

“RECHAZADO COMO REGALO, RECIBIDO COMO PRÉSTAMO”: EL FRAUDE A LA LEY Y LOS ROLEX DE LA PRESIDENTA

“REFUSED AS A GIFT, RECEIVED AS A LOAN”: FRAUD AGAINST THE LAW AND THE PRESIDENT’S ROLEX

Gilberto Mendoza del Maestro*
Pontificia Universidad Católica del Perú

Marco Arellano Cárdenas**
M&M Consultores & Abogados

In this article, the authors analyze the events that involve the current president of the nation, Dina Boluarte, and the scandal related to the Rolex watches she wore on different occasions.

Although this controversial case is initially approached from a civil perspective, the authors realize that other branches of Law, such as Criminal Law, would also be applicable.

KEYWORDS: *Public administration; loan; liberality; legal fraud.*

En el presente artículo, los autores analizan los hechos que involucran a la actual presidenta de la nación, Dina Boluarte, y el escándalo debido a los relojes Rolex que portó en distintas ocasiones.

Si bien en un inicio se aborda este polémico caso desde una perspectiva civil, los autores caen en cuenta que otras ramas del Derecho, como el Derecho Penal, también serían de aplicación.

PALABRAS CLAVE: *Administración pública; préstamo; liberality; fraude a la ley.*

* Abogado. Magíster con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Coordinador del Observatorio Inmobiliario Mercantil - OIM.

** Abogado. Adjunto de docencia del curso de Instituciones del Derecho Privado 2 en la Facultad de Derecho de la PUCP. Abogado del Estudio M&M Consultores & Abogados.

En el título, con “Rechazado como regalo, recibido como préstamo” hacemos referencia a la entrevista realizada por RPP Noticias a Humberto Abanto, abogado de Wilfredo Ocorima. Véase a RPP Noticias (2024a).

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 22 de abril de 2024, y aceptado por el mismo el 26 de mayo de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro ordenamiento se regula la libertad para la contratación entre los privados, la cual está recogida en los artículos 2.14¹ y 62² de la Constitución, los cuales son desarrollados en los artículos 1351, 1402 y siguientes del Código Civil (en adelante, CC).

No obstante, en estas disposiciones que permiten las distintas manifestaciones de autonomía privada se regulan también limitaciones y prohibiciones que se aplican, por ejemplo, a ciertos agentes. Para efectos del presente trabajo solo analizaremos los límites en la contratación del(a) presidente(a) de la República.

Con fecha 14 de marzo de 2024 se publicó la noticia de que la actual presidenta del Perú, Dina Boluarte, en diferentes eventos había utilizado bienes de alta gama que podrían evidenciar un incremento notorio patrimonial en el ejercicio de su cargo.

En estricto, la investigación realizada por el periodista Ernesto Cabral de “La Encerrona”³ estaba referida a tres relojes de marca Rolex, dentro de una serie de relojes de otras marcas, cuya titularidad no había sido declarada. Dentro de estos bienes, por ejemplo, se indicó que la presidenta usó uno de acero color rosa que podría tener un valor referencial ascendente a la suma de 14 000 USD.

Frente a dicha investigación periodística, las manifestaciones de los agentes involucrados crearon más dudas que certezas, dado que inicialmente la presidenta indicó: “[...] Trabajo desde mis 18 años, y lo que tengo es fruto de mi esfuerzo y de mi trabajo. El artículo en particular es de antaño, lo uso muy eventualmente [...]” (TVPerú Noticias, 2024). Luego, el abogado del gobernador regional de Ayacucho, Wilfredo Ocorima, quien aparentemente habría regalado dichos bienes, indicó que se compraron con la intención de obsequiarlos, pero finalmente fueron otorgados en calidad de préstamo, cuando unos días antes el mismo gobernador había negado su vinculación con el tema referente a la presidenta y sus joyas.

Con este guion se evitaba, aparentemente, transitar por los terrenos de las liberalidades a través de algún acto dispositivo y que dicho comportamiento pueda infringir la normativa penal.

Teniendo estos insumos, el presente texto abordará las limitaciones que tienen los presidentes en la contratación: en primer lugar, a partir de lo señalado en el artículo 1366 del CC. En segundo lugar, se revisará lo regulado en la Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública, realizando algunas precisiones sobre el concepto de liberalidad. En tercer lugar, se revisarán algunas figuras penales que pudieran ser pertinentes a propósito del caso planteado. Finalmente, a partir del desarrollo de los tres primeros puntos analizaremos si se ha configurado un supuesto de fraude a la ley.

Nos parece importante abordar esta figura, no solo a propósito de su desarrollo doctrinal y jurisprudencial en el ámbito civil a pesar de su no regulación expresa, sino también porque es interesante observar cómo es que en estos cuarenta años de vigencia de nuestro CC, sus letras se han llenado de contenido tributario, administrativo y también penal.

II. LIMITACIONES CIVILES DE ADQUISICIÓN DE BIENES DE LOS PRESIDENTES

El antecedente del artículo 1366 del CC de 1984 fue el artículo 1397 del CC de 1936. En este se dispuso la prohibición de compra de forma directa o por interpósita persona de los bienes nacionales por parte de “[...] 5.- El Presidente de la República y los ministros de Estado, los bienes nacionales; [...]”.

El numeral 1 del artículo 1366 del CC vigente amplió los supuestos, dado que no solo amplió los hechos jurídicos de contratos a legados o subastas públicas, sino que abordó de forma general los efectos, es decir, ya no solo se abordaba la adquisición de propiedad, sino que también estaban incluidos cualquier derecho real, ya sea posesión, superficie, entre otros.

Consideramos que, sistemáticamente, este supuesto encuentra mayor sentido de ubicación en el libro II, denominado Acto Jurídico, dado que en este se regulan de forma general los actos de autonomía privada, por lo que si se ampliaron los supuestos de contratos según el CC de 1936 a legados y subastas en el CC de 1984, debieron ampliarse a cualquier supuesto de manifestación unilateral como también a las manifestaciones plurilaterales.

