



**Corte Superior de Justicia de Lima
Primera Sala Penal de Apelaciones**

Expediente : 00087-2013-15-1826-JR-PE-01
Jueces Superiores : Castañeda Otsu / Peña Farfán / Saquicuray Sánchez
Ministerio Público : Segunda Fiscalía Superior Especializada en Delitos de
Corrupción de Funcionarios
Especialista Judicial : Esquivel Trujillo, Sussy
Sentenciado : Pastor Valdivieso, Aurelio
Delito : Tráfico de influencias
Agravado : El Estado

Sentencia de Segunda Instancia

Resolución N° 26

Lima, quince de mayo
de dos mil quince.

VISTOS Y OÍDOS: En audiencia pública la apelación de sentencia, por los señores jueces superiores integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones, magistrados **Susana Ynes Castañeda Otsu** (Presidenta y Directora de Debates), **Saul Peña Farfán** y **Antonia Esther Saquicuray Sánchez**; y en la que intervienen:

Como parte apelante el sentenciado Aurelio Pastor Valdivieso, asistido por su abogado César Nagasaki Servigón.

Además, interviene en representación del Ministerio Público, la fiscal superior Escarleth Laura Escalante, titular de la Segunda Fiscalía Superior Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios.

Y CONSIDERANDO:

Sentencia materia del recurso de apelación

1. Es materia de apelación la sentencia de fecha 09 de octubre de 2014, emitida por el juez Octavio Barreto Herrera, titular del Primer Juzgado Penal Unipersonal Especializado en delitos cometidos por Funcionarios Públicos, que resolvió condenar a **Aurelio Pastor Valdivieso** como **autor** del delito de tráfico de influencias, en agravio del Estado y, como tal le impuso en calidad de penas principales: **i) cuatro años y seis meses** de pena privativa de la libertad en calidad de efectiva; e **ii) inhabilitación**, conforme al numeral 2 del

artículo 36 del Código Penal, consistente en la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, por el período de **cuatro años y seis meses**¹.


2. Precisamos que el sentenciado se encuentra en libertad al haber dispuesto el juzgador **la suspensión de la ejecución provisional de la pena hasta que quede firme la sentencia**, conforme a la posibilidad prevista en el artículo 402.2 del Código Procesal Penal (*en adelante CPP*), por lo que debe cumplir con 3 reglas de conducta: no ausentarse del lugar de su residencia sin previa autorización judicial, en consecuencia se dispone el impedimento de salida del país; no variar de domicilio sin dar previo aviso al Juzgado; y concurrir a la Mesa de Partes del Sub Sistema Anticorrupción todos los días viernes de cada semana con el de informar sus actividades y registrar su firma en el cuaderno respectivo. Reglas que deberá cumplir bajo apercibimiento de la ejecución inmediata de la condena, y que ha venido cumpliendo según información recabada por este Colegiado.

Imputación fiscal formulada contra Aurelio Pastor Valdivieso

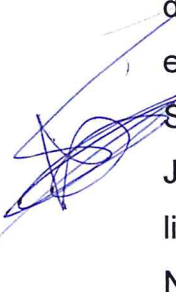
3. En el requerimiento de acusación formulado por la fiscal provincial Janny Pilar Porturas Ganoza De Curotto,² de modo específico imputó a la persona de Aurelio Pastor Valdivieso haber invocado influencias simuladas ante Corina de la Cruz Yupanqui, Alcaldesa de la Municipalidad Provincial de Tocache, en el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones (*en adelante JNE*) del año 2012, Hugo Sivina Hurtado, y el fiscal supremo en lo Penal, Pablo Sánchez Velarde; ofreciéndole interceder ante ellos, a efectos que el primero, quien se encontraba conociendo una solicitud de vacancia en su contra retarde más allá del plazo legalmente previsto la emisión de su pronunciamiento. En relación al

¹ El extremo de la sentencia referido al pago de la reparación civil fijada en cien mil nuevos soles (S/.100,000.00) fue declarado consentido por el juzgador mediante Resolución N° 06, de fecha 20 de octubre de 2014 contra la cual la defensa solicitó la nulidad, la que fue declarada improcedente mediante Resolución N° 12, de fecha 18 de noviembre de 2014. Esta decisión fue apelada, resolviendo esta Sala Superior mediante Resolución N° 17, de fecha 09 de marzo de 2015, confirmar la recurrida. Resolución última, que ha sido objeto del recurso extraordinario de casación.

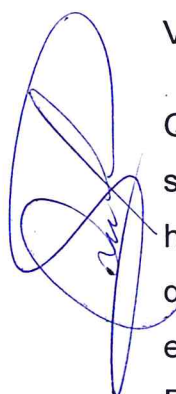
² Titular del Tercer Despacho de la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, de fecha 24 de enero de 2014 y subsanada el 20 de marzo de 2014.



segundo, ofreció interceder para que emita su dictamen de manera favorable y rápida en el proceso penal por difamación que venía conociendo a raíz del recurso de nulidad, para con todo ello evitar que sea suspendida en el cargo, haciendo que Corina de la Cruz le prometa el pago de S/.60,000.00 nuevos soles, bajo el concepto de honorarios profesionales, no habiéndose apersonado como abogado en los dos procesos mencionados. Invocaciones que se dieron en momentos distintos pero que son parte de una idea preconcebida o resolución criminal, considerándose por ello un solo delito continuado.



Conforme a lo estipulado en el artículo 349.1 b) del CPP, la acusación señala como **circunstancias precedentes**, que Corina de la Cruz se encontraba afrontando un proceso de querrela (Exp. N° 2009-2012) por el delito de difamación agravada en agravio de Wilson Edilberto Leiva Estela, proceso en el que había interpuesto recurso de nulidad contra la resolución emitida por la Sala Mixta de Tocache, que confirmó la sentencia apelada emitida por el Juzgado Mixto de Tocache, que la condenó a dos años de pena privativa de libertad y al pago de diez mil nuevos soles de reparación civil. Recurso de Nulidad N° 1964-2012 que se encontraba pendiente de resolución en la Corte Suprema de la República, habiendo pasado a vista fiscal para su pronunciamiento ante el fiscal supremo en lo penal Pablo Sánchez Velarde. Expediente en el cual no obra escrito de apersonamiento de Aurelio Pastor Valdivieso.

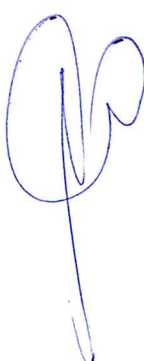


Que, de modo paralelo, Corina de la Cruz se encontraba afrontando una solicitud de vacancia al cargo mencionado en el JNE (Exp. J-2012-880) por haber tenido una sentencia condenatoria firme en segunda instancia, proceso que se encontraba para vista de la causa con fecha 24 de agosto de 2012. En este proceso venía siendo patrocinada por el abogado Carlos Yabar Palomino, quien había presentado varios escritos. En ese contexto, Corina de la Cruz decide también buscar al abogado Pastor Valdivieso, quien había sido congresista por la región San Martín y como su paisano pensó que podía apoyarla legalmente.

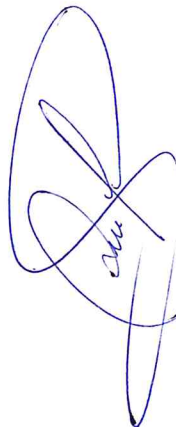
Como **circunstancias concomitantes**, precisa que con fecha 23 de agosto de 2012, Corina de la Cruz se entrevistó por primera vez con Aurelio Pastor Valdivieso en su oficina ubicada en San Isidro en la calle Amador Merino Reyna N° 307, reunión en que le solicita ejerza su defensa como abogado, a lo cual él le responde que lo iba a evaluar y que le daría una respuesta. Como al día siguiente se iba a realizar la vista de la causa del proceso que llevaba ante el JNE y Aurelio Pastor Valdivieso tenía que realizar un viaje a la ciudad de Tarapoto, en las primeras horas de la mañana se dirigieron al local del citado organismo, al que solo ingresó Aurelio Pastor Valdivieso, no determinándose de manera clara con quién se reunió y el tema o motivo de su reunión, al salir le dijo que al día siguiente vaya a su domicilio a recoger unas tarjetas para los miembros del JNE, una de las cuales no pudo entregar por no encontrarse la secretaria, tarjeta que llevaba adjunta una ayuda memoria del expediente del pedido de vacancia.

Que, el 03 de setiembre del 2012, Corina de la Cruz se entrevistó nuevamente con Aurelio Pastor Valdivieso en su oficina, grabando esta entrevista, en la cual este le dijo que había tenido oportunidad de estar en una misma mesa con tres de los miembros del JNE (Sivina Hurtado, Pereira Rivarola y Ayvar Carrasco), que hablaron de su tema y le dijeron que no corresponde una vacancia sino una suspensión, le dijo también que después de dicha reunión habló con el Presidente del JNE, Hugo Sivina Hurtado en su oficina, a quien le pidió como favor que demorase en emitir y notificar la resolución de suspensión, y que lo realizara en los 30 días que la ley le da para resolver después de la vista de la causa, que ante este pedido dicho magistrado le respondió: "*Dalo por hecho tienes 30 días*"; además le dijo que iba a insistirle que se demore más allá de los 30 días, ello con la finalidad de que pueda tener tiempo para que gestione el expediente judicial por difamación agravada y obtenga pronunciamientos rápidos y favorables, es decir, buscaría que la sentencia condenatoria sea declarada nula y con ello pediría al JNE levante la suspensión. Sin embargo, al día siguiente, 04 de setiembre del 2012, el JNE colgó en su página web la Resolución N° 738-2012-JNE de fecha 24 de

agosto del mismo año, mediante la cual declaraba la suspensión de Corina de la Cruz como Alcaldesa.



Le dijo también que tendría que pedirle al fiscal supremo Pablo Sánchez Velarde que su dictamen no solamente lo saque a su favor, sino que lo resuelva rápido, ello para que el expediente regrese rápidamente a la Corte Suprema y se señale la vista de la causa lo más rápido posible, invocando su amistad con el juez supremo Lecaros Cornejo. Luego de haberle dicho ello, Aurelio Pastor Valdivieso hizo que Corina de la Cruz le prometa la entrega de la suma de sesenta mil nuevos soles, en dos partes, diciéndole: *"...para yo correr, yo te propongo lo siguiente, te propongo treinta mil soles de entrada y treinta mil soles de salida"*; a lo que Corina de la Cruz responde: *"Ya sesenta"*. Finalmente, en esta reunión también invocó influencias en la Presidenta del Organismo Supervisor de Contrataciones Estatales (OSCE), Magaly Rojas Delgado, señalando que también iba a hablarle para que emita a la mayor brevedad una resolución de absolución de observación de bases en un proceso de licitación que estaba realizando la Municipalidad Provincial de Tocache. También hizo referencia que tenía un caso del Alcalde de Ascope, quien estaba suspendido y que estaba sacándole la resolución de anulación de su sentencia en la Corte Suprema.



Con fecha 06 de setiembre del 2012, el fiscal supremo Pablo Sánchez Velarde emitió dictamen en el recurso de nulidad mencionado, opinando porque se declaren nulas las sentencias de primera y segunda instancia, debiendo ordenar en fase de instrucción el peritaje omitido (peritaje de audios que el juez habría soslayado) y la ampliación de las testimoniales.

