

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**Facultad de Derecho**



Informe Jurídico sobre la Casación N° 374-2015-Lima

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título  
profesional de **Abogada**

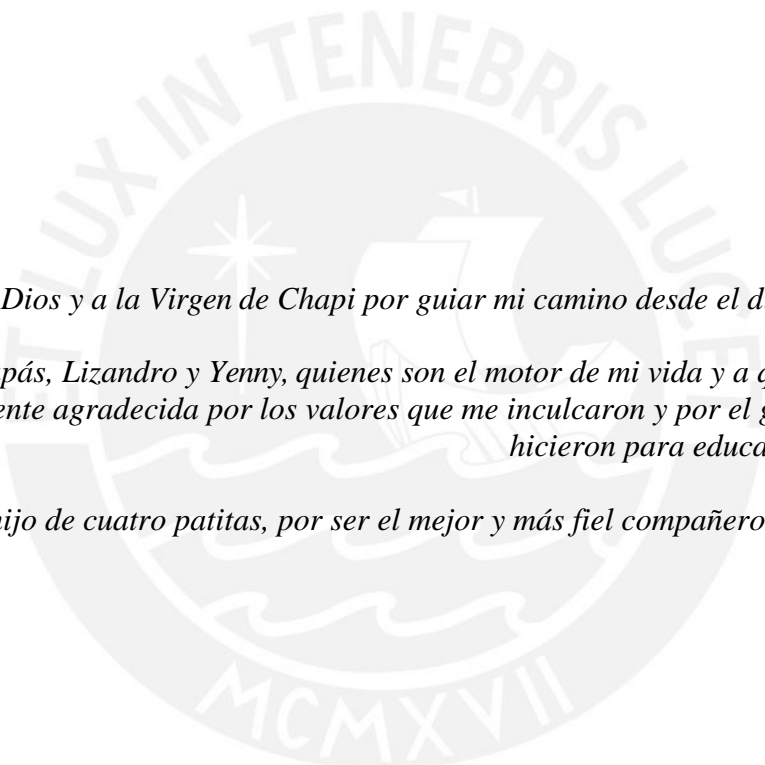
Autor:

***Maylin Maribi Llerena Valencia***

Asesor:

***David Ricardo Torres Pachas***

Lima, 2022



*A Dios y a la Virgen de Chapi por guiar mi camino desde el día en el que nací.*

*A mis papás, Lizandro y Yenny, quienes son el motor de mi vida y a quienes les estaré eternamente agradecida por los valores que me inculcaron y por el gran esfuerzo que hicieron para educarme en la PUCP.*

*Y a Gael, mi hijo de cuatro patitas, por ser el mejor y más fiel compañero de amanecidas y de vida.*

## Resumen

La Casación 374-2015-Lima, por medio de la cual Aurelio Pastor fue absuelto de la acusación fiscal como autor del delito de tráfico de influencias simuladas, es un precedente importante no solo para entender cómo el máximo órgano del Poder Judicial, la Corte Suprema, interpreta la naturaleza de este tipo penal, sino también para reflexionar sobre las consecuencias negativas de legalizar este tipo de actos para un grupo selecto de profesionales: los abogados.

Por ello, el presente informe, buscará, principalmente, abordar el entendimiento de este tipo penal desde el estudio de los elementos de la tipicidad objetiva, así como desde el análisis de las distintas posturas que se han vertido alrededor del bien jurídico protegido por este delito. Esto último con la finalidad de presentar una nueva postura, pero no por ello menos loable. Del mismo modo, el presente trabajo buscará analizar de forma crítica la aplicación, en el caso concreto, de la causa de justificación “ejercicio legítimo de la profesión”, regulada en numeral 8) del artículo 20 del Código Penal, pues no consideramos acorde legalizar este tipo de conductas.

Finalmente, la investigación concluirá intentando responder a la interrogante de si en el caso en específico nos encontramos frente a un delito provocado por parte del tercero interesado.

**Palabras clave:** tráfico de influencias simuladas, bien jurídico, causa de justificación, ejercicio legítimo de la profesión, delito provocado.