¹ Artículo 2.- “Toda persona tiene derecho: [...]”

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público” (1993).

² Artículo 62.- “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato [...]” (1993).

³ Véase a Sifuentes (2024).

Otra opción que consideramos viable es la regulación a través de los efectos, es decir, en el libro de Derechos Reales dado que en el actual CC no solo se limita a la adquisición de propiedad, sino que se amplía a cualquier derecho real. Por ello, dicha prohibición de ostentar algún derecho real sobre los bienes nacionales por parte de los mandatarios puede regularse en la parte general de este libro V y sistematizar allí supuestos similares de agentes que no tienen capacidad negocial para obtener la titularidad de dichos derechos.

Ahora bien, las prohibiciones y limitaciones de adquisición de derechos reales en nuestro ordenamiento tienen diferentes fundamentos, siendo que, en el caso de los mandatarios, parte por buscar evitar un aprovechamiento indebido del cargo: “[...] No consideramos necesario explicar con detenimiento la razón de ser del inciso, pues su objetivo es obvio y consiste en eliminar la posibilidad de disfrutar indebidamente de las ventajas que podrían obtenerse en razón de tales funciones [...]” (Revoredo, 2015, p. 51).

Así pues, en razón del cargo, el(la) presidente(a) no solo goza de información privilegiada, sino que tiene el poder suficiente para obtener ventajas en función de este para la adquisición de derechos reales, por lo que dicho artículo limita dicha posibilidad.

Respecto a los bienes sobre los que recae esta limitación absoluta, se ha señalado de forma expresa en los diferentes supuestos regulados en el artículo 1366 CC que en nuestro caso se refieren a bienes nacionales. No obstante ello, la exposición de motivos nos precisa que: “[...] El inciso 1 [...] no se establece el alcance de lo que se entiende por bienes nacionales, pero fue valor entendido que no se refería a los que son de uso público, ya que éstos son inalienables, sino a aquéllos que figuran en el Margesí de Bienes Nacionales” (Revoredo, 2015, p. 51).

Finalmente, si bien hemos señalado que estamos frente a una prohibición, corresponde analizar la sanción: nulidad, anulabilidad, ineficacia, etc. Consideramos que la sanción en estos casos es la nulidad, no la ineficacia ni anulabilidad por diferentes motivos que expondremos a continuación.

En primer lugar, al sujeto se le restringe de forma absoluta la capacidad negocial de forma expresa en este supuesto. En segundo lugar, la norma no permite que el derecho real que se configure pueda ser trasladado en supuesto alguno a la esfera jurídica del(a) presidente(a), ni que pueda ser materia de ratificación. En tercer lugar, no consideramos que nos encontremos en un supuesto de vicio de voluntad, por lo que no hay anulabilidad.

En ese sentido, lo que de una interpretación conjunta entre el artículo 1136.1 y el artículo V del Título Preliminar del CC, la sanción se decanta por la nulidad virtual.

En resumen, ha existido una ampliación de supuestos y efectos (CC de 1984 respecto al de 1936) de la limitación de la autonomía privada de los mandatarios respecto a los bienes nacionales. La limitación absoluta tiene su fundamento en evitar posibles supuestos de aprovechamiento del cargo, y la sanción frente a estos actos de autonomía es la nulidad.

Finalmente, consideramos que debería cambiar su ubicación de fuente de las obligaciones al libro de Acto Jurídico, o, en todo caso, al libro de Derechos Reales.

III. LIMITACIONES POR LEY DE GESTIÓN DE INTERESES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Un segundo límite para la contratación de nuestros mandatarios lo encontramos en la Ley 28024, Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública (en adelante, LGI). Consideramos importante su análisis tanto por la prohibición como por la sanción que esta señala respecto de las liberalidades que pueden o no aceptar los funcionarios públicos.

Inicialmente se indica que el(la) presidente(a) de la República tiene capacidad de decisión pública (artículo 5.1.a LGI). Asimismo, se indica que dicha capacidad de gestión pública debe ser transparente (artículo 6 LGI).

Ahora bien, esta ley señala que los actos de gestión de intereses se basan en la comunicación dirigida a un funcionario de la administración pública, en este caso puede ser el(la) presidente(a) de la República, para influir en la toma de decisiones públicas de una manera transparente, buscando que la decisión tomada sea guiada a intereses institucionales o estatales (artículos 2 y 3 LGI).

No obstante, como la mayoría de leyes, esta tiene sus limitaciones. Y la que es precisamente la más pertinente para el presente caso es la que señala que los funcionarios de la administración pública están prohibidos de aceptar directa o indirectamente cualquier ‘liberalidad’ de parte de los gestores de intereses o sus terceros representantes (artículo 17 LGI).

Dicha prohibición incluye, además, a los obsequios, donaciones, servicios gratuitos, ofertas de cargos o empleos. Esto quiere decir que, si bien hay términos específicos como los de ‘obsequios’

y ‘donaciones’, las liberalidades prohibidas no se limitan únicamente a estos, tomando en cuenta que la prohibición expresamente señala “cualquier liberalidad”.

Sin embargo, esta prohibición tiene excepciones (artículo 18 LGI), dentro de las cuales consideramos que ningún supuesto se podría aplicar al tema de los ‘préstamos’ de relojes Rolex a la presidenta.

Finalmente, dicha ley indica que, independientemente de lo que señalan los artículos 393, 394, 397 y 401 del Código Penal (en adelante, CP) y demás disposiciones aplicables a la lucha contra la corrupción, los funcionarios públicos que incumplan la normativa serán pasibles de las acciones y sanciones que recomienden los órganos del Sistema Nacional de Control (artículo 22 LGI).