Que, finalmente Corina de la Cruz se reunió por tercera vez con Aurelio Pastor Valdivieso en su oficina, el 18 de octubre de 2012³, que nuevamente fue grabada por Corina de la Cruz, reunión en la cual ella le manifestó tener dificultades para cumplir con el pago de la suma prometida, a lo cual él le

³ Respecto de la fecha de esta reunión, ambas personas han referido que se realizó el 18 de octubre del 2012, sin embargo, según la Carta del Estudio Arbe Abogados Corporativos Financieros, habría tenido lugar el 15 de octubre del 2012.



respondió que no se preocupara, que le pagara cuando vuelva a la Alcaldía; y que había llegado a hablar con el fiscal supremo Pablo Sánchez Velarde, a quien le pidió que *“por favor le ayude con su tema, que no solamente lo saque a su favor sino que además lo saque rápido, y el fiscal lo hizo, lo sacó a tu favor y lo sacó rápido en dos días después de que yo fui... primero conversamos como una hora, es mi amigo, ...”*.. Asimismo, Corina de la Cruz le comentó que su proceso en la Corte Suprema ha tenido vista de la causa el 09 de octubre, contestándole Aurelio Pastor Valdivieso que va a ver su caso en los dos lados, es decir en el JNE y en la Corte Suprema, diciéndole además que no necesita que su abogado lo sepa y nuevamente recalca sus relaciones en el JNE, señalando que lo escuchan porque es amigo conocido y porque confían en él, que el dictamen de la Fiscalía Suprema lo ha sacado hablando con el fiscal supremo y que ahora iba a conversar en la Corte Suprema para que salga a su favor y rápido.

En esta reunión Aurelio Pastor Valdivieso vuelve a referirle el caso que tuvo con el alcalde de Ascope, José Castillo Pérez, graficándole la influencia que tuvo para que la Corte Suprema decidiera a su favor, le dice: *“...he conseguido que el Alcalde de Ascope que se llama Pepe Castillo regrese al municipio, porque el también había sido suspendido igual que tú, le habían sentenciado a una condena en Trujillo y vino aquí a la Corte Suprema, yo conseguí en la suprema, no solamente que le anulen la sentencia sino en este caso le archiven el proceso, y archivado el proceso hicimos todos los trámites ante el Jurado ya desde la semana pasada, ya está nuevamente de alcalde de Ascope”*. Sin embargo, el mismo 09 de octubre del 2012, la Corte Suprema de Justicia (en la Sala integrada por los vocales Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Villa Bonilla y Tello Gilardi), declaró Haber Nulidad en la sentencia de segunda instancia y Nula la sentencia de primera instancia, ordenando que se amplíe la actividad probatoria para que se realice, entre otros, un peritaje de los audios materia de dicho proceso, a fin de determinar si han sido o no editados.

Finalmente, como **circunstancias posteriores**, indica que el 20 de noviembre de 2012 el JNE cuelga en su página web la Resolución N° 1056-2012-JNE, de fecha 09 de noviembre del mismo año, mediante la cual en atención a lo resuelto por la Corte Suprema en el recurso de nulidad dejó sin efecto la suspensión de Corina de la Cruz en el cargo de Alcaldesa, resolución que le fue notificada el 21 del mismo mes y año.

El 25 de noviembre de 2012, Corina de la Cruz denunció públicamente a Aurelio Pastor Valdivieso en el programa periodístico “Cuarto Poder” de América Televisión y al día siguiente en el diario La República, iniciándose la respectiva investigación en la cual los miembros del JNE negaron haber estado reunidos todos juntos en una mesa con el investigado y haber tocado el tema de la solicitud de vacancia ya referida, conforme a las declaraciones de Hugo Sivina Hurtado, José Humberto Pereira Rivarola y Baldomero Elías Ayvar Carrasco. Señala también que el fiscal supremo Pablo Sánchez Velarde admitió haberlo atendido aproximadamente diez minutos y que emitió su dictamen sin ningún tipo de injerencia.

Actuación probatoria en juicio oral y pronunciamiento del juez

4. El juez Barreto Herrera, luego del examen del acusado recibió las declaraciones de los testigos propuestos por el Ministerio Público: **a)** Corina de la Cruz Yupanqui, **b)** juez de la Corte Suprema Hugo Sivina Hurtado, ex Presidente del JNE; y, **c)** fiscal supremo Pablo Wilfredo Sánchez Velarde. Además, se recibió la declaración del perito Pedro José Infante Zapata, quien elaboró los Dictámenes Periciales de Audio N° 1886/13 y N° 3460/13.

En cuanto a la prueba documental, se oralizó la ofrecida por la fiscal provincial consistente en la Carta del Estudio Arbe Abogados Corporativos Financieros, en la que informa de las tres reuniones sostenidas entre Corina de la Cruz y el sentenciado Pastor Valdivieso en dicho estudio, copias certificadas del Expediente N° 122–2009, en el cual el fiscal supremo Pablo Sánchez opinó por la nulidad de la sentencia condenatoria contra Corina de la Cruz; el Acta de transcripción de audio, de fecha 20 de febrero del 2013; los audios que

contienen las conversaciones de fechas 03 de setiembre y 18 de octubre del 2012, entre otros.

5. Las pruebas actuadas además de lo expuesto por Aurelio Pastor Valdivieso en juicio oral, permitieron al juez Barreto Herrera tener por acreditados los siguientes hechos:

- Los diálogos contenidos en los audios grabados por la denunciante Corina de la Cruz, los días 03 de setiembre y 18 de octubre de 2012, no constituyen diálogos usuales entre un cliente y su abogado, pues no se discuten temas jurídicos, sino mas bien fluye de forma espontanea y de propia voluntad de Pastor Valdivieso que tiene amigos en el JNE, refiriéndose al Presidente y que se ha reunido con miembros del JNE para tratar el tema de la testigo. También indica ser amigo del fiscal supremo Pablo Sánchez Velarde, a quien le ha explicado el caso y le ha prometido resolverlo favorablemente y pronto.

- Los diálogos denotan la iniciativa del acusado Aurelio Pastor Valdivieso de invocar influencias, en este caso simuladas y no reales, ya que el juez supremo Hugo Sivina Hurtado y el fiscal supremo Pablo Sánchez Velarde han indicado uniformemente que no son sus amigos.

- La conducta del acusado indujo a formar convicción en la testigo Corina de la Cruz, que efectivamente posee influencias ante el JNE y la Fiscalía Suprema en lo Penal, no referidos a dilucidar los fondos de las cuestiones en controversia en cada proceso, sino más bien a lo que el procesado utiliza como reiterativo, el término “correr y ganar tiempo”.

- Bajo la promesa de “un honorario profesional de entrada y de salida”, logró la aceptación de la propuesta por parte de la testigo Corina de la Cruz, en el entendido que lo que ella buscaba en todo momento no era que un letrado plantee recursos por escrito, pues ya tenía uno, sino más bien a una persona que tuviera un acercamiento a los miembros del JNE y a la Fiscalía Suprema en lo Penal para utilizar influencias prohibidas, para demorar la resolución de un proceso en el primero de los casos y en el segundo, la celeridad en el mismo.

- El mensaje brindado por Aurelio Pastor Valdivieso en buena cuenta era un ilícito ofrecimiento de interceder ante las entidades ya mencionadas mediante la utilización de influencias simuladas para así obtener una ventaja de tipo económico, en este caso, los sesenta mil nuevos soles pactados como honorarios según versión de Aurelio Pastor Valdivieso, pero que se encuentra alejado de la realidad pues no se trataba de un patrocinio de índole administrativo o judicial, sino de una intervención ajena a ello intercediendo ante funcionarios públicos atribuyéndose falsamente influencias, como es el presente caso, basadas según su versión en lazos de amistad.

- Los contenidos de los audios resultan ser lo suficientemente elocuentes que lo que el acusado Pastor Valdivieso pretendió y realizó fue un acto típico de tráfico de influencias simuladas.

- Si bien existen cortes e interrupciones en los audios que alteraron su continuidad, no se ha acreditado que hayan sido alterados o mutilados, o se hayan insertado

diálogos inexistentes o ficticios, contenido que no fue cuestionado por la defensa de Aurelio Pastor Valdivieso, al haber reconocido su voz y lo conversado con Corina de la Cruz.

Hechos que el juez subsumió en el delito de tráfico de influencias simuladas en su tipo básico, y luego de analizar los elementos antijuridicidad y culpabilidad emitió sentencia condenatoria contra Aurelio Pastor Valdivieso, a título de autor por el mencionado delito.

Pretensiones postuladas por la defensa del sentenciado Pastor Valdivieso

6. La sentencia ha sido impugnada por la defensa del sentenciado Aurelio Pastor Valdivieso, quien en su recurso de apelación formalizado el 16 de octubre de 2014, formula una pretensión principal y dos subordinadas: i) Pretensión principal, **solicita la nulidad de la sentencia** y celebración de nuevo juicio oral por afectación de las garantías procesales y constitucionales de la presunción de inocencia, por una indebida valoración de la prueba; y a la defensa eficaz; ii) Primera pretensión subordinada, **solicita la absolución** de su patrocinado por la causa de justificación, ejercicio regular de la abogacía; y iii) Segunda pretensión subordinada, **solicita la revocatoria** parcial de la sentencia en el extremo de la pena y su condición de efectiva.

Desarrollo del juicio de apelación de sentencia

7. En el juicio de apelación de sentencia, las partes formularon sus alegatos de apertura y se recibió la declaración del sentenciado Aurelio Pastor Valdivieso⁴. En la etapa de actuación probatoria se recibió la declaración del perito Pedro José Infante Zapata, ofrecido por la fiscal superior Escarleth Laura Escalante y luego se oralizaron tres documentos solicitados por ambas partes⁵: Hoja de reporte de visitas al JNE, tarjeta membretada dirigida al ex Presidente del JNE Hugo Sivina Hurtado y los audios que contienen las conversaciones entre el

⁴ Artículo 424 del CPP.- Audiencia de Apelación. “3. A continuación se actuarán las pruebas admitidas. El interrogatorio de los imputados es un paso obligatorio cuando se discute el juicio de hecho de la sentencia de primera instancia, salvo que decidan abstenerse de declarar.

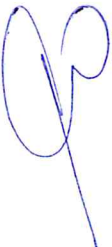
⁵ Artículo 424 del CPP.- Audiencia de Apelación. “4. Pueden darse lectura en la audiencia de apelación, aún de oficio, al informe pericial y al examen del perito, a las actuaciones del juicio de primera instancia no objetadas por las partes, así como, dentro de los límites previstos en el artículo 383, a las actuaciones cumplidas en las etapas precedentes.

sentenciado y la denunciante Corina de la Cruz, de fechas 03 de setiembre y 18 de octubre de 2012.

Posteriormente se escucharon los alegatos de clausura y la autodefensa del sentenciado.

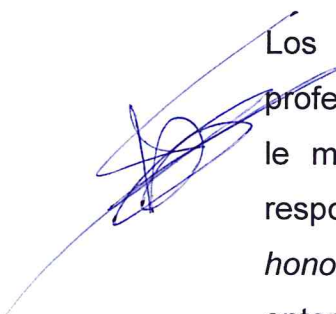
8. Como se indicó, el sentenciado aceptó declarar. Refiere que Corina de la Cruz lo buscó y le explicó cuáles eran los problemas que tenía y quería que elabore el informe oral porque al día siguiente era la vista de la causa, negándose porque iba a viajar y no había tiempo para estudiar el caso; sin embargo, le indicó que no podían vacarla porque no había sentencia firme respecto al caso penal, y por ello la llevó a ver ese tema en el JNE, pero en Mesa de Partes no la dejaron entrar, pues solo reciben a abogados y no a particulares, si bien no estaba apersonado en el proceso sí estaba autorizado porque iba con ella, además sabía que el doctor Yabar era su abogado, pues mientras se dirigían a dicha institución, él le iba informando sobre el caso por teléfono. Acepta que al día siguiente entregó a la denunciante tres tarjetas dirigidas a los miembros del JNE como parte de sus gestiones, a fin de que los magistrados revisen la ayuda memoria que ella adjuntó a las tarjetas y así hablar del tema posteriormente, pues sabía que el JNE recibía a los sujetos procesales aun después de la vista de la causa. Le dijo que la suspensión en el cargo igual se iba a dar y que trataría de conseguir tiempo, pues ya los miembros del JNE le habían dicho cuál era su posición, de la cual discrepaba pues iban a declarar infundada la vacancia pero la iban a suspender en el cargo, lo cual no era justo ya que la suspensión tenía otro fundamento legal y no era el procedimiento.