## Abstract

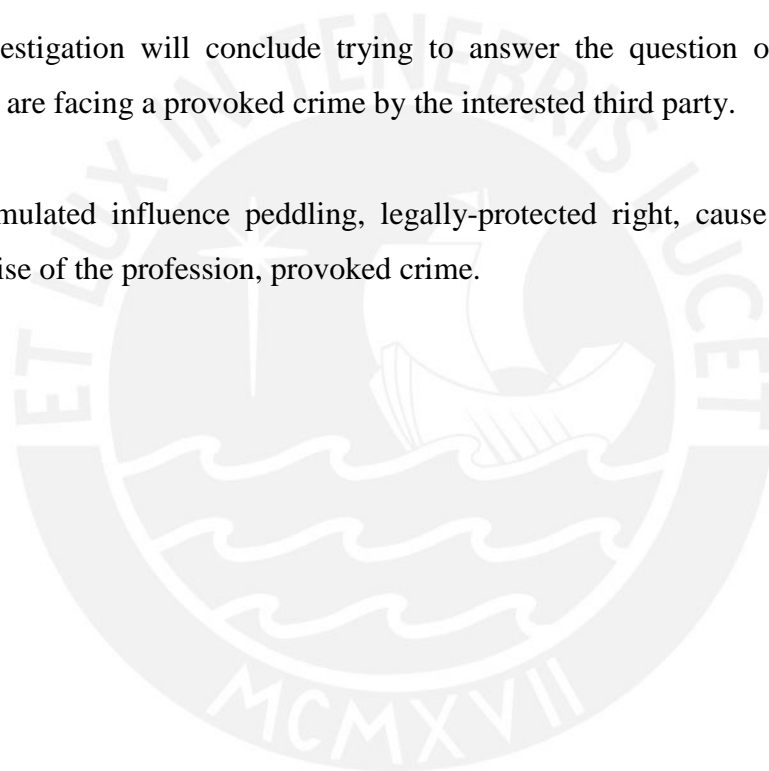
Cassation 374-2015-Lima, by means of which Aurelio Pastor was acquitted of the fiscal accusation as the perpetrator of the crime of simulated influence peddling, is an important precedent not only to understand how the highest body of the Judicial Power, the Supreme Court, interprets the nature of this criminal type, but also to reflect on the negative consequences of legalizing this type of act for a select group of professionals: lawyers.

For this reason, this report will seek, mainly, to address the understanding of this criminal type from the study of the elements of objective typicity, as well as from the analysis of the different positions that have been exposed around the legally-protected right by this crime. The latter in order to present a new position, but no less laudable.

In the same way, the present report will seek to critically analyze the application, in the specific case, of the cause of justification "legitimate exercise of the profession", regulated in numeral 8) of article 20 of the Criminal Law, since we do not consider it appropriate to legalize this type of behavior.

Finally, the investigation will conclude trying to answer the question of whether in the specific case we are facing a provoked crime by the interested third party.

**Key words:** simulated influence peddling, legally-protected right, cause for justification, legitimate exercise of the profession, provoked crime.



## Índice

Introducción	6
1. Justificación de la elección de la resolución	7
2. Antecedentes	7
2.1. Identificación de los hechos relevantes del caso	8
2.2. Desarrollo del iter procesal	10
3. Fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia	14
3.1. Sobre la tipicidad del delito de tráfico de influencias	14
3.2. Sobre la antijuridicidad en el caso del ejercicio legítimo de la profesión	15
4. Identificación de los problemas jurídicos	17
5. Resolución de los tres problemas jurídicos propuestos	19
5.1. El delito de tráfico de influencias	23
5.2. El ejercicio legítimo de la profesión de abogado como causa justificante del delito de tráfico de influencias	28
5.3. El presunto delito provocado	37
Conclusiones	39
Bibliografía	39

## Introducción

El presente informe jurídico gira en torno a la sentencia de casación 374-2015- Lima, que resolvió revocar las resoluciones de primera y segunda instancia, y – reformándolas– absolvieron a Aurelio Pastor Valdivieso de la acusación fiscal como autor del delito de tráfico de influencias simuladas en agravio del Estado.

En cuanto a la estructura del presente trabajo de investigación, hay que señalar que el mismo se encuentra dividido en cinco capítulos. El primer capítulo está relacionado a los motivos que justifican la elección de la resolución judicial materia de análisis. El segundo capítulo está enfocado en presentar los hechos relevantes del caso y el desarrollo del iter procesal. El tercer capítulo presenta los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan este recurso extraordinario. El cuarto capítulo comprende la identificación de los problemas jurídicos de la sentencia de casación. Y, finalmente, el quinto capítulo aborda la resolución de los tres problemas jurídicos propuestos.