En otras palabras, la LGI no solo busca regular y limitar las relaciones entre los funcionarios públicos y los gestores de intereses, sino que también busca reflejar, o al menos intenta, los procedimientos que pueden iniciarse por las conductas enmarcadas dentro de actos de corrupción.

A. No es una liberalidad, ¿es un préstamo?

Las declaraciones de los distintos personajes en el presente caso han sido muy variadas, siendo que se pueden encontrar contradicciones muy evidentes. En esta parte buscamos distinguir el concepto de ‘liberalidad’ de otros términos que no son opuestos (mala fe - buena fe, responsabilidad contractual - extracontractual), sino que son de lo más ‘ingeniosos’ o peculiares, quizás más vinculado con una lógica conceptual a buscar evitar efectos administrativos, penales o incluso civiles.

Antes de entrar en el análisis del caso en concreto, es necesario transitar por algunos conceptos, por ejemplo, el de liberalidad. Cuando se nos presenta este concepto, probablemente realizamos 2 vinculaciones: uno de concretización y otro de oposición.

En el primer caso relacionamos las liberalidades a los contratos de donación, probablemente su figura más desarrollada en su contenido legislativamente. En el segundo, tratamos la liberalidad con su opuesto de onerosidad.

Para empezar el análisis tomaremos como punto de partida la definición de Bautista Quispe:

El contrato de liberalidad se identifica por la concurrencia de dos elementos: uno material, que se refiere a la creación o a la transferencia de una situación jurídica de ventaja sin contra-

prestación (o con una contraprestación desproporcionada); y uno finalístico, que se refiere a toda causa concreta relacionada con una finalidad no mercantil [...] (Bautista, 2024, p. 185).

Esta definición nos permite ampliar los supuestos no solo de actos bilaterales (donación) a actos unilaterales (legado) o, incluso, plurilaterales. Cuando exista un acto de liberalidad, esta no se circunscribe a un acto de disposición en sentido estricto en el cual se traslada la titularidad del derecho de propiedad de una esfera jurídica a otra, sino que el traslado es de cualquier situación jurídica de ventaja.

Debemos tener cuidado de limitar las situaciones jurídicas de ventaja solo a las obligacionales (derecho subjetivo, derecho potestativo, carga obligacional), ya que se extienden también a las situaciones jurídico reales, por ejemplo, la facultad, disposición, actos de afectación autónoma, entre otras.

Lo natural en nuestro ordenamiento, tal como adelantamos, es que cuando se aborde las liberalidades estas sean en contraposición con los actos onerosos. Estos últimos entendidos como ventajas y sacrificios mutuos materializados a través de prestaciones y contraprestaciones.

Con esta mínima base conceptual, quedan sin sentido afirmaciones como: “Una liberalidad no es un préstamo, en términos jurídicos estrictos [...] No es un regalo acotado en el tiempo, es un préstamo. Los préstamos son préstamos. Los préstamos tienen la obligación de devolución” (RPP Noticias, 2024a).

Cuando se refiere a préstamo en sentido estricto, es un contrato de mutuo, es decir, se presta una cantidad de dinero a condición que este se devuelva luego de un periodo de tiempo. Este mutuo se puede dar con o sin intereses, eso significa que al término del mutuo puede cobrarse un adicional, utilidad por el aprovechamiento del dinero en el tiempo de vigencia del préstamo: mutuo oneroso.

No obstante ello, nada impide que este préstamo no tenga dicha condición de onerosidad, sino que por el contrario, la devolución solo se realice del capital, en estos casos se indica que el mutuo es gratuito o contiene una liberalidad. Por tanto, los contratos de mutuo o préstamo en sentido lato pueden ser celebrados como liberalidades.

Ahora bien, en caso nos encontremos en un supuesto distinto al caso del dinero, es decir, a la entrega de relojes de alta gama, no estamos frente a un préstamo sino, en estricto, a un caso de cesión

de uso. Esta entrega de posesión temporal puede ser onerosa y también realizada como liberalidad. Si no existe contraprestación, entonces, al término del plazo deberá restituirse la posesión del bien al propietario, sin ningún pago a cambio.

Por todo ello podemos llegar a la conclusión de que la liberalidad no es un concepto que no pueda aplicarse tanto a los contratos de mutuos (préstamos) o las cesiones en uso.

B. Las liberalidades en la LGI

Tomando en consideración lo desarrollado en el punto anterior, podemos profundizar en lo dispuesto en los arts. 17 y 18 de la LGI. Debe quedar claro que los supuestos regulados en el segundo párrafo del artículo 17 no son taxativos: “La prohibición incluye obsequios, donaciones, servicios gratuitos, ofertas de cargos o empleos” (2003).

Tal como adelantamos, podemos identificar dos elementos importantes en las liberalidades: (i) transmisión de una situación jurídica de venta; y (ii) el finalístico. Los supuestos identificados en el segundo párrafo del mencionado artículo se refieren a la transmisión de bienes (obsequios y donaciones), prestaciones (servicios gratuitos) o las expectativas de los mismos (ofertas de cargos o empleos).

Sin embargo, como hemos señalado, los actos de liberalidad no se agotan en la adquisición de propiedad, sino que también se pueden dar en un provecho temporal de bienes o servicios, por lo que pueden incluirse el mutuo dinerario, cesión de uso, o, incluso, cualquier derecho real en cosa ajena.

Ahora bien, la norma señala otros supuestos que no considera como liberalidades pero que por su naturaleza sí lo son. Quizá el tenor más adecuado hubiera sido que se indique que los siguientes supuestos de liberalidad no entran dentro de la prohibición del artículo 17 como, por ejemplo, los legados y donaciones a favor del Estado, contribuciones de origen lícito a favor de campañas electorales, entre otras.