Que se reunió con Sivina Hurtado, Pereira Rivarola y Ayvar Carrasco, aprovechando el momento para introducir el tema de la denunciante ante los tres miembros y terminada la reunión salió conversando con Sivina Hurtado, quien le dijo que ya le había dicho su postura y él le pidió que fuera justo y se tome los 30 días que prevé la norma para resolver el tema. Que coordinó con el abogado Yabar sobre el caso de difamación, pidiéndole que agilice el envío del expediente a la Fiscalía y así poder conversar con el fiscal supremo

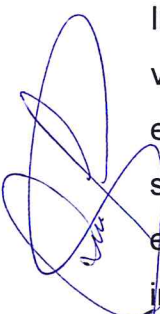


Sánchez Velarde, lo que hizo el 05 de setiembre de 2012, pues si bien no estaba apersonado al proceso sí estaba autorizado por la denunciante. En dicha reunión no habló por el fondo del asunto, sólo porque se pronuncie rápido, pero sí le expuso sus fundamentos pues tenía que abogar para que salga a su favor, y en efecto el dictamen fiscal salió al día siguiente por la gestión que hizo como abogado.

La denunciante Corina de la Cruz lo buscó para grabarlo y no para contratarlo, pues ella le pedía que sobornara a los magistrados que estaban viendo su caso de vacancia y si bien en ese momento debió cortar la comunicación, le indicó que “con plata no lo vas a arreglar”; porque Sánchez Velarde y demás eran sus amigos haciéndole ver que eran personas correctas, a tal punto que siendo sus amigos iban a resolver en su contra.



Los S/.60,000.00 nuevos soles que le solicitó fueron por sus servicios profesionales (honorarios) por ambos casos, por ello, en el tercer dialogo ella le menciona que no había logrado conseguir los 50 mil nuevos soles, respondiéndole que se olvide de eso porque incluso podía llevar su caso *ad honorem*, y que ese no era el tema sino que debía ser seria y no desaparecer, enterándose que había contratado otro abogado.



9. En su autodefensa sostiene que no tiene experiencia como abogado litigante o cuál debe ser el trato con su cliente; que no era la primera vez que veía un tema ante el JNE, pues en esos momentos ya defendía causas de su especialidad ante el JNE o el Tribunal Constitucional. Sobre el audio del 03 de setiembre señala que, en la primera parte de la conversación, él le dio la explicación jurídica de su caso; también que conversó con los magistrados e intercambiaron ideas jurídicas de la posición de la denunciante y que si bien, no estaba de acuerdo con el criterio que tenían este debía respetarse, pero que en ningún momento le ofreció un método para que el JNE cambie de criterio ni tampoco le dijo que al ser amigos suyos lo cambiarían para que lo saquen a su favor.

Fundamentos del Colegiado

Sustento normativo

10. En relación a la tipificación jurídica, los hechos fueron subsumidos en el delito de tráfico de influencias simuladas, en la modalidad básica, prevista en el primer párrafo del artículo 400 del Código Penal, en atención a que el sentenciado Aurelio Pastor Valdivieso no tiene la calidad de funcionario público. El texto de dicho dispositivo es el siguiente⁶:


“El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años”.

11. En relación a la competencia, esta Sala es competente para conocer el recurso de apelación, conforme al numeral 1 del artículo 27 del CPP⁷ y numeral 1 de su artículo 409. Esta última disposición nos otorga competencia solo para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad, en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por los impugnantes. Disposición que debe ser concordada con el literal b) numeral 3 del artículo 425 del CPP, que nos faculta dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada.

12. Por otro lado, tratándose de un juicio de apelación de sentencia, el Colegiado tiene en cuenta el numeral 2 del artículo 425 del CPP, que estipula que la Sala Penal Superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. Dispositivo que establece, como un límite, que no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.

⁶ Artículo modificado por el artículo único de la Ley N° 29758, publicada el 21 de julio de 2011. Texto vigente al momento de los hechos.

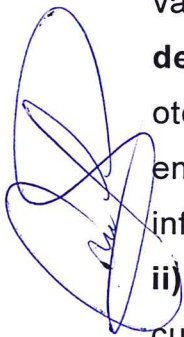
⁷ Artículo 27.1 del CPP: Compete a las Salas Penales de las Cortes Superiores: “1. Conocer del recurso de apelación contra los autos y las sentencias en los casos previstos por la Ley, expedidos por los Jueces de la Investigación Preparatoria y los Jueces Penales -colegiados o unipersonales-”.



13. Consideramos además que en relación al dispositivo anotado, los señores jueces de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, en la Casación N° 05-2007- Huaura⁸, han establecido como criterio jurisprudencial que con arreglo a los principios de inmediación y oralidad, el Tribunal de Alzada no está autorizado a variar la conclusión o valoración que de su contenido y atendibilidad realice el órgano jurisdiccional de primera instancia, lo que reduce el criterio fiscalizador de la Sala Superior, pero no lo elimina. En este entendido, acepta la existencia de “zonas abiertas” accesibles al control, referidas a los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba que sí pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos. Establece también que la sentencia de segunda instancia no vulnera la garantía de motivación suficiente si se remite a la sentencia de primera instancia, siempre y cuando esta resuelva con rigor y motivadamente la cuestión planteada.



Respecto a la nulidad de la sentencia por afectación del principio de inocencia y derecho de defensa eficaz



14. La defensa del sentenciado Aurelio Pastor Valdivieso en la formalización del recurso de apelación, solicitó la nulidad de la sentencia por la afectación de la presunción de inocencia por una indebida valoración de la prueba y a la defensa eficaz. En relación a la **presunción de inocencia**⁹, sus agravios se centran en lo siguiente: *i)* el juzgador ha otorgado valor probatorio a los audios que contienen dos conversaciones entre su patrocinado y la testigo Corina de la Cruz, a pesar de que los informes periciales de oficio indican que han sido manipulados y editados; *ii)* indebida valoración del testimonio de Corina de la Cruz, pues no cumple con el requisito de eficacia y verosimilitud y persistencia en la incriminación, ya que se advierten serias contradicciones entre su

⁸ De fecha 11 de octubre de 2007.

⁹ Principio fundamental consagrado en el artículo 2.24 inciso e) de la Constitución, desarrollado en el artículo II del Título Preliminar del CPP: “Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.”

declaración testimonial y lo consignado en la transcripción de los audios; **iii)** indebida valoración de la prueba documental, consistente en 4 documentos que detalla en su recurso de apelación, señalando que el juez no ha fundamentado en qué medida estos documentos acreditan la responsabilidad penal del recurrente.


En cuanto a la afectación del derecho a la **defensa eficaz**, considera que la falta de prueba de descargo y de contradicción de la prueba de cargo es la que permitió la condena de Aurelio Pastor Valdivieso, error que no hace perder el derecho a la defensa eficaz, ni siquiera de un acusado que es abogado.

15. En sus alegatos de apertura sus argumentos se centraron en la afectación del derecho a la defensa eficaz, que a su criterio contiene un conjunto de contenidos mínimos, entre ellos, el ofrecer las pruebas necesarias para su defensa. Que en el presente caso, el tema de la prueba exigía demostrar que hubo un ofrecimiento de servicios profesionales y que el diálogo entre la denunciante y el recurrente se refieren a actos de abogacía; sin embargo, la defensa anterior postuló ese hecho sin ofrecer las pruebas necesarias, lo que dejó en indefensión a su patrocinado. Por tanto, correspondía al Juez garantizar el derecho a la defensa eficaz, toda vez que el derecho a la prueba no puede quedar bajo responsabilidad del acusado, pese a que este sea abogado¹⁰.


16. En relación a estos agravios, la fiscal superior sostiene que hubo una debida valoración de la prueba, pues los audios fueron sometidos a peritaje y no presentan alteración ni cortes. Que la defensa no ha precisado cuál es la parte del audio que ha sido editada, que el recurrente ha aceptado que es su voz la contenida en el audio y por ello ofreció disculpas públicas. El sentenciado sí contó con defensa efectiva, la cual ofreció pericia de parte y

¹⁰ Se precisa que estos argumentos fueron invocados al solicitar el reexamen de los medios probatorios en segunda instancia; pedido que fue declarado infundado mediante Resolución N° 25 emitida en audiencia de fecha 23 de abril de 2015.

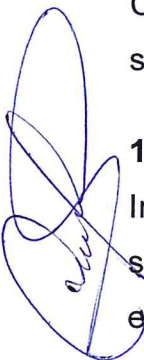
medios de defensa, siendo asesorado por dos conocidos abogados que dictan cátedra en prestigiosas universidades.



17. Para resolver la nulidad deducida, el Colegiado tiene en cuenta que el artículo 150 del CPP prescribe: *“No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aún de oficio, los defectos concernientes: d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución”*; y lo resuelto por los señores jueces de las Salas Penales de la Corte Suprema, quienes han fijado como línea interpretativa que la vulneración del derecho objetivo no necesariamente produce nulidad de actuaciones, pues esta tiene como presupuestos no solo la vulneración de la ley sino principalmente la generación de una indefensión material a las partes procesales o la absoluta desnaturalización del procedimiento lesiva a los principios y garantías que le son propios e insustituibles. La nulidad pues, está condicionada a las infracciones de relevancia constitucional¹¹.



18. Como se advierte, la defensa alegó la violación a la presunción de inocencia por una indebida valoración de la prueba. Sin embargo, en los alegatos de apertura, su fundamentación se centró en la afectación al derecho a la defensa eficaz. No obstante esta actitud de la defensa, el Colegiado emitirá pronunciamiento teniendo en cuenta que la fiscal superior contestó dichos agravios y merecen una respuesta.



19. En cuanto a la **manipulación y edición de los audios**, el perito Pedro Infante Zapata que acudió a juicio oral de primera instancia concluyó en sus dictámenes periciales N° 1886/13 y N° 3460/13 que el audio estaba editado porque no inicia con un punto muerto, sino que empieza y termina con una conversación interrumpida; y no debió consignar que se había detectado incoherencias de lógica entre los diálogos pues no le correspondía efectuar dicha valoración por no ser especialista en el tema.


¹¹ Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116, de fecha 06 de diciembre de 2011. Asunto: Constitución del actor civil, requisitos, oportunidad y forma.

En esta instancia, al ser preguntado por la fiscal superior el motivo por el cual señaló que en el minuto 15:30 que hay una alteración espectral respecto a la cinta magnética marca Sony HF90 lado "A", de fecha 03 de setiembre de 2012, refiere que lo que está hablando es de una incongruencia semántica que no le correspondía hacer porque él se basa en detalles técnicos y que el gráfico no revela un corte o una desconfiguración espectral, lo que significa que están hablando continuamente. Brinda otros detalles, por ejemplo que edición y corte es básicamente lo mismo; y que en la cinta correspondiente al día 18 de octubre de 2012, lado A, no se ha detectado inserción por adición en el audio.

