido y asumiendo que la información que ha trascendido tiene sustento en la realidad, sería posible deducir que las disposiciones aprobadas desde Agosto del 2006 no permitiría la comisión del delito de peculado. Al parecer los congresistas subvencionan y tienen crédito contra el Estado por el egreso anticipado en que incurrir para el desempeño de sus funciones. Este supuesto excluye un elemento esencial del tipo delictivo que estipula la exigencia de un monto confiado para el desempeño de funciones estatales; monto que obviamente no recibe el congresista sino que se le reembolsa luego del egreso que realiza para cubrir con su dinero particular el ejercicio de la función parlamentaria.

Lima, 26 de Setiembre del 2008

CÉSAR DELGADO – GUEMBES
Abogado