Es necesario entender los conceptos que están detrás, porque a veces los dispositivos normativos pueden contener mandatos o exclusiones, los cuales no tienen mayor sentido. Esto genera confusión en los que aplican dichas normas. Lo que genera la exclusión en el artículo 18 no es que no sean liberalidades, aunque la norma lo pueda indicar así, dado que existen supuestos que sí lo son.

IV. LIMITACIONES PENALES

Si bien no necesariamente un acto ilícito penal afecta la validez de los contratos, véase por ejemplo los supuestos de adquisiciones *a non domino*, la regla general es que sí afecte alguno de los elementos o requisitos de validez.

Por lo que, tal como analizaremos más adelante, el ejercicio de la libertad –o libertinaje– de la autonomía privada hace que ante la posibilidad de recaer en una sanción (civil, administrativa, penal) se busque obtener similar resultado utilizando otras normas, evadiendo aquellas a través de estas.

Según lo que se ha ido conociendo en los medios de comunicación, las investigaciones preliminares que se han iniciado en contra de la presidenta⁴ se basan en la presunta comisión de los delitos de enriquecimiento ilícito y omisión de consignar declaraciones en documentos.

Así, pues, en el artículo 22 de la LGI, que hemos revisado previamente, se regula la sanción a los funcionarios por la comisión de los delitos contra la administración pública, dentro de los cuales, precisamente, se encuentra el artículo 401 del CP, que regula el enriquecimiento ilícito.

Para ello, analicemos lo que señala dicho artículo:

Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido [...]

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional [...]

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita (1991).

María del Carmen García Cantizano ha señalado al respecto: “[...] en el ámbito del enriquecimiento ilícito la materia de desvalorización gira en torno

⁴ Véase a RPP Noticias (2024b).

a los efectos lucrativos que para el funcionario le reporta un genérico incumplimiento de sus funciones, mientras este no se encuentra subsumido en otro tipo penal específico” (2021, p. 115).

Así, pues, la autora considera que mientras no haya otros tipos penales dentro de los cuales pueda subsumirse la conducta en cuestión, será de aplicación, recién en ese momento, una posible configuración del delito de enriquecimiento ilícito, teniendo entonces un carácter subsidiario.

García complementa:

Solo podrá imputarse este delito en el caso de que no se establezca con certeza la procedencia del enriquecimiento del funcionario, pero a su vez ello obliga de todas maneras a definir el origen ilícito del mismo, lo que no puede encontrar un origen distinto al del abuso del cargo (García, 2021, p. 119).

En esa línea, podría hablarse en todo caso de una situación de concurso aparente frente a otros delitos como el cohecho pasivo entre otros de los regulados para los supuestos de corrupción de funcionarios. Sin embargo, se debe tener en cuenta que no se trata de la situación de concurso, sino que la imputación de la conducta que se analiza deberá ir de la mano, precisamente, con este carácter subsidiario del delito de enriquecimiento ilícito.

Tal como menciona Manuel Abanto: “Así, el enriquecimiento ilícito es, en gran medida, una figura que busca evitar los espacios de punibilidad frente a delitos de corrupción que no se han evidenciado (conductas que representan ataques más específicos al bien jurídico ‘correcta administración pública’) (citado en Montoya, Torres, Novoa, Rodríguez y Guimaray, 2015, p. 126).

Así, pues, los delitos de corrupción de funcionarios persiguen sancionar aquellas conductas que vayan en contra de una correcta administración pública que, justamente, deben respetar los funcionarios públicos, dentro de los cuales se encuentra el(la) presidente(a) de la República.

Asimismo, en la sentencia emitida por la Primera Sala Especial de Lima, recaída en el expediente 13-2007, del 02 de febrero de 2011, se señaló:

Tiene carácter subsidiario, en cuanto a que la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure otro delito en el que hubiere podido incurrir el sujeto cualificado. Esta última característica excluye la posibilidad de la figura del concurso frente a otros tipos penales

de la misma categoría –concurso aparente de tipos. Ello quiere decir, que si las pruebas aportadas al proceso, permiten deducir con certeza que el incremento fue fruto, por ejemplo, de un peculado, de un cohecho, etc., obviamente al servidor público se le condenará por el peculado, o por el cohecho, quedando excluido de su aplicación el enriquecimiento ilícito –*Lex primaria derogat legis ubi diariae*– (citado en Montoya, Torres, Novoa, Rodríguez y Guimaray, 2015, p. 127).

Queda claro entonces que no es de aplicación directa la imputación del delito de enriquecimiento ilícito cuando lo que debe hacerse, en primera instancia, es contrastar los elementos típicos de dicho delito frente a los de otros delitos de corrupción de funcionarios, tomando en cuenta el carácter subsidiario, de modo que no debería existir un concurso aparente de los otros delitos frente al de enriquecimiento ilícito.

Ahora bien, consideramos que el delito especial específico más próximo al delito de enriquecimiento ilícito, para el presente caso, es el de cohecho pasivo propio, regulado en el CP de la siguiente manera:

Artículo 393.- Cohecho pasivo propio

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas [...]

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas [...]

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja [...] (1991).

El recurso de nulidad 1875-2015 Junín, respecto de la configuración del delito de cohecho pasivo propio señala:

OCTAVO. [...] Sin embargo, el delito de cohecho pasivo propio exige que el funcionario o servidor público solicite o acepte donativo, promesa o cualquier ventaja para la realización de un acto funcional indebido.

La prueba del hecho, desde luego, debe abarcar la existencia del acuerdo previo o pacto venal en orden de aceptar o recibir, solicitar y con-

dicionar un acto funcional a un donativo, promesa o ventaja, la cual incluso debe precisarse, por lo menos, en sus contornos mínimos que la hagan identificable. Si no se verifica que ninguno de esos medios concurre, sencillamente, el delito no aparece [Conforme: SALINAS SICCHA, RAMIRO: Delitos contra la Administración Pública, Ed. Grijley, Lima, dos mil nueve, página cuatrocientos sesenta y cuatro] [...] (2016).