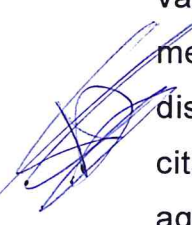
El Colegiado toma en cuenta que en el recurso de apelación se insistió en la manipulación de los audios; sin embargo, no existe controversia en relación a los audios que contienen la conversación grabada por Corina de la Cruz con Aurelio Pastor Valdivieso, respecto a las dos reuniones sostenidas entre ellos para tratar el tema de la vacancia en el cargo de la primera como Alcalde de la Provincia de Tocache, pues el sentenciado ha reconocido su voz y no se formularon observaciones en la transcripción de las actas. Además, el Colegiado ha escuchado los audios¹² de fechas 03 de setiembre y 18 de octubre de 2012, constatando que los diálogos son fluidos, secuenciales y sin cortes, y, que es Aurelio Pastor Valdivieso el que más interviene en la conversación. Estando a lo anotado este agravio debe ser desestimado.

20. Respecto a la indebida valoración del testimonio de Corina de la Cruz, el Colegiado tiene en cuenta lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 425 del CPP. En efecto, este dispositivo prescribe que la Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia. Por razones de inmediación no podemos otorgar un valor diferente al que le dio el juzgador, pero apreciamos que en el fundamento décimo cuarto de la sentencia impugnada se ha valorado

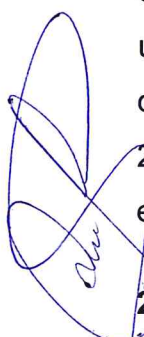
¹² En audiencia de apelación de fecha 30 de abril de 2015.



dicho testimonio conforme a los criterios desarrollados por los jueces en lo penal de la Corte Suprema de la República en el Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116¹³, teniendo en cuenta las circunstancias de: ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación; y le ha otorgado una valoración positiva. Agregando el Colegiado que Aurelio Pastor Valdivieso refiere que conocía a la denunciante y que no tenían amistad ni tenía problemas con ella.



21. Por otro lado, la defensa pudo solicitar a esta Sala se cite a la testigo Corina de la Cruz e interrogarla respecto a las contradicciones a que alude en su recurso de apelación, inclusive hubiese solicitado un careo de ser el caso¹⁴ y así este Colegiado a través del principio de inmediación, valoraría su testimonio conforme a las reglas del acuerdo plenario antes mencionado. Solicitud que encuentra amparo legal conforme a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 422 del CPP, que permite que sean citados a la audiencia de apelación aquellos testigos, incluido los agraviados que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala por exigencias de inmediación y contradicción considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia. Por el contrario, la defensa en esta instancia ofreció como nueva prueba la realización de una pericia psiquiátrica a la citada testigo, solicitud que fue denegada¹⁵ y que fue materia de reexamen en la audiencia de fecha 23 de abril de 2015, declarándolo improcedente. Motivos por los cuales, este agravio no es de recibo por el Colegiado.



22. En lo que respecta a la **indebida valoración de cuatro documentos**, estos se refieren a: **i)** Relación de visitantes a la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal del 05 de setiembre de 2012, **ii)** Reporte de visitas al JNE en el que consigna la visita de Aurelio Pastor Valdivieso el 23 de

¹³ Emitido con fecha 30 de setiembre de 2005. Asunto: Requisitos de sindicación de coacusado, testigo o agraviado.

¹⁴ Conforme lo previsto en el artículo 182 del CPP.

¹⁵ Mediante Resolución N° 24 de fecha 13 de abril de 2015.


agosto de 2012, indicando motivo personal, **iii)** ayuda memoria sobre el proceso electoral de Corina de la Cruz, adjuntado a una nota escrita a mano por el citado sentenciado y dirigida al Presidente del JNE, Hugo Sivina Hurtado y, **iv)** copias certificadas de los expedientes correspondientes a los procesos penal y administrativo seguidos contra Corina de la Cruz.


Respecto al primer documento, de la revisión de los actuados se advierte que no fue ofrecido como medio probatorio, en consecuencia no podía ser actuado ni valorado, conforme a lo establecido en el artículo 393.1 del CPP. En cuanto al segundo y cuarto documento, en estricto, lo argumentado no constituye un agravio sino la valoración que realiza la defensa de estos medios probatorios, considerando el Colegiado que el juzgador ha efectuado una valoración de todos los medios probatorios y concluye que la conducta de Aurelio Pastor Valdivieso se subsume en el delito de tráfico de influencias, y que no se ajusta a un ejercicio regular de la abogacía, descartando la tesis de defensa referida al delito provocado. En cuanto al tercer documento, ha sido valorado conforme aparece del fundamento vigésimo de la sentencia. Razones por las cuales este agravio se desestima.

23. En lo atinente a la afectación del **derecho a la defensa eficaz**, de la revisión de los actuados, el Colegiado advierte lo siguiente:

- (i) El sentenciado Aurelio Pastor Valdivieso fue asistido por el abogado Julio Rodríguez Delgado, abogado de su libre elección.
- (ii) El abogado Julio Rodríguez en la etapa de investigación preparatoria presentó medios de defensa, entre ellos, la excepción de improcedencia de acción, declarada infundada por el juez de la Investigación Preparatoria y confirmada por este Colegiado.
- (iii) En la etapa intermedia el abogado Julio Rodríguez Delgado solicitó el sobreseimiento y formuló diversas oposiciones a la admisión de medios probatorios aportados por el Ministerio Público, entre ellos, los testigos Corina de la Cruz, Baldomero Ayvar Carrasco, Hugo Sivina Hurtado y

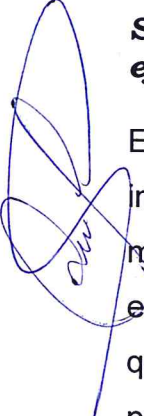
Pereira Rivarola y los peritos Milton Hinojosa Delgado y Tito Loyola Mantilla. También se adhirió a las testimoniales de Pablo Sánchez Velarde y el perito Pedro Infante Zapata.

- 
- (iv) En la etapa de juicio oral, fue asistido por el abogado César Azabache Caracciolo como abogado interconsulta, interrogó a los testigos Corina de la Cruz¹⁶ y Pablo Sánchez Velarde¹⁷; y formuló objeciones en el interrogatorio de Hugo Sivina Hurtado¹⁸.
- (v) Además defendió su teoría del delito provocado, que no fue amparada por el juez.



Adicionalmente, el Colegiado considera que el sentenciado no es un ciudadano común, sino un abogado que estudió en una universidad de prestigio, congresista durante 10 años y como tal ejerció función legislativa; asimismo, desempeñó el cargo de Ministro de Justicia participando, como tal, en el proceso de reforma penal, conforme lo ha referido en juicio.

Las razones anotadas permiten concluir que en el caso que nos ocupa no se generó indefensión. En consecuencia la pretensión principal de nulidad de actuados por afectación al principio de presunción de inocencia y derecho a la defensa, se desestima.



Sobre la absolución por causa de justificación consistente en el ejercicio regular de la abogacía

El Colegiado precisa que la tipicidad ya fue objeto de una excepción de improcedencia de acción, en la cual la Sala determinó que el hecho era típico mas no delito. Por tal motivo declaró admisible el recurso de apelación en este extremo, lo que implica la discusión de la antijuridicidad, teniendo en cuenta que el juzgador ha concluido que Aurelio Pastor Valdivieso no ejerció un patrocinio de índole administrativo judicial sino una intervención ajena a ella (fundamentos décimo sexto y vigésimo quinto). Postula la defensa que debe

¹⁶ Conforme se advierte en la sesión de juicio oral de fecha 03 de setiembre de 2014.

¹⁷ Conforme se advierte en la sesión de juicio oral de fecha 08 de setiembre de 2014, en la que participó el abogado Azabache Caracciolo.

¹⁸ Conforme se advierte en la sesión de juicio oral de fecha 05 de setiembre de 2014.

determinarse si en los diálogos se advierte un acto de abogacía (causa de justificación) o un acto delictivo de tráfico de influencias.

24. La defensa, en su recurso de apelación, sostiene que el juez erróneamente concluye del contenido de las conversaciones grabadas, que su patrocinado ha incurrido en la conducta típica de ofrecer influencias, sin embargo, su conducta se ha enmarcado en el libre ejercicio de la abogacía, un ofrecimiento de estrategias legales ante un problema de un cliente, la testigo Corina de la Cruz, que implicaba el manejo de dos ramas del Derecho, como son el Derecho Penal y el Derecho Electoral.

En su alegato de apertura reitera que se trata de una relación abogado-cliente, en la cual el recurrente le indica a la denunciante que hará las gestiones respecto a su caso de vacancia en el cargo de Alcaldesa de Tocache y el proceso penal por difamación. La amistad no puede criminalizar los actos del abogado, y que su actuación tuvo como finalidad realizar las gestiones para motivar ante los miembros del JNE y el fiscal supremo Pablo Sánchez Velarde la estrategia legal que había pensado.

En sus alegatos de clausura argumenta que la estructura del ejercicio legítimo de la abogacía exige probar la concurrencia de tres elementos: *i)* ser abogado, *ii)* que la actuación sea en el ejercicio profesional de la abogacía y *iii)* que esta sea legítima o regular. Se centra en los dos últimos elementos, pues no hay controversia sobre la calidad de abogado de su patrocinado. En cuanto al ejercicio profesional, el juez descarta que se trata de un acto de abogacía porque el sentenciado no se apersonó a los casos de Corina de la Cruz y al ser un hecho normativo que requiere probanza, hay una insuficiencia en la motivación de la sentencia. Que, el juez debió remitirse al Código de Ética Profesional del Abogado, cuyo Glosario de Términos define al servicio profesional como la actividad en la que el abogado utiliza sus conocimientos jurídicos con independencia de si es remunerado o no. Incluye desempeñarse como litigante, asesor legal, gestor de intereses, árbitro, conciliador,



congresista, docente, fiscal, funcionario público, magistrado, investigador, comentarista en asuntos jurídicos, y todo aquel trabajo profesional o académico donde el abogado utilice dichos conocimientos. Que, su patrocinado actuó como gestor de intereses y si bien no es aplicable la Ley N° 28024, esta **define como actos de gestión** a la comunicación oral o escrita, cualquiera sea el medio que utilice, dirigida por el gestor de intereses a un funcionario de la administración pública, con el propósito de influir en una decisión pública. En el presente caso, se trataba de un abogado gestor de intereses que llevaba la defensa técnica de otro abogado, la cliente quería que una abogado de mayor prestigio le señale a las autoridades la misma argumentación y así se advierte del diálogo, en el cual no aparece que iba a defender procesalmente a Corina de la Cruz, más bien se desprende un trabajo profesional con conocimientos jurídicos, por lo que el diálogo correspondía a un abogado.

Respecto al tercer elemento, ejercicio regular o legítimo, indicando las normas que regulan el ejercicio de la abogacía, refiere que un acto de abogacía ilegítimo requiere de la violación del Código de Ética Profesional o de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que solo esa conducta puede ser un acto de abogado criminalizado; normas que no han sido analizadas por el juez para criminalizar los actos de su patrocinado. Hace mención a los límites al libre ejercicio de la abogacía: la falta de garantía de patrocinio adecuado, el fin ilícito del caso encomendado, los medios ilícitos para el patrocinio; y, el conflicto de interés, salvo consentimiento informado. Que, en el marco de dichas normas y límites, su patrocinado no usó medio ilícito porque iba como gestor de intereses y si bien se invocó una relación amical, eso no constituye injerencia en las autoridades que conocían los dos casos de Corina de la Cruz.