Por último, el tercer problema jurídico está asociado a la existencia, en el caso en concreto, de un presunto delito provocado por parte de la ex alcaldesa de la Municipalidad Provincial de Tocache- Corina De la Cruz. De ahí que, la tarea principal en la resolución de este problema consistirá en abordar la figura tan poco desarrollada del delito provocado, a fin de sostener que en el presente caso no nos encontramos frente a un delito de esta naturaleza

## **1. Justificación de la elección de la resolución**

Al respecto, cabe indicar que han sido principalmente tres los motivos que justifican la elección de la sentencia de casación 374-2015-Lima. El primero, está relacionado a la pluralidad de instancias a la que fue sometido el presente caso, puesto que – evidentemente– el mismo no culminó con el agotamiento de la doble instancia, sino que fue admitido para conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la República vía interposición de recurso de casación.

El segundo motivo se sustenta en el tipo penal materia de discusión en el presente recurso: el delito de tráfico de influencias simuladas. Y es que, este delito ha sido objeto de diversos debates, debido a que la doctrina no es pacífica en diversos puntos: su regulación, la interpretación del tipo, el momento de su consumación y el bien jurídico que se protegería en este tipo penal. De ahí que, se torne imperioso profundizar en el estudio de este delito, a fin de emitir juicios de valor acorde a derecho.

Finalmente, el tercer motivo radica en el hecho de que no nos encontramos de acuerdo con la línea argumentativa seguida por la Corte Suprema de Justicia de la República, ya que –en efecto– genera un impacto negativo incalculable legalizar conductas, que configuran el delito de tráfico de influencias, para un grupo selecto de profesionales: los abogados. Y es que, aunque no resulte creíble, la Corte Suprema terminó absolviendo a Aurelio Pastor bajo el argumento de que se está ante la concurrencia de una causal de justificación: el ejercicio regular de la abogacía.

## **2. Antecedentes**

El presente apartado expone los hechos relevantes del caso, es decir, los que originaron su judicialización y dieron pie a la expedición de la sentencia de casación N° 374-2015-Lima. Asimismo, realiza un breve desarrollo del *iter procesal*, a fin de un mejor entendimiento del caso materia del presente informe.

## **2.1. Identificación de los hechos relevantes del caso**

Corina De la Cruz es una política peruana, quien fue elegida alcaldesa de la Municipalidad Provincial de Tocache en el año 2011. Sin embargo, a raíz de una querrela interpuesta por el ex director de la Unidad de Gestión Educativa Local, Wilson Edilberto Leiva Estela, el Juzgado Penal Liquidador de Tocache la condenó a dos años de pena privativa de libertad por la comisión del delito de difamación agravada, sentencia que fue ratificada –en segunda instancia– por la Sala Mixta Descentralizada de Mariscal Cáceres de la Corte Superior de Justicia de San Martín (El Comercio:2012).

Frente a esta situación, la entonces autoridad edil interpuso recurso de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia de la República, la misma que admitió a trámite dicho recurso antes de que el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), mediante Resolución N° 738-2012-JNE de fecha 24 de agosto de 2012, la suspenda del cargo de alcaldesa.

Tres meses después, específicamente el 25 de noviembre del año 2012, se emitió un reportaje periodístico en el programa “Cuarto Poder” de América Televisión, en el que aparecía la ex alcaldesa de la Municipalidad Provincial de Tocache, Corina De la Cruz, quien –para la fecha de la emisión del reportaje periodístico– había sido recientemente restituida en su cargo, mediante Resolución N° 1056-2012-JNE de fecha 9 de noviembre del mismo año. Y ello, tras haber conseguido un pronunciamiento favorable en la Corte Suprema de Justicia de la República, pues este máximo órgano declaró nulas las sentencias de primera y segunda instancia que la condenaron como autora del delito de difamación agravada sin haberse actuado las pericias correspondientes (América Noticias, 2012,0s- 10m52s).

Así pues, hizo su aparición la entonces alcaldesa Corina De la Cruz, señalando que el abogado Aurelio Pastor le había solicitado la suma de sesenta mil soles a cambio de su ayuda influyente en el proceso administrativo que venía conociendo el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) en relación a una solicitud de vacancia en contra de la ex alcaldesa. Así como, en el proceso penal por el delito de difamación, que se encontraba para emisión de dictamen fiscal en la Fiscalía Suprema en lo Penal del Ministerio Público (América Noticias, 2012,1m31s).



Pero, a todo esto, ¿quién es Aurelio Pastor? Aurelio Pastor es un abogado peruano por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), que si bien a lo largo de su vida se ha desempeñado como abogado defensor en diversos temas, también es cierto que ha asumido cargos como funcionario público, siendo elegido congresista en dos oportunidades y Ministro de Justicia en el año 2009. No obstante ello, cabe precisar que, para efectos del presente informe, su conducta será analizada en base a su condición de abogado particular, más no de funcionario público, pues -para la fecha de los hechos- este no ejercía un cargo público como tal.