En otras palabras, para la imputación adecuada de este tipo penal, deberá indicarse o, en todo caso, se debe poder demostrar la fuente de la conducta que se regula, es decir, el acuerdo pactado para cometer la conducta ilícita. Dicho de otro modo, en el presente caso debería existir una conexión lógica y demostrable entre ‘el préstamo’ de los relojes Rolex de parte del gobernador a la presidenta a cambio de que esta actúe en beneficio de este.

Debe tenerse en cuenta que se menciona el término de ‘ventaja’ o beneficio, el cual consideramos contiene al de ‘liberalidad’, y se le aplica todo lo antes desarrollado, es decir, que puede incluirse cualquier derecho real en cosa ajena que sea sin contraprestación o mutuo gratuito.

En vista de ello, el requisito que incluye este tipo penal es precisamente que el funcionario público realice un acto en violación de sus obligaciones. Para el presente caso, consideramos que se violaría lo estipulado en la LGI que se desarrolló anteriormente y en lo que calza la prohibición de aceptación de liberalidades de parte de un gestor de interés.

Si bien aún no se ha evidenciado la relación del ‘préstamo’ de los relojes Rolex a cambio de un favor determinado que, en aras de haberse violado la LGI, debe ser la toma de una decisión pública como, por ejemplo, la promulgación de un decreto supremo, se podría inferir que hay indicios de un acto de corrupción.

Ello pues, como se ha podido apreciar en las declaraciones de los personajes de este caso, se ha intentado justificar⁵ dicho préstamo –intento de obsequio– como un acto generoso en favor de la imagen de la presidenta en eventos protocolares propios del cargo.

La Fiscalía de la Nación deberá realizar la investigación correspondiente para hallar los elementos que permitan la configuración de esta conexión que, de momento, quedan meramente en un supuesto.

Volviendo a la conducta penal que sí es materia de investigación, revisemos el último párrafo del artículo referente al enriquecimiento ilícito:

Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito
[...]

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita (CP, 1991).

Tal como hemos indicado, la configuración de este delito es subsidiario, siendo que debe analizarse que la o las conductas investigadas no calcen, o no puedan calzar, dentro de la configuración de otros delitos de corrupción de funcionarios, y recién en ese momento será aplicable la imputación de este.

No obstante ello, es menester analizar qué significa un incremento ilícito. Para nuestros efectos, el incremento patrimonial se configura en los actos de liberalidad, dado que, a pesar de que no exista una transferencia de propiedad, el uso temporal, en este caso de joyas de alta gama, tiene un valor.

Los actos de liberalidad en el otorgamiento de derechos reales sobre bienes ajenos permiten en dicho periodo que el beneficiario pueda obtener una utilidad, los cuales, pese a ser temporales, generan incrementos en el patrimonio.

Ahora bien, de demostrarse que efectivamente hubo una violación a las prohibiciones de liberalidades estipuladas en la LGI, es decir, que se obtenga algún medio probatorio que permita indicar que a cambio del ‘préstamo’ de los referidos relojes Rolex por parte del gobernador la presidenta tomó una decisión pública en favor de este, se configuraría el enriquecimiento ilícito.

Para que haya efectivamente una situación de enriquecimiento ilícito, como mencionamos anteriormente, no es necesaria la transferencia de propiedad, sino que bastará que el bien o bienes entregados como actos de liberalidad se hayan dado a título gratuito a través de una cesión de uso.

Si bien existe un trasfondo de que el enriquecimiento ilícito se da por la posesión de bienes con origen ilícito, y que, luego, no se declaran de manera adecuada, en realidad no es necesario que esta condición se cumpla para la configuración del tipo penal:

⁵ Véase a RPP Noticias (2024a).

No es necesario que este provenga de un delito previo, siendo suficiente que su origen esté constituido por actos no ajustados a derecho según los deberes del funcionario público. En esta medida, todo lo que no esté razonablemente justificado será considerado un indicio de incremento indebido del patrimonio del funcionario (Montoya, Torres, Novoa, Rodríguez y Guimaray, 2015, p. 125).

Así pues, que la presidenta haya sido poseedora por la calidad de préstamo en la que dice haber recibido los relojes Rolex, implicaba, según ha declarado y como se mencionó anteriormente, el deber de devolución de los mismos.

No obstante, la situación de la presidenta no quedaría impune, pues el hecho de referir que la recepción de las joyas en calidad de préstamo y posteriormente tener que realizar la devolución, no la exime de que ya haya aceptado un acto de liberalidad que, justamente se encuentra prohibido por la LGI. Así pues, se deberá considerar lo siguiente:

Ahora bien, no se debe confundir el hecho de que el enriquecimiento ilícito es un delito de consumación instantánea con la naturaleza permanente del mismo. Por tanto, si bien el delito se consuma en un primer momento (incorporación del bien) el núcleo del mismo yace en un segundo momento donde se mantiene en el tiempo (la situación de enriquecimiento) y en el que el delito se sigue consumando hasta que se abandone la situación antijurídica (Montoya, Torres, Novoa, Rodríguez y Guimaray, 2015, p. 124).

En ese sentido, independientemente del modo y título bajo el que la presidenta haya recibido, o aceptado recibir, los relojes Rolex de parte del gobernador regional de Ayacucho, ello no exime el hecho de que por determinado tiempo ella haya poseído dichos bienes cuyo valor individual puede ascender hasta 14 000 USD.

Esto quiere decir que la presidenta tenía la obligación de consignar dicha información en las declaraciones juradas presentadas para su gestión actual. De modo que la omisión de esta información, que está orientada a la transparencia y ética de los funcionarios públicos, podría conllevar a una conducta de corrupción, de la cual no se tiene evidencia fuerte hasta el momento.