25. Por su parte, la fiscal superior en sus alegatos de apertura refiere que hubieron tres reuniones entre el recurrente y la denunciante Corina de la Cruz, de las cuales solo se grabaron dos, en la primera del 23 de agosto de 2012, la denunciante buscó a Aurelio Pastor Valdivieso por su proceso de vacancia y


por el proceso de difamación; sin embargo, en dicha reunión pese a no haber revisado los expedientes la llevó al JNE, registrándose como motivos personales e ingresando solo al despacho, haciéndole llegar al día siguiente tres tarjetas membretadas con su nombre, evidenciando con ello una puesta en escena para hacerle ver a la denunciante la confianza que tenía con los magistrados del JNE. En la segunda reunión del 03 de setiembre de 2012, Aurelio Pastor Valdivieso invocó influencias con Hugo Sivina Hurtado y Pablo Sánchez Velarde y le dice que era amigo de ellos y que todo se consigue a través de la amistad, diciéndole once veces “hay que correr”, solicitando por todo ello la suma de sesenta mil nuevos soles.

Que, en la declaración de la denunciante existe ausencia de incredulidad subjetiva, pues Aurelio Pastor Valdivieso ha señalado que no ha tenido problemas con ella. Por lo tanto, resulta falso que haya actuado en el ejercicio libre de la abogacía, pues faltó al deber del patrocinio y ética profesional, al ofrecer dilatar el proceso y haciendo ver que las cosas en la justicia se manejan de acuerdo a las amistades, lo que afecta la imagen del Estado.

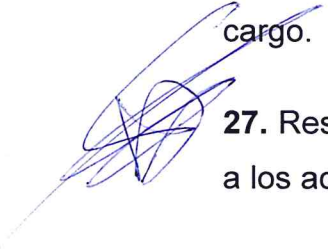
26. Para dar respuesta a este extremo del agravio debe determinarse si la conducta de Aurelio Pastor Valdivieso constituye **actos de abogacía como gestión de intereses** legítimos conforme al artículo 20.8 del Código Penal. Para tal fin, en este caso se analizará la estructura de la causa de justificación de la persona que realiza un ejercicio legítimo de un derecho -actos de abogacía-, en función a la normativa y en conexión con la prueba documental y personal actuada en juicio de primera instancia y de apelación.

27. En cuanto a la normativa, nuestro Código Penal en su Título II: “Del Hecho Punible” regula las bases de la punibilidad (artículos 11 a 15), tentativa (artículos 16 a 19), causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal (artículos 20 a 22) y autoría y participación (artículos 23 a 27). En su Título Preliminar regula la responsabilidad penal como fundamento de la aplicación de la pena (artículo VII) y la proporcionalidad de la pena a la responsabilidad

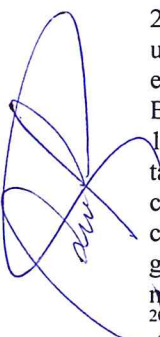
por el hecho, lo que ha dado lugar, según la “dogmática penal”¹⁹, a la Teoría del injusto penal personal, la cual en su fisonomía positiva del delito se divide en tres categorías tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; y en la faz negativa comprende la atipicidad²⁰, causas de justificación y causas de inculpabilidad.



En cuanto a la antijuricidad e injusto, Claus Roxin sostiene: “Una acción antijurídica es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva...”²¹. El artículo 20.8 del Código Penal regula una de las causas de justificación que, en relación al tema que nos ocupa, dispone que se encuentra exento de responsabilidad el que obra en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.



27. Respecto a los presupuestos del ejercicio legítimo de un derecho aplicado a los actos de abogacía, son los siguientes:



¹⁹ Véase VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte General*. 2º ed., editorial San Marcos, Lima, 2001, p. 103 y ss; “El elemento determinante del injusto no es la aparición de un resultado lesivo, sino una determinada configuración o forma de ejecución de la conducta, en la que juegan un papel elementos personales (conocimiento, experiencias, capacidades, etc.)” (Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ; Bernardo José. *Injusto Penal y su prevención ante el Nuevo Código Penal de 1995*. Colex, Madrid, 1997. p. 18); “(...) adaptar el Código Penal al sistema político dibujado por la Constitución sino, también a las nuevas realidades de nuestra sociedad y a los avances que presenta en esta hora la política criminal, la dogmática penal, la criminología y la ciencia penitenciaria. El Código Penal persigue concretar los postulados de la moderna política criminal, sentando la premisa que el Derecho Penal es la garantía para la viabilidad posible en un ordenamiento social y democrático de derecho.” (Exposición de motivos del Código Penal).

²⁰ La atipicidad del delito de tráfico de influencias respecto a que los actos de abogacía de Aurelio Pastor Valdivieso no cumplen con el estándar que exige la Teoría de la imputación objetiva- rol socialmente adecuado, fue materia de pronunciamiento en la Excepción de improcedencia de acción, que fue declarada infundada por el Segundo Juzgado de Investigación preparatoria y confirmada por esta Sala.

²¹ Continúa afirmando, que: “El contenido material del injusto tiene importancia tanto para el tipo (como tipo o clase de injusto) como para la antijuricidad (la concreta afirmación o negación del injusto) (...) la importancia práctica de la antijuricidad material...permite realizar graduaciones del injusto [según su gravedad]... y hace posible formular principios en los que se basan las causas de exclusión del injusto y determinar su alcance (...) también es decisivo para desarrollar y determinar el contenido de las causas de justificación.”(Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Estructura y fundamentos de la teoría del delito*. Civitas, Madrid, 1997, pp. 558- 560).

27.1. Ser abogado

El primer requisito es tener el título de abogado y estar inscrito en el Colegio de abogados respectivo²². En este caso, el sentenciado Aurelio Pastor Valdivieso estudió la carrera profesional de derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y se tituló como abogado en la misma casa de estudios en el año 1993, inscrito en el Colegio de Abogado de Lima, lo cual no es objeto de controversia. Por lo tanto, este requisito ha sido justificado.

27.2. Obrar como profesional en la abogacía

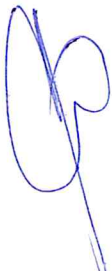
El abogado para ejercer actos de patrocinio en la actividad pública o privada tiene que estar hábil para el ejercicio de patrocinio o la representación procesal en un proceso judicial y/o administrativo, la consultoría o asesoría, gestión de intereses, la función jurisdiccional o notarial y de cualquier otra naturaleza, para lo cual se exige el título de abogado. Para ello, la autoridad competente tiene que verificar que el abogado se encuentre hábil²³ y no esté impedido de ejercer actos de abogacía por causa de una sanción penal, lo que se verifica cuando la Presidencia de la Corte Superior de Justicia del distrito judicial correspondiente comunica la sanción a los órganos jurisdiccionales o cuando el abogado es sancionado disciplinariamente con “suspensión, separación o expulsión”²⁴; así también cuando el abogado es suspendido por no pagar sus cuotas²⁵. En el presente caso, Aurelio Pastor Valdivieso en su declaración en juicio señaló que ha culminado la maestría en Derecho Constitucional y como abogado, entre los años 1993 a 1995 absolvió consultas sobre esta disciplina; entre 1995 a 2000 asesoró en temas de

²²El Código de Ética del Abogado, de fecha 24 de febrero de 2012, en su artículo 1 dispone: “Las disposiciones contenidas en este Código, son obligatorias para los abogados inscritos en los Colegios de Abogados de la República... el ejercicio del patrocinio judicial y/o administrativo, la consultoría o asesoría, la función jurisdiccional o notarial y cualquier otra para la cual se exija el título de abogado, queda comprendido en los alcances del presente Código”. En igual sentido el artículo 63 del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú.

²³ Conforme lo establece el artículo 286 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.


²⁴ El artículo 102 del Código de Ética del Abogado regula las sanciones de: c) Suspensión en el ejercicio profesional hasta por dos (2) años y d) Separación del Colegiado hasta por cinco (5) años y e) Expulsión definitiva del Colegio Profesional.

²⁵ Artículo 6 del Estatuto del Colegio de Abogados de Lima: “Para gozar de los derechos y beneficios deben mantener su calidad de colegiados activos y cumplir sus obligaciones. Los colegiados con 35 años de incorporación activa podrán solicitar la dispensa de pago de sus cuotas ordinarias. Se suspende la calidad de activo por adeudar más de tres meses de las cuotas ordinarias. La calidad de activo otorga al abogado todos los beneficios creados o por crearse.”

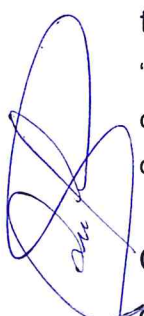


Derechos Humanos, colaboró con la defensa de ex Presidente Alan García Pérez; de 1995 a 2001 fue asesor en el Congreso de la República; y, entre 2001 a 2011 fue Congresista de la República. Por su experiencia se especializó en Derecho Electoral y creó la Escuela Electoral del JNE, y ejerce la profesión de abogacía hasta la fecha. En consecuencia, este requisito no ha sido objeto de controversia y está justificado.

27.3. Ejercicio legítimo o regular del abogado en un proceso judicial o administrativo.



El ejercicio de un derecho es legítimo cuando está establecido y autorizado por ley, donde se reconoce no solo la totalidad de derechos constitucionales (normas permisivas)²⁶ sino también las obligaciones o deberes (normas prohibitivas) como un límite a tal actuación. En el caso de los abogados, tales derechos y deberes se materializan en el patrocinio de un proceso judicial y/o administrativo; el elemento subjetivo del injusto para tal ejercicio exige el conocimiento de tales derechos y cumplir un deber de profesión. Quien actúa en el ámbito de una profesión y al margen del ordenamiento jurídico realiza una conducta lesiva al bien jurídico protegido, por ejemplo, el caso del médico que no solo atiende a sus pacientes sino que además colabora en la ejecución de un acto terrorista, el abogado que no solo representa a su cliente en las transferencias de acciones, sino que además apoya en lavar dinero de este; y "(...) cuando un abogado se expresa duramente en el juicio contra el acusado, pudiendo constituirse un delito de injuria (...) lo mismo puede suceder en el caso de los profesiones como periodistas y médicos."²⁷



Conforme a la deontología del abogado, el patrocinio exige que la prestación de servicios legales se realice dentro del marco legal permitido²⁸, y por lo tanto, el abogado debe abstenerse de realizar cualquier conducta que pudiera influir indebidamente en el tiempo o el modo de resolver por parte de la autoridad. No debe utilizar medios que representen una injerencia para el

²⁶ VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte General*. 2° ed., editorial San Marcos, Lima 2001, p. 362.

²⁷ Cfr. BRAMONT- ARIAS TORRES, Luís Miguel. *Manual de derecho penal. Parte general*. 2° ed., EDILI, Lima, p. 290.

²⁸ BOZA, Beatriz y Del Mastro, Fernando. *Valores en el perfil del abogado*. En: Revista IUS ET VERITAS N° 39, p. 20.

ejercicio imparcial e independiente de la autoridad, ni permitir que el cliente lo haga²⁹.

La intervención de los abogados en un proceso judicial o administrativo que se rige por parámetros formales y objetivos, como parte integrante de sus derechos y obligaciones, comprende entre otros: a) no estar inhabilitado para ejercer el cargo; b) celebración de un contrato de defensa y de los honorarios lícitos y justos³⁰; c) apersonamiento en el proceso penal con manifestación de voluntad del defendido; d) presentación de escritos conforme a ley³¹; e) guardar el secreto profesional³² y reserva de la investigación³³; f) subrogación de abogado que no ejerce una defensa eficaz y/o diligente³⁴; g) sustitución de abogado de libre elección por uno de oficio³⁵; h) reemplazo del abogado defensor inasistente a la diligencia³⁶. Parámetros que permiten a la autoridad competente controlar la intervención de los abogados en el proceso y constituyen un mecanismo de garantía y seguridad jurídica para los justiciables.