Ahora bien, siguiendo con la narración de los hechos, cabe mencionar que en aquel reportaje Corina De la Cruz refiere que, si bien para ambos procesos contaba con la representación legal de un abogado defensor, esta vio por conveniente contactar a Aurelio Pastor Valdivieso para contratar -adicionalmente- sus servicios como abogado reconocido. Siendo que, tras aquella conversación, el jurista se ofreció a interceder por sus pretensiones ante los funcionarios del Jurado Nacional de Elecciones, durante el periodo 2008-2012, y ante el Fiscal Supremo en lo Penal, Pablo Sánchez Velarde, amparándose netamente en sus relaciones con los funcionarios públicos antes mencionados (América Noticias, 2012,3m20s).

Como sustento de su denuncia, Corina De la Cruz presentó unos audios, que se mostraron en aquel reportaje y que pertenecían a una conversación entre su persona y Aurelio Pastor, donde este último no solo se ufanaba de su red de amigos en el JNE, especificando que en este organismo las cosas no se conseguían con plata, sino con amistad. Sino que también se jactaba de “haber sacado” una resolución de la Fiscalía a raíz de la gestión que realizó, es decir, tras conversaciones con el fiscal supremo Pablo Sánchez Velarde (América Noticias, 2012,6m45s).

Con todo ello, y como corresponde, la titular de la acción penal Janny Pilar Porturas Ganoza De Curotto, Fiscal de la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, inició investigaciones en contra de Aurelio Pastor Valdivieso por presuntamente haberse ofrecido a interceder- en favor de los intereses de la entonces alcaldesa Corina De la Cruz- ante los funcionarios del JNE y ante el Fiscal Supremo en lo Penal, Pablo Sánchez Velarde, a cambio de hacer prometer a Corina de la Cruz la entrega de 60, 0000.00 soles por dichas gestiones.

Por ende, la titular de acción penal abrió investigación preliminar en contra de Aurelio Pastor Valdivieso por estar presuntamente inmerso en la comisión del delito contra la administración pública- tráfico de influencias, previsto y sancionado en el artículo 400 del Código Penal (CP).

## **2.2. Desarrollo del iter procesal**

Con fecha 24 de enero de 2014, y después de culminada la etapa de investigación preparatoria, el Tercer Despacho de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima decidió formular Requerimiento de Acusación Fiscal en contra de Aurelio Pastor Valdivieso como autor del delito de tráfico de influencias simuladas en agravio del Estado.

Así pues, se le imputó a Aurelio Pastor haberse ofrecido a interceder por Corina De la Cruz, invocando influencias simuladas ante el presidente del Jurado Nacional de Elecciones del año 2012, Hugo Sivina Hurtado, y ante el Fiscal Supremo en lo Penal, Pablo Sanchez Velarde, a fin de que el primero –quien estaba conociendo una solicitud de vacancia en contra de la alcaldesa Corina De la Cruz– dilate más allá del plazo legal la emisión del pronunciamiento en torno a la vacancia. Y, de que el segundo, quien estaba conociendo el proceso penal por el delito de difamación, emita un dictamen fiscal rápido y favorable a la entonces alcaldesa de la Municipalidad Provincial de Tocache. Y todo ello, a cambio de que Corina de la Cruz le prometa el pago de una ventaja económica que ascendía a la suma de 60, 000.00 soles, y que estaría comprendida dentro del concepto de “honorarios profesionales” (Sala Penal de Apelaciones de la CSJL:2015).

De esta forma, la Fiscalía arguyó la configuración de todos los elementos del tipo penal, precisando que se trataría de influencias simuladas, toda vez que -durante las investigaciones- los miembros del JNE negaron haber conversado con Aurelio Pastor sobre la solicitud de vacancia de Corina De la Cruz. De igual forma, el Fiscal Pablo Sánchez Velarde negó tener algún vínculo con el imputado, por lo que, declaró que emitió su dictamen fiscal sin ningún tipo de injerencia.

En este contexto, y ya en la etapa de juicio oral, cada una de las partes actuó las pruebas y esbozó los alegatos que consideraron pertinentes, siendo que -luego del examen respectivo- el

Primer Juzgado Unipersonal Penal (JUP) de la Corte Superior de Justicia de Lima (2014), mediante sentencia de fecha 09 de octubre de 2014, resolvió condenar a Aurelio Pastor Valdivieso como autor del delito de tráfico de influencias simuladas, en agravio del Estado, imponiéndole: (i) cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad efectiva, (ii) inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público por el mismo periodo de la pena principal y (iii) el pago de una reparación civil ascendente a 100,000.00 soles (p.40).