A. El deber de declarar

En vista de lo abordado en el punto anterior, es necesario resaltar que todo funcionario público al momento que ingresa al cargo debe realizar una declaración jurada sobre sus bienes, según lo exi-

ge la Ley 30161, Ley que regula la presentación de declaración jurada de ingresos, bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado, la cual, en algunos casos, es publicada en el Diario Oficial El Peruano, como lo indica el artículo 9 de la mencionada ley.

Esta declaración jurada tiene como función poder fiscalizar el patrimonio de los funcionarios públicos, es decir, a aquellas personas cuyo sueldo es otorgado por el Estado a cambio del cumplimiento de las funciones por las cuales ha sido contratado o, en el caso de la presidenta, ha sido entregado a un cargo de alta funcionaria.

Así pues, no es raro que las declaraciones juradas deban ser actualizadas periódicamente a medida que haya cambios, como los incrementos en la esfera patrimonial del funcionario público.

De este modo, en caso haya alguna modificación en el patrimonio declarado durante el mandato del cargo, debe igualmente declararse tal como lo exige la referida ley, siendo que la presidenta, como bien sabemos, no consignó que tenía en su posesión los relojes de alta gama, cuyo valor asciende a miles de dólares, como ya hemos señalado anteriormente.

Ahora bien, en el ámbito penal se regula esto de la siguiente manera:

Artículo 429.- Omisión de consignar declaraciones en documentos

El que omita en un documento público o privado declaraciones que deberían constar o expida duplicados con igual omisión, al tiempo de ejercer una función y con el fin de dar origen a un hecho u obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años (CP, 1991).

Este delito se configura tomando en consideración la obligación de consignar la información requerida en un documento, ya sea público o privado, como literalmente se señala. Así pues, este se encuentra dentro del área de los delitos contra la fe pública, lo que denota la búsqueda de transparencia en las declaraciones brindadas.

En ese sentido, como vimos anteriormente, para la presidenta existe una obligación como funcionaria pública de consignar en una declaración jurada ante la Contraloría General de la República para que sus pertenencias puedan ser monitoreadas por los agentes fiscalizadores que analizan dicha información.

Como se puede observar, este no es un delito especial, es decir, no requiere que una determinada

persona lo cometa, como sí se da en el caso de los delitos de corrupción de funcionarios. Para este tipo penal, basta que exista la obligación –para el presente caso regulada en la Ley 30161– y, por ende, existe la conducta de la persona de declarar la información requerida.

Como se trata de la presidenta, es más claro aún el impacto que tiene la omisión de consignar cierta información en las declaraciones juradas, faltando al deber de transparencia que precisamente se exige y se regula en la LGI.

Así, el acto de liberalidad –el préstamo de los relojes Rolex– y la omisión de consignar dicha información van de la mano en el análisis que hemos venido realizando, pues precisamente se puede presumir que lo que no haya sido debidamente declarado en el documento podría tener un origen ilícito ya que, como hemos visto anteriormente, no es necesario que se presente para que se pueda configurar el delito de enriquecimiento ilícito.

V. EL FRAUDE A LA LEY

Dice el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente 00018-2009-PI/TC:

Se entiende por fraude a la ley a “una conducta que aparentemente es conforme a una norma (a la llamada norma cobertura), pero que produce un resultado contrario a otra u otras normas o al ordenamiento jurídico en su conjunto (norma defraudada)” (Atienza y Ruiz, 2006. p. 74).

En concreto, la figura de fraude a la ley se produce mediante la utilización de una norma jurídica válidamente posible, pero a la vez aparente, para lograr con ella fines contrarios a los previstos por el ordenamiento jurídico.

En términos sencillos Escobar indica que:

En términos generales, el fraude a la ley es un mecanismo que intenta impedir que la acción X se realice a la luz del texto de la Regla 1 (“regla de cobertura”) debido a que esa acción vulnera la finalidad de la Regla 2 (“regla defraudada”). El fraude en cuestión, por lo tanto supone que la acción X es (a) conforme con la literalidad, pero no con la finalidad de la regla 1; y, (b) disconforme con la finalidad, pero no con la literalidad de la regla 2. Se presenta, entonces, una situación conflictiva entre (i) la “regla de cobertura” y (ii) la “regla defraudada”: la primera ampara la acción X en términos formales pero

no sustanciales y la segunda prohíbe la acción X en términos sustanciales pero no formales (2021, p. 63).

Tenemos entonces que existe una Regla 2 que prohíbe, limita o restringe una conducta X (regla defraudada), pero que existe otra Regla 1 (regla de cobertura) que ampara de forma literal a X, generándose un conflicto entre ambas reglas, dado que mediante la aplicación de una se ‘saca la vuelta’ a la otra.

A. Caso Ataucuri c. Delosi

Con fecha 17 de febrero de 2011, DELOSI S.A. celebró un contrato de arrendamiento con los sres. Ataucuri (con participación de SIGDELO S.A.) sobre un bien inmueble ubicado en la Av. Bolívar, estipulándose que este iba a durar un plazo de 20 años.

En el contenido del contrato se estipuló, aparentemente, la existencia de dos relaciones de arrendamiento: (i) un primer contrato con DELOSI S.A., cuyo plazo de duración se desarrollaría en los primeros diez (10) años, es decir, desde febrero de 2011 hasta febrero de 2021; y (ii) un aparente segundo contrato con SIGDELO S.A. que sería celebrado en los diez (10) años posteriores, es decir, desde febrero de 2021 hasta febrero de 2031.

Se reguló, asimismo, que el arrendador autorizaba a la arrendataria a subarrendar parcial o totalmente el inmueble a empresas vinculadas en el mismo grupo económico⁶.

Este contrato sería un supuesto de autonomía privada funcional si no es que la posesión del inmueble la mantuvo DELOSI S.A. en la ejecución del supuesto segundo contrato, dado que SIGDELO S.A. le había subarrendado el inmueble.