²⁹ BOZA, Beatriz y CHOCANO, Christian. “Patrocinio debido: Medios que pueden emplearse”. En: Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Ética y Responsabilidad del Profesional en Derecho. THEMIS. Lima, 2008, p. 186.

³⁰ Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú, en su artículo 34: “(...) monto de los honorarios, el Abogado debe fundamentalmente atender a los siguientes:...IX. La responsabilidad que se derive para el Abogado de la atención del asunto. X. El tiempo empleado en el patrocinio. XI. El grado de participación del Abogado en el estudio, planeamiento y desarrollo del asunto (...)” y artículo 35: “El pacto de cuota litis no es reprochable en principio. En tanto no lo prohíban las disposiciones legales, es admisible cuando el Abogado lo celebra por escrito antes de prestar sus servicios profesionales sobre bases justas (...)”.

³¹ Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 288.10, dispone que son deberes del abogado: “10.- Consignar en todos los escritos que presenten en un proceso su nombre en caracteres legibles y el número de su registro en el Colegio de Abogados, y su firma en los originales, sin cuyos requisitos no se acepta el escrito (...)”.

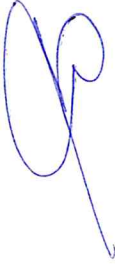
³² Artículo 2.18 de la Constitución. El artículo 327.2 del CPP, dispone que no existe esta obligación de denunciar cuando el conocimiento de los hechos está amparado por el secreto profesional, artículos 30-37 del Código de Ética del Abogado y artículos 10-12 del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú.

³³ Artículo 324.1 del CPP, sobre reserva de la investigación.


³⁴ Artículo 27 del Código de Ética profesional: “Es deber del abogado defender el interés del cliente de manera diligente y con un elevado estándar de competencia profesional”. El artículo 28 regula la diligencia profesional: “El abogado, en la defensa del interés del cliente, debe mantenerse actualizado en el conocimiento del Derecho, principalmente en el área de su especialidad, a través de una formación continua”.

³⁵ Artículo 73 numerales 1 y 2 del CPP, que dispone las sanciones al abogado por alteración del orden.


³⁶ Artículo 85 del CPP.



Asimismo, un abogado puede realizar consultoría o asesoría, gestión de intereses y de cualquier otra naturaleza en el ámbito público o privado donde no se exige con tal rigurosidad los citados parámetros, toda vez que no se toman decisiones de carácter jurisdiccional o administrativa. En el caso de la gestión de intereses en la administración pública se rige por Ley N° 28024³⁷ que en su artículo 1, dispone: “La presente Ley no comprende las funciones jurisdiccionales del Poder Judicial, de los organismos constitucionales autónomos y de las autoridades y tribunales ante los que se sigue procesos administrativos”. Prohibición que se sustenta en que el gestor de intereses tiene “el propósito de influir en una decisión pública” (artículo 2) y porque “promueven de manera transparente sus puntos de vista en el proceso de decisión pública, a fin de orientar dicha decisión en el sentido deseado por ellas” (artículo 3) en los funcionarios con capacidad de decisión pública (artículo 5)³⁸.



28. En el caso en concreto, la defensa sostiene que los actos de abogacía brindados por Aurelio Pastor Valdivieso a Corina de la Cruz en los procesos de vacancia y difamación agravada son legítimos, toda vez que fue gestor de intereses, esto es, que el hecho de correr y pedir tiempo en la demora de la notificación de la resolución del JNE para neutralizar la vacancia es una estrategia legal del abogado y no puede ser cuestionada porque utilizó los términos “son mis amigos”, “los conozco”; pues para ello coordinaba con el abogado Carlos Yabar.



29. A criterio del Colegiado, la prueba actuada en juicio oral de primera instancia y en apelación nos permite concluir de que en tales procesos Aurelio Pastor Valdivieso no realizó realmente una defensa; en efecto, el sentenciado:

- No se apersonó a los procesos en trámite, no presentó escritos, recursos o informes, lo que se ha acreditado con el Oficio N° 432-2013-SG/JNE del Secretario General del JNE, en el cual señala que en el Exp. N° J-2012-880,

³⁷ Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública, de fecha 11 de julio de 2003.

³⁸ Entre ellos, el Presidente y miembros del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, incluyendo su gerente general.

no se acreditó como abogado; con las copias certificadas del referido expediente, en los que figura como abogado Carlos Yabar Palomino; y con el Oficio N° 208-2013-JMT-CSJSM/PJ, remitido por el juez del Juzgado Mixto de Tocache, que da cuenta que en el Exp. N° 122-2009, no aparece escrito de apersonamiento de Aurelio Pastor Valdivieso.

- No contó con la documentación de los expedientes para el estudio de los dos procesos, lo que se corrobora con la declaración del citado sentenciado, en la que refiere que cuando Corina de la Cruz le contó su problema tomó notas en su cuaderno de notas.


- Corina de la Cruz contaba con el patrocinio de Carlos Augusto Yabar Palomino, quien solicitó se desestime el pedido de vacancia ante el JNE, mediante recurso recibido con fecha 08 de agosto de 2012³⁹; posteriormente también tuvo como abogado a Horacio Cánepa.

30. Por el contrario, solo se limitó a invocar influencias, jactándose en hacer alardes de amistad y que conoce a funcionarios del JNE y del Ministerio Público, habiéndose acreditado que el día 23 de agosto de 2012, Corina de la Cruz concurrió a su estudio y ambos fueron al JNE, conforme se acredita con el reporte de visitas del JNE de dicha fecha, y como Aurelio Pastor Valdivieso viajaba al día siguiente -fecha de la vista de la causa en el proceso de vacancia- le pidió que pasara a recoger tres tarjetas a su domicilio. Una de ellas no fue entregada y quedó en poder de Corina de la Cruz, tarjeta dirigida al testigo Hugo Sivina Hurtado, con el siguiente texto:


“Estimado Hugo: Disculpa que no vaya a verte personalmente pero esta mañana salí a Tarapoto. Te ruego tener en cuenta la información adjunta, con cargo a visitarte el lunes que viene. Un abrazo. 24.08.12”.

³⁹ conforme se advierte del escrito obrante a fojas 346 del expediente judicial, que fue oralizado en sesión de juicio oral de fecha 17 de setiembre de 2014

El Juez de la Corte Suprema, Hugo Sivina Hurtado, en ese entonces Presidente del JNE, en juicio oral declaró que no recibió ninguna tarjeta, pues todo documento ingresaba a través de mesa de partes.



31. El Colegiado en audiencia de fecha 30 de abril de 2015, escuchó los audios que contienen las conversaciones entre Corina de la Cruz y Aurelio Pastor Valdivieso de fechas 03 de setiembre y 18 de octubre de 2012, grabadas en una cinta de casete y que han sido oralizados y debatidos en juicio de primera instancia y de apelación, los que eran contrastados con el Acta de deslacrado y verificación de la transcripción del audio y lacrado correspondiente al audio de fecha 03 de setiembre de 2012, obrante a folios 867-884 del Expediente Judicial, y en la que participó el investigado Aurelio Pastor Valdivieso; y Acta de continuación de la diligencia de transcripción de audio contenido en el CD ROOM N° P44614171140121, correspondiente al audio de fecha 18 de octubre de 2012, obrante a folios 852- 866 del Expediente Judicial, en la cual participó el citado investigado con su abogado Julio Antonio Rodríguez Delgado. En ambas diligencias no se efectuó observación a la transcripción de las actas.



De la escucha de los audios se advierte que el accionar del citado sentenciado no corresponde al ejercicio legítimo de un abogado, ya que invocó influencias basadas en la amistad. Para estos efectos, el Colegiado consignará los extractos de los diálogos que se relacionan con nuestras conclusiones, sin que ello altere el contexto de lo conversado:

“7. “Aurelio Pastor: (...) él me ha pedido apoyo yo entiendo porque los magistrados son unos fregados vienen 100 abogados no les hacen caso, necesitan siempre a alguien conocido (...) 21. (...) Al jurado los conozco por eso te digo.;

8. Corina de la Cruz: Si pero allí se ve causa todo, vista de causa todo ¿no?
[...].

43. Aurelio Pastor: Y resuelve eso, eso sí (*ininteligible*) pero hay que correr.

44 Corina de la Cruz: ¿Pero puede caminar?

45. Aurelio Pastor: Puede caminar si uno está encima, sino puede demorar un año, sino corre.

46. Corina de la Cruz: ¿Tú crees que pueda caminar? ¿La ley le permite que camine rápido? Porque de algunos caminan.

47. Aurelio Pastor: (...) La verdad es esa solo depende de la voluntad de ellos, si ellos quieren camina rápido y la cuestión es que estar ahí encima pero la suspensión no la vas a liberar, no hay forma si hubiera forma yo te dijera, yo, mira Corina mejor llegada no puedo tener con los miembros del jurado.

48. Corina de la Cruz: Ya.

49. Aurelio Pastor: yo tengo buenos amigos allí, como son buenos amigos me pueden ayudar (...)" (fs. 868-871)

"64. Corina de la Cruz: Y si va otra persona que pueda tener llegada.

65. Aurelio Pastor: ¿A dónde?

66. Corina de la Cruz: Allí pues.

67. Aurelio Pastor: ¿Al jurado?, mas llegada que yo.

69. Aurelio Pastor: Son gente correcta, Corina, son gente correcta eso no lo vas a arreglar con plata.

[...]

72. Corina de la Cruz: Ya está definido.

73. Aurelio Pastor: Yo tengo, la persona, el presidente del Jurado es amigo mío (ininteligible) y su persona de confianza es más amigo.

[...]

83. Corina de la Cruz: O tienes fecha límite.

84. Aurelio Pastor: (...) cualquier cosa que se consigue en el Jurado no se consigue con plata, se consigue por amistad." (fs. 871-872)

"279. Corina de la Cruz: (...) El doctor ha hablado, dice, con los señores del Jurado que van a dar la suspensión si o si, para ellos no hay otra solución.


280. Aurelio Pastor: Ya no hay solución.

281. Corina de la Cruz: Ya no hay solución.

282. Aurelio Pastor: Ya me lo explicaron ya me he reunido con todos en una mesa...como son mis amigos yo les hablo con franqueza, eso es lo bueno de tener amigos no se trata de arreglar sino, le digo, mira (...)" (fs. 879)

El testigo juez supremo Hugo Sivina Hurtado refiere que si bien conoce a Aurelio Pastor Valdivieso no tiene una amistad con él y que este no solicitó cita para tratar el tema de la vacancia, sino que se encontraron de casualidad en el JNE y hablaron de temas electorales, pues no le hubiera permitido tocar temas que concierne a una defensa en el pleno.

32. Diálogos que acreditan que ofreció interceder ante el Presidente del JNE a fin de que demore en la notificación de la resolución de suspensión de Corina de la Cruz en el proceso de vacancia:



“55. Aurelio Pastor: (...) ahora qué tenemos que hacer, correr, correr, yo puedo pelearme e insistir en el Jurado y seguir diciendo dame más tiempo, dame más tiempo (...)

56. Corina de la Cruz: Claro podría avanzar lo de la fiscalía, porque el otro me dice que va pronunciarse sí o sí.

57. Aurelio Pastor: Quien.

58. Corina de la Cruz: En la, en el Jurado.” (f. 871)


“85. Corina de la Cruz: No, si lo que te digo es que si pasa los 30 días.

86. Aurelio Pastor: “(...) ellos han visto la causa el día 24 y yo le he pedido al presidente que me ayude no remitiéndolas, no notificándolas hasta el 24 de.”

87. Corina de la Cruz: Octubre, ¿no? Setiembre.” (f. 872)

“171. Corina de la Cruz: Entonces eso queremos correr hoy día.

172. Aurelio Pastor: Yo te ayudo aguantar el tiempo que no la notifiquen yo tengo un buen argumento con el Jurado, el argumento no es la obra mi argumento es dame tiempo para sacar.” (f. 876)



“279. Corina de la Cruz: (...) El doctor ha hablado, dice, con los señores del Jurado que van a dar la suspensión si o si, para ellos no hay otra solución.

280. Aurelio Pastor: Ya no hay solución.

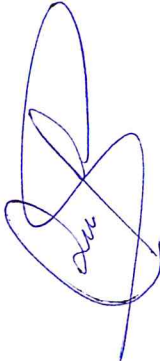
281. Corina de la Cruz: Ya no hay solución.

282. Aurelio Pastor: (...) entonces el presidente me ha ofrecido que me va dar, que me va dar tiempo por lo menos dentro de la ley, ahora yo voy a buscar que me de más tiempo que la ley señala, cosa que no sería la primera vez que ocurre, o sea hay causas que demorar por algún motivo (...)

283. Corina de la Cruz: En tres meses.

284. Aurelio Pastor: Tres meses ¿Qué me ha ofrecido el presidente hasta ahora? Voy a tratar dos cosas primero que este mes no sea un mes sino que sea mas de un mes y segundo de que esto no demore más de tres meses sino que demore menos para tratar de empatar, si yo logro que te salga la resolución después de que ya lo solucionaste sería una maravilla, eso sería una maravilla (...) (fs. 879 y 880)

Y también, prometió interceder ante el fiscal supremo Pablo Sánchez Velarde para que agilice la emisión del dictamen y salga a su favor:



“90. Aurelio Pastor: (...) Mientras tanto hay que correr a la fiscalía hablar con el fiscal, pedirle al fiscal que no solamente lo saque a favor sino que lo resuelva rápido (...)” (f. 873)

“280. Aurelio Pastor: Ya no hay solución.

281. Corina de la Cruz: Ya no hay solución.

282. Aurelio Pastor: (...) voy a ir hablar con el fiscal personalmente para pedirle no solamente que resuelva sino que lo resuelva rápido y que lo remita (...)” (fs. 879 y 880)

“Corina de la Cruz: Si, pero el Jurado qué esperamos ya, porque en la resolución dice que tiene que esperarse el veredicto de la Corte ¿no?.

Aurelio Pastor: Ahora te digo una cosa Corina, yo fui hablar con el fiscal y el fiscal nos ayudó, yo personalmente he ido hablar con él.”.

“Aurelio Pastor: (...) Sánchez Velarde creo que es el fiscal, el que tenía tu caso y él me contó que lo sacó a tu favor y lo sacó rápido y él me dijo allí (...)” (fs. 854 y 855)

“Aurelio Pastor: Yo he sacado esa resolución hablando con Sánchez Velarde (...)” (fs. 861)

El testigo fiscal supremo Pablo Sánchez Velarde manifestó que recibió al citado sentenciado en su despacho para hablar del tema de Corina de la Cruz, pero que al momento de la entrevista él ya tenía una opinión formada del caso; asimismo, que el dictamen salió por la nulidad de la sentencia porque había anteriores pronunciamientos similares al caso.

33. Por esta invocación de influencias e intersección, que a criterio del juez y de esta Sala son simuladas, hizo prometer la suma de 60 mil nuevos soles, bajo la denominación de “servicios” u “honorarios profesionales”; sin embargo tal retribución económica estaba alejada de la realidad, porque no se trataba de un patrocinio ante la jurisdicción electoral y Ministerio Público sino una intervención ajena a ello. Esto se evidencia de los siguientes diálogos:

“77. Corina de la Cruz: (...) ¿Cuántos son tus servicios? Porque que hay que correr, no.

78. Aurelio Pastor: Hay que correr, mira te digo la verdad es una chamba de prácticamente todos los días, porque si no estás detrás esto se demora un año en la Suprema, todo el mundo te va decir eso, los casos en la Suprema demora un año.

79. Corina de la Cruz: Más o menos.

80. Aurelio Pastor: claro, entonces hay que correr hay que ver, allí puede haber alguna gente que nos ayude, ya, a que tú puedas regresar lo mas pronto a la municipalidad, mira yo te diré lo siguiente, con franqueza, solucionándote varias cosas, no: primero, ganando el tiempo que se necesita en el Jurado Nacional de Elecciones y voy a seguir trabajando contigo, porque para mí lo que me interesa es que tú no salgas de la alcaldía.” (fs. 872)

“91. Corina de la Cruz: Caro depende de ellos.

92 Aurelio Pastor1: Claro, o sea ya vieron las causas ya decidieron ya dijeron a favor de la alcaldesa hagan la resolución, y se demoran dos meses haciéndola, entonces es una chamba bien interesante yo proponía lo siguiente para yo correr, yo te pongo lo siguiente: te propongo 30 mil soles de entrada y 30 mil soles de salida.

93. Corina de la Cruz: Ya 60.

94. Aurelio Pastor: Así es.” (fs. 873)

“100 Aurelio Pastor: Qué hacemos.

101 Corina de la Cruz: No funciona, no funciona ya

102 Aurelio Pastor: Ahora, yo estoy diciendo que *lo vamos a sacar lo más pronto posible*, a mí me interesa sacarlo, porque si me vas a dar una parte ahora y la otra parte me está esperando apenas solucione el problema yo tengo que acorrer para que por mí salga mañana, no cierto, pero hay que estar encima, hay que estar encima, no queda otra, hay que estar encima, ahora tu ándate a la alcaldía y piensa en que lo que te voy a decir así fríamente, piensa que a fin de mes podrían notificar la suspensión.” (fs. 873)

“107 Corina de la Cruz: Claro.

108. Aurelio Pastor: Yo no trabajo así, yo te estoy proponiendo estos son mis honorarios ahorita y esto al momento de salida, punto, no estoy diciendo oye Corina necesito, no se necesita nada, es mi gestión la que se necesita y es mi chamba, pero tú prepárate por si acaso más vale prevenir que lamentar, si te digo ándate y estate tranquila.” (fs. 873 y 874)

“Aurelio Pastor: Como estás Corina.

Corina de la Cruz: Allí un poco preocupada, no he podido venir, tu sabes que el dinero no se puede conseguir rápido.

Aurelio Pastor: Si pero me hubieras llamado.”

[...]

Corina de la Cruz: Que el dinero de los cincuenta mil que habías pedido.” (f. 853 y 854)

“Corina de la Cruz: (...) he venido preocupada por el motivo del dinero que no puedo obtenerlo para poder cumplir con lo que tú me has pedido cincuenta mil, tu sabes que no es fácil.

Aurelio Pastor: Yo sé.

Corina de la Cruz: Además este.

Aurelio Pastor: (ininteligible) Ahora ya no estás en la alcaldía.

Corina de la Cruz: Exactamente, ya nadie te quiere prestar, pero de dónde pero cómo, para qué.

Aurelio Pastor: Yo te dije, cuando yo te entablé, yo te dije, tú estabas en la alcaldía.

Corina de la Cruz: Así es.

Aurelio Pastor: Correcto (...)

Corina de la Cruz: (...) en su debido momento te voy a corresponder pero ahora es bien difícil Aurelio...no lo hay...y si, al principio yo había quedado que me van a prestar (...)” (fs. 857)

“Aurelio Pastor: Lógico.

Corina de la Cruz: (...) para poder pagar la cantidad de dinero que piden es bien problemático no...como cumplo con Pastor digo yo, qué hago donde voy a ir tengo que ir a decirlo a su propio despacho porque por teléfono no se puede.” (fs. 859)

“Aurelio Pastor: Ok.

Corina de la Cruz: (...) buscar prestado, no he podido lograr...no puedo tener ese dinero y bueno que más puedo contar con tus servicios si no hay la plata.

“Aurelio Pastor: Eso no tiene nada que ver... entiendo la situación en la que estás y espero que vas a volver a alcaldía, ¿verdad?”. (fs. 860)

“Aurelio Pastor: Corina vamos hacer una cosa, escúcheme, yo te voy ayudar a dejar este tema de los honorarios pendiente ya te puse el número me lo pagarás cuando regreses a la alcaldía (...)

Corina de la Cruz: Ya
Aurelio Pastor: Lo dejamos allí pendiente.
Corina de la Cruz: Si es así que tú me esperas.
Aurelio Pastor: Yo te voy a esperar y te voy ayudar a solucionar y te voy ayudar a solucionar el problema para que regreses, a mi me interesa que regreses... porque regresando me pagaras mis honorarios ¿correcto?
Corina de la Cruz: Así es.
Aurelio Pastor: Ya te voy ayudar, en los dos lados no necesito que Horacio Cánepa sepa.” (fs. 861)

“Corina de la Cruz: Pero conoces el tema.
Aurelio Pastor: Yo estoy viendo el tema del alcalde de Pachacámac, Hugo...yo tengo varios casos, yo te voy ayudar, ya mis honorarios lo dejamos para que me pagues cuando regreses.” (fs. 862)

34. Los diálogos detallados sobre invocación de lazos de amistad, interceder en la demora de la notificación y celeridad en la emisión del dictamen fiscal, hacer prometer dinero a la interesada como servicios u honorarios, dan cuenta de un accionar que no se compatibiliza con el ejercicio regular de la abogacía, por el contrario desde la **antijuridicidad formal (injusto formal)** ha quebrantado el contenido de las normas prohibitivas que constituyen un parámetro para deslindar cuándo estamos ante una causa de justificación (artículo 20.8 del Código Penal) o un hecho de contenido penal, como es el caso del tráfico de influencias (artículo 400 del Código Penal).

Normas prohibitivas contenidas en los siguientes dispositivos:

Código de Ética de los Colegios De Abogados del Perú.

Artículo 22: “Es deber del Abogado no tratar de ejercer influencia sobre el Juzgador, apelando a vinculaciones políticas o de amistad, o recurriendo a cualquier otro medio que no sea el de la defensa.

Artículo 25: “Es deber del Abogado para con su cliente servirlo con eficiencia y empeño... ni puede exculparse de un acto ilícito, atribuyéndolo a instrucciones de su clientela”.


Artículo 29 “Tan pronto como un cliente solicite para cierto asunto los servicios de un Abogado, si éste tuviere interés en él o algunas relaciones con las partes, o se encontrare sujeto a influencias adversas a los intereses de dicho cliente, lo deberá revelar a éste y abstenerse de prestar ese servicio”

Código de Ética del Abogado.


Artículo 57: “Constituye grave infracción a la ética profesional que el abogado trate asuntos que patrocina con la autoridad que conoce de éstos, al margen de los medios y procedimientos permitidos por la ley”.

Artículo 63: “El abogado no debe utilizar medios que representen una injerencia para el ejercicio imparcial e independiente de la autoridad, sin perjuicio del ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. Asimismo, el

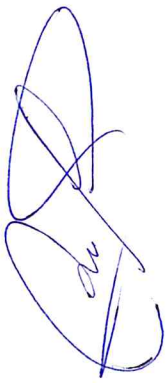
abogado debe instruir a su cliente que no debe ejercer influencia sobre la autoridad apelando a vinculaciones políticas, familiares, de amistad, o de otro tipo que sean ajenas al patrocinio.”