Tenemos entonces una **Regla 2** en el CC que indica:

Artículo 1688.- El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años. [...] Todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos (1984).

Conforme al miembro de la Comisión Revisora del CC, Jack Bigio, el artículo 1688 del CC es una norma de observancia obligatoria (2003). Al ser una norma imperativa, esta es definida como: “aquellas que no admiten abrogación convencional, por lo que deben ser cumplidas bajo pena de sanción” (Escobar y Cabieses, 2013, p. 121).

⁶ DELOSI S.A. y SIGDELO S.A. pertenecen al mismo grupo económico.

Los privados, en este caso, han utilizado la figura del grupo económico para que dos empresas distintas, pero vinculadas, puedan ‘sacarle la vuelta’ al artículo 1688. Cada una pacta un contrato de arrendamiento (artículo 1666) respetando el límite legal de los diez años, pero que, en la realidad, la posesión del inmueble sigue siendo del mismo sujeto por los veinte años, dado que habilitan la posibilidad del subarrendamiento.

B. El caso de los Rolex

Luego de la difusión a través de un medio de prensa sobre la colección de los relojes Rolex de la presidenta el día 14 de marzo del presente año, la mandataria declaró al día siguiente a raíz de una pregunta de un periodista:

En principio lo que yo quiero decirle, no a la noticia tendenciosa, sino al Perú entero. Trabajo desde mis 18 años, y lo que tengo es fruto de mi esfuerzo y de mi trabajo. El artículo en particular es de antaño, lo uso muy eventualmente. Y, lo que quiero decir, he entrado al Palacio de Gobierno con las manos limpias, y saldré con las manos limpias, como lo he prometido al pueblo peruano. Y no solo porque lo he prometido, sino porque en mi ADN está no ser corrupta⁷.

Así inició esta travesía de intentar justificar el origen de aquellos relojes Rolex que dio paso a investigaciones por parte de la Fiscalía de la Nación, pues con fecha 18 de marzo de 2024, el Área de Enriquecimiento Ilícito y Denuncias Constitucionales anunció la apertura de investigación preliminar por la presunta comisión de los delitos de enriquecimiento ilícito y omisión de consignar declaraciones en documentos, regulados en los artículos 401 y 429 del CP.

Unos días después, el 20 de marzo de 2024, luego de distintas vinculaciones entre el gobernador regional de Ayacucho, Wilfredo Ocorima, y la presidenta Dina Boluarte, a raíz de una pregunta de la prensa, el gobernador señaló:

Voy a ser enfático, esto es una patraña de personas malas que quieren hacerle daño a la presidenta de la República. Yo no tengo nada que ver absolutamente en este tema. [...] Me he reunido en muchas oportunidades para ges-

tionar los pedidos que el pueblo me ha pedido y traer obras para nuestra región. [...] No tengo nada que decir, repito, para mí eso es una mentira, una falacia⁸.

Dicha intervención denota la calidad de **gestor de intereses**, mediante la cual el gobernador regional de Ayacucho habría estado manteniendo reuniones con la presidenta.

De otro lado, con fecha 04 de abril de 2024, Humberto Abanto, abogado del gobernador regional de Ayacucho, señaló:

Lo que mi cliente niega terminantemente [es] haber regalado relojes o pulseras a la señora presidenta. [...] Lo que digo puntualmente es que en referencia exclusiva a que él haya regalado algún reloj o alguna pulsera a la señora, él me dice que no lo ha hecho⁹.

Sin embargo, al día siguiente, con fecha 05 de abril de 2024, la presidenta brindó un mensaje a la nación en el cual, entre otros puntos, indicó:

Respecto de los relojes, debo reconocer, que fue una equivocación haber aceptado en calidad de préstamo estos relojes [...] los cuales ya los he devuelto. Y como esos relojes no son de mi propiedad, no estaba obligada a declararlos en la declaración de bienes y rentas¹⁰.

Finalmente, dentro de tantas contradicciones, el abogado Humberto Abanto ha señalado expresamente ante el cuestionamiento de dichas acciones: “Una liberalidad no es un préstamo, en términos jurídicos estrictos [...] No es un regalo acotado en el tiempo, es un préstamo. Los préstamos son préstamos. Los préstamos tienen la obligación de devolución”¹¹. Así, pues, en aras de defender de la opinión pública a su patrocinado, el abogado ha indicado que los préstamos no podrían calzar por ningún motivo como una liberalidad, las cuales precisamente están prohibidas, salvo excepciones, dentro de los actos de gestión de intereses.

C. El rechazo como regalo y la vulneración de normas

Tal como lo hemos indicado en líneas anteriores, existen obligaciones y delitos que pueden abordarse en el presente caso.

⁷ Véase a TV Perú Noticias (2024).

⁸ Véase a RPP Noticias (2024a).

⁹ Véase a N Portada (2024).

¹⁰ Ello en alusión al gobernador regional de Ayacucho. Véase a Diario El Comercio (2024).

¹¹ Véase a RPP Noticias (2024a).

En primer lugar, podemos abordar la obligación de declarar que, aparentemente, era el primer límite que ha señalado la presidenta.

La declaración del abogado del presidente regional fue clara:

En realidad, el señor Oscorema lo compró con el propósito de obsequiárselo a la señora [...] Su deseo era, fue su intención (de regalarlo). La señora fue muy firme en decirle: Me pones en un problema porque esto tengo que declararlo [...] Cómo voy a explicar que tengo esto¹².

Existe entonces la identificación de los agentes de una obligación que se genera, inicialmente, de declarar en caso sea un acto de liberalidad, entendiéndolo en el marco de una donación.

Ahora bien, tanto bajo la LGI como el CP, pueden ser dispositivos aplicables dado que se configura una liberalidad entendida en el marco que hemos indicado líneas anteriores.