35. El abogado de Aurelio Pastor Valdivieso sostiene que su patrocinado no ha quebrantado los artículos 56, 57 y 63 del Código de Ética del Abogado. Al respecto, se debe tener cuenta que el artículo 56, señala: “(...) actos de corrupción, soborno, cohecho u ofrece, aporta o entrega bienes o servicios u otro tipo de beneficios de cualquier índole a la autoridad”, disposición que no es aplicable toda vez que el tipo penal de tráfico de influencias (simulado o reales) no exige el soborno a través de la entrega de donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a la autoridad que está conociendo un caso judicial o administrativo, ya que tal conducta constituiría un delito de cohecho; lo que el tráfico de influencias exige es que el traficante hace dar o prometer al interesado los medios corruptores señalados.



En cuanto a los artículos 57 y 63, no compartimos el criterio de la defensa, por el contrario, como hemos indicado, el acusado Aurelio Pastor Valdivieso con su conducta quebrantó dichas disposiciones.



36. En el ámbito de la **antijuridicidad material** (injusto material), está acreditado que Aurelio Pastor Valdivieso con su actuación (visitas, supuestas gestiones, alarde de amistad de los funcionarios del JNE y el Ministerio Público) ha quebrantado los bienes jurídicos protegidos⁴⁰, tales como la imparcialidad, objetividad, independencia y descrédito en las actuaciones de los miembros de ambas órganos constitucionales autónomos. También ha mellado la imagen institucional (honor objetivo) de las citadas entidades ante los justiciables y la ciudadanos, toda vez que invocó influencias simuladas

⁴⁰ Salinas Siccha sostiene que el bien jurídico específico en el delito de tráfico de influencias simulado es el prestigio que debe tener y mantener la administración pública en el ámbito de la justicia jurisdiccional y administrativa. Todos los ciudadanos deben tener confianza que sus asuntos judiciales o administrativos se van a resolver sin intromisión ajena, con transparencia y rectitud. Debe evitarse que determinados ciudadanos aduciendo arreglar todo a cambio de alguna ventaja patrimonial o no patrimonial, lesionen o pongan en peligro el prestigio de la justicia jurisdiccional y administrativa. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley, Lima, 2015. p. 589.

antes los funcionarios que tenían que decidir sobre los procesos seguidos contra Corina de la Cruz.


Razones que conducen a este Colegiado a desestimar los agravios de la defensa en este extremo.

37. Como se ha probado, el sentenciado Aurelio Pastor Valdivieso no está incurso en la causa de justificación del artículo 20.8 del Código Penal. Consideramos que también se ha probado su culpabilidad, toda vez, que al momento de los hechos, fue una persona perfectamente imputable, porque en su condición de abogado estuvo en condiciones mínimas de comprender y de autocontrolarse, a efectos de no invocar influencias simuladas basadas en lazos de amistad, prometer interceder ante los funcionarios del JNE y Ministerio Público (solicitando demora y celeridad en la emisión de las decisiones) y poder dilucidar que tales conductas estaban prohibidas, no solo por la norma constitucional, penal y legal mencionadas, sino por su experiencia como Ministro de justicia, Congresista y asesor legal y su bagaje cultural y valores (conocimiento del carácter antijurídico del hecho). En este contexto, hizo prometer a Corina de la Cruz la suma de S/. 60,000.00 nuevos soles al margen de la normativa (exigibilidad de la conducta). Razones por las cuales la declaración de responsabilidad penal por parte de Aurelio Pastor Valdivieso a título de autor del delito de tráfico de influencias simuladas, por parte del juez, es arreglada a ley y la ratificamos.

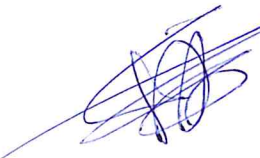
***Sobre la revocatoria* parcial de la sentencia en el extremo de la pena y su condición de efectiva**

38. La segunda pretensión subordinada está referida a la ***revocatoria*** parcial de la sentencia en el extremo de la pena privativa de libertad impuesta en condición de efectiva, lo que implica un pedido de pena suspendida. La defensa sostiene en su recurso de apelación que la anterior defensa no estableció la existencia de atenuantes y menos aun aportó pruebas para demostrarlas. El juez erróneamente ha señalado que existen dos agravantes: el grado de instrucción superior y atentar contra el funcionamiento de la


administración pública, las que no existen en el catálogo de agravantes que recoge el artículo 46 del Código Penal.



39. En sus alegatos de clausura sostiene que concurren circunstancias atenuantes, dos privilegiadas y una ordinaria. Considera entre las privilegiadas, el artículo 21 del Código Penal que permite disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal en caso no concurren los tres elementos del ejercicio regular de la abogacía; y el principio de proporcionalidad en sentido estricto, por el cual la pena debe responder a la gravedad del hecho y grado de culpabilidad. Que al habersele condenado por la comisión del delito de tráfico de influencias simuladas, este tipo penal no lesiona bien jurídico alguno, tan es así que la doctrina es dispar en considerarla inconstitucional o como tentativa inidónea.



La circunstancia atenuante ordinaria es la carencia de antecedentes, prevista en el artículo 46.1 del Código Penal, incorporado mediante Ley N° 30076, que debe aplicarse por retroactividad benigna. Por lo tanto, se debe imponer una pena por debajo del mínimo legal, con el carácter de condicional.



Para la fiscal superior, la pena ha sido acorde y el juez no aplicó las agravantes pues fijó la pena en el tercio inferior, dentro del límite permitido como si se tratara de atenuantes.

40. El juez consideró como atenuantes la carencia de antecedentes penales, judiciales y policiales. Y como circunstancias agravantes, el grado de instrucción superior, su desempeño como abogado en la actividad privada y el daño que ha ocasionado al correcto funcionamiento de la administración pública. Que al existir mayor cantidad de circunstancias agravantes, estas determinan que la pena en concreto deba ser la establecida por encima del mínimo legal del tipo penal por lo que, la pena solicitada por la fiscal provincial resulta ser proporcional al daño ocasionado. Motivos por los cuales la fijó en cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad, sin reducción por la inexistencia de beneficios procesales.

41. Para resolver tenemos en cuenta la vigencia del principio de culpabilidad en un Estado constitucional y democrático y un Derecho Penal garantista impide que la pena- en cuanto a su naturaleza y medida- pueda ser establecida sólo por criterios preventivos especial o general (positiva o negativa), sino ha fundamentarse de acorde al de grado de injusto (disvalor de la conducta y disvalor de la ejecución de la conducta) y de culpabilidad para determinar la pena concreta a ser aplicada de acuerdo a sus circunstancias agravantes y atenuantes sea para su cumplimiento suspendido o efectivo privación de la libertad, pero nunca aumentarla o hacerla más gravosa; y se debe tener en cuenta que la graduación de la pena está en proporcionalidad con el hecho (art. VIII) y con la lesividad del bien jurídico protegido (Artículos I y IV) del Título Preliminar del Código Penal.

42. En el proceso de determinación de la pena, actividad que sólo compete al órgano jurisdiccional, en primer lugar debe definirse la pena abstracta establecida por ley, para luego establecer la pena concreta en atención a las circunstancias de carácter objetivo y subjetivo establecidas en los artículos 45 y 46 del Código Penal. En relación a la pena abstracta se advierte que la opción del legislador, se ha decantado por establecer casi generalmente una extensión mínima o máxima, por lo que es necesario tener presente el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, de las Salas Penales de la Corte Suprema, en el cual se ha establecido: *“Con ello se deja al juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales”*⁴¹.

43. Por otro lado, se tiene en cuenta la Casación N° 11-2007- La Libertad⁴², la cual establece que para la determinación judicial de la pena se debe tomar en

⁴¹ Del 18 de julio de 2008. Asunto: Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena.

⁴² Emitida por la Sala Penal Permanente el 14 de febrero de 2008.

consideración los límites fijados por el tipo penal perpetrado en atención al principio de legalidad de la pena en consonancia con los principios de proporcionalidad y culpabilidad; y que el fundamento de la pena puede ser recorrida en toda la extensión del marco penal abstracto. Considera para ello la atenuación de la pena siempre que existan atenuantes.

44. En el caso de autos, el Colegiado tiene en cuenta la grave afectación al bien jurídico tutelado, en el que se han visto afectadas dos instituciones primordiales del Estado Constitucional, como son el Ministerio Público y el Jurado Nacional de Elecciones. Sin embargo, al tratarse de un agente que no registra antecedentes penales, la pena debe ser de **cuatro años de pena privativa de libertad**, que es el mínimo legal de cuatro años.

En cuanto al pedido de la defensa, quien solicita la suspensión de la pena, el artículo 57 del Código Penal establece que es una facultad del juez, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos en el citado artículo: Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; que la naturaleza, modalidad del hecho punible, y la personalidad del agente hicieran prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito; y que el agente no tenga la condición de reincidente y habitual⁴³.

A criterio del Colegiado, en el caso del sentenciado Pastor Valdivieso, por la naturaleza y modalidad del hecho punible y en especial en atención a las circunstancias del caso en particular que denotan una grave afectación al bien jurídico protegido, no resulta de aplicación la condicionalidad de la pena. A lo que se agrega la personalidad del sentenciado, quien hacía gala de sus influencias con suma facilidad, inclusive de otros funcionarios -un juez supremo de la Corte Suprema y una funcionaria del OSCE, conforme se advierte de la acusación fiscal y de la escucha de los audios-, lo que a nuestro

⁴³ Numeral 2 del artículo 57 del Código Penal, modificado por la Ley N° 29407. La última modificatoria introducida mediante Ley N° 30076, prescribe: "Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, y la personalidad del agente hicieran prever que no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación".

criterio nos permite inferir razonablemente que puede volver a incurrir en la comisión de nuevos hechos de la misma naturaleza, por lo que debe ser sometido a tratamiento con privación de libertad.

Por tales motivos se estima en parte su pretensión y se desestima en cuanto a la suspensión de la pena.

En relación a las costas procesales

45. Las costas según el artículo 497.3 del CPP como regla general están a cargo del vencido; sin embargo, el órgano jurisdiccional puede eximirlo total o parcialmente, cuando hayan existido razones serias y fundadas para promover o intervenir en el proceso. En este caso, no se advierte tal circunstancia, habiéndose desplegado la actividad jurisdiccional hasta esta instancia. Costas que deben ser liquidadas en ejecución de sentencia.

Decisión:

Por las consideraciones expuestas, los magistrados integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, por unanimidad, **RESOLVEMOS:**

1. CONFIRMAR la sentencia de fecha 09 de octubre de 2014, emitida por el señor Juez Octavio Barreto Herrera, titular del Primer Juzgado Penal Unipersonal Especializado en delitos cometidos por Funcionarios Públicos, en el extremo que: **CONDENA** a Aurelio Pastor Valdivieso como **AUTOR** del delito de tráfico de influencias, en agravio del Estado; y la **REVOCARON** en el extremo que le impuso como pena principal **CUATRO AÑOS Y SEIS MESES** de pena privativa de la libertad en calidad de efectiva, y **REFORMÁNDOLA** le impusieron **CUATRO AÑOS** de pena privativa de la libertad en calidad de efectiva.

2. DISPUSIERON que se cursen los oficios correspondientes para su inmediata ubicación y captura, pena que se computará a partir de su ingreso al establecimiento penitenciario que el Instituto Nacional Penitenciario designe.




3. **CONDENAR** el pago de costas al sentenciado Aurelio Pastor Valdivieso en esta instancia.

4. **DEVOLVER** los actuados al Juez competente para ejecución de la sentencia.


Susana Ynes Castañeda Otsu
Presidenta y Directora de Debates


Saul Peña Farfán
Juez Superior


Antonia Esther Saquicuray Sánchez
Jueza Superior

PODER JUDICIAL


SUSSY AMELIA ESQUIVEL TRUJILLO
ESPECIALISTA JUDICIAL
Sala Penal de Apelaciones Especializada en
delitos cometidos por Funcionarios Públicos - NCPP
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