Entendemos que las partes han intentado descartar cualquier supuesto de liberalidad, dado que este podría abrir paso a la vulneración de los artículos 17 y 18 de la LGI, así como estar dentro de los alcances de los delitos de cohecho pasivo o, en todo caso, de enriquecimiento ilícito.

Muestra de ello lo tenemos en la siguiente declaración: "Fue rechazado como regalo y recibido como préstamo [...]. La intención de Oscorema ha sido regalarlo [...]. Las intenciones no cuentan, lo que cuentan son los hechos"¹³.

D. Recibido como préstamo: 'sacar la vuelta' a la norma

Si se ha identificado las normas que limitan el actuar, el fraude a la ley busca, en la autonomía privada y en las disposiciones legales, posibilidades de actuación de manera formal con el objetivo de dejar sin sentido la aplicación de las primeras.

El caso materia de análisis parte de un error conceptual, el colocar a la liberalidad como concepto opuesto al préstamo, no tomando en consideración dos cuestiones importantes: (i) no es un préstamo; y (ii) los préstamos también pueden ser a título de liberalidad.

En primer lugar, cuando se hace cesiones de bienes muebles, nos referimos en estricto a cesiones

en uso y no a préstamos de tipo dinerario. Es importante esta aclaración, dado que los préstamos son mutuos que tienen su propia regulación.

En segundo lugar, en el caso negado que nos encontramos en un préstamo, estos pueden ser a título de liberalidad, dado que puede pactarse que no exista contraprestación.

Por tanto, no nos encontramos en un supuesto de préstamo en ningún sentido. Indicar ello es importante dado que la aclaración nos sirve para también visualizar que el intento de los agentes es evitar la identificación con el concepto de liberalidad.

Hemos indicado que existía la obligación de declarar, y con el argumento de que nos encontramos en un préstamo se buscó evitar dicha declaración (supuesto de fraude a la ley). Dado que hemos fundamentado que estamos en un supuesto de liberalidad, afirmamos que dicha situación debió declararse.

Esto adicionalmente buscó evadir la aplicación del artículo 17 de la LGI y de las normas penales que, con las manifestaciones de los agentes, consideramos que hay razones atendibles que pueden aplicarse al presente caso, dado que los agentes han buscado su inaplicación a través del fraude a la ley.

VI. CONCLUSIONES

En el presente texto hemos buscado mostrar que los mandatarios tienen limitaciones para contratar, lo cual tienen su fundamento en posibles conflictos de interés.

Hemos buscado precisar el concepto de liberalidad, dado que este no solo es útil en el ámbito civil, sino que es útil tanto en el administrativo como en el penal.

Finalmente, podemos verificar cómo los agentes del presente caso han buscado que se les inaplique normas (mandatorias y sancionatorias) a través de supuestos de autonomía privada como de otras normas. ¶

REFERENCIAS

- Atienza, M. & Ruiz, J. (2006). *Ilícitos atípicos*. Editorial Trotta.
- Bautista, U. (2024). *Los contratos de liberalidad. Hacia la comprensión de su naturaleza jurídica*

¹² Véase a RPP Noticias (2024a).

¹³ Véase a RPP Noticias (2024a).

y *reconstrucción normativa general*. Asociación Civil Derecho y Sociedad.

Bigio, J. (2003). Límites máximos para el arrendamiento de duración determinada. Artículo 1688. En W. Gutierrez (Coord.), *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VIII*. Gaceta Jurídica.

Diario El Comercio Videos (2024). DINA BOLUARTE sobre el CASO ROLEX: “No debí aceptar que me presten los Rolex”. *El Comercio*. https://www.youtube.com/watch?v=oURBFU9_538

Escobar, F. (2021). *Reglas insensatas. Las inconsistencias conceptuales, estratégicas y políticas del Código Civil*. Palestra del Bicentenario.

Escobar, F. & Cabieses, G. (2013). La libertad bajo ataque: contratos, regulación y retroactividad. *Ius et Veritas*, 23(46), 114-139. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11964>

García, M. (2021). Algunas precisiones sobre los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos. *Ius Et Praxis*, 53(053), 111-124. https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/4970

Montoya, Y., Torres, D., Novoa, Y., Rodríguez, J. & Guimaray, E. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. IDEHPUCP.

N Portada (2024). Humberto Abanto: No es función de la Fiscalía filtrar la carta de Banquero. *Canal N*. <https://canaln.pe/video/n-portada/humberto-abanto-no-funcion-fiscalia-filtrar-carta-banquero-n2601>

Revoredo, D. (2015). *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. Thomson Reuters.

RPP Noticias (2024a). “La presidenta rechazó el regalo de cumpleaños de Wilfredo Oscori-

ma”, señaló abogado Humberto Abanto. *RPP Noticias*. <https://www.youtube.com/watch?v=CPn8TJZhfs>

(2024b). Fiscalía inició diligencias preliminares contra Dina Boluarte por presunto enriquecimiento ilícito. *RPP Noticias*. <https://www.youtube.com/watch?v=E7eyN44CNpY>

Sifuentes, M. (2024). URGENTE Congreso le perdona la vida a los mineros ilegales #LaEncerrona. *Marco Sifuentes*. <https://www.youtube.com/watch?v=fy3IMrDnw8o>

TVPerú Noticias (2024). Presidenta Dina Boluarte en Villa El Salvador, hoy viernes 15 de marzo del 2024. *TVPerú Noticias*. <https://www.facebook.com/noticias.tvperu/videos/244119002123229/>

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).

Código Penal [CP]. Decreto Legislativo 635, 8 de abril de 1991 (Perú).

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Corte Suprema de Justicia de la República, 12 de enero de 2016, Recurso de nulidad 1875-2015 Junín (Perú).

Ley 28024, Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública, Diario Oficial *El Peruano*, 12 de julio de 2003 (Perú).

Ley 30161, Ley que regula la presentación de declaración jurada de ingresos, bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de enero de 2014 (Perú).