Al respecto, cabe señalar que los argumentos en los que se basó la sentencia de primera instancia son principalmente tres:

Primero, se señala que después de la realización del juicio de subsunción de los hechos a la norma, se tiene que se han configurado todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal.

Por un lado, de acuerdo al juez Barreto Herrera del JUP, se ha acreditado que Aurelio Pastor se habría ofrecido a interceder por Corina de la Cruz, invocando influencias simuladas ante el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones del año 2012, Hugo Sivina Hurtado, y ante el Fiscal Supremo en lo Penal, Pablo Sanchez Velarde, cuando estos funcionarios públicos, por separado, estaban conociendo el proceso administrativo y penal en los que estaba inmersa la ex alcaldesa de la Municipalidad Provincial de Tocache. Todo ello, a cambio de hacer prometer a la entonces alcaldesa Corina De la Cruz el pago de 60,000.00 soles.

Por otro lado, ha quedado acreditado que el acusado ha exteriorizado su intención para lograr un beneficio económico a través de la invocación de influencias simuladas; con lo cual, se habría configurado el elemento subjetivo del tipo.

Segundo, refiere que, tanto de las pruebas actuadas como de lo expuesto en juicio oral por el imputado, ha quedado evidenciado que los audios no denotan una conversación usual entre un cliente y su abogado defensor, que tratan sobre temas de índole jurídico. Por el contrario, los diálogos denotan un ilícito ofrecimiento, por

parte de Aurelio Pastor, de interceder por la entonces alcaldesa frente a los miembros del JNE y frente al Fiscal Supremo en lo Penal, Pablo Sanchez Velarde, amparándose netamente en la amistad con estos funcionarios públicos.

De ahí que, el juez Barreto Herrera del JUP señale que, si bien Aurelio Pastor invocó influencias, estas eran simuladas, pues tanto el juez Supremo Hugo Sivina Hurtado como el fiscal supremo Pablo Sanchez Velarde indicaron que no tienen vínculo de amistad con Aurelio Pastor. Asimismo, para este juzgado penal, la suma de sesenta mil soles que le hizo prometer Aurelio Pastor a Corina De la Cruz bajo el concepto de honorarios profesionales es, en realidad, una ventaja económica que dista de un patrocinio real.

Tercero, se menciona que se ha acreditado que no se configura alguna causal que excluya la antijuridicidad o culpabilidad del señor Aurelio Pastor, puesto que este se encontraba en plenas facultades –aún más por su condición de abogado– de poder determinar que su actuación era contraria al ordenamiento jurídico vigente.

Ahora bien, cabe señalar que, frente a esta primera decisión judicial, la defensa del condenado Aurelio Pastor interpuso recurso de apelación, solicitando como pretensión principal la nulidad de la sentencia, toda vez que se habrían dado afectaciones a las garantías procesales de presunción de inocencia y de defensa eficaz. Siendo por ello que, como primera pretensión subordinada, la defensa solicitó la absolución de su patrocinado por la existencia de la causa de justificación ejercicio regular de la abogacía. Y, como segunda pretensión subordinada, solicitó la revocatoria parcial de la sentencia en el extremo de la pena y de su condición de efectiva (Sala Penal de Apelaciones de la CSJL:2015).

Ante este escenario, y luego del juicio fáctico y normativo respectivo, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima (2015), mediante sentencia de fecha 15 de mayo de 2015, resolvió, entre otros aspectos, condenar a Aurelio Pastor Valdivieso como autor del delito contra la administración pública, en la modalidad de tráfico de influencias simuladas, en agravio del Estado. No obstante, reformó la pena de cuatro años y seis meses a cuatro años de pena privativa de libertad en calidad de efectiva (p.40).

Dentro de los argumentos expuestos en la sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones se encuentran:

Primero, que no ha existido una afectación a la garantía de presunción de inocencia, pues – a diferencia de lo que señala la defensa- los audios de fechas 03 y 18 de octubre de 2012 son fluidos y sin cortes, no existiendo manipulación en los audios. Asimismo, la Sala señala que tampoco ha existido una afectación a esta garantía, puesto que no se ha dado una indebida valoración del testimonio de la señora Corina De la Cruz, pues -conforme se observa en el fundamento decimo cuarto de la sentencia de primera instancia- el juez Barreto Herrera del JUP valoró el testimonio de la ex alcaldesa, amparándose en los criterios desarrollados en el Acuerdo Plenario N° 002-2005/CJ-116.

Segundo, que no ha existido una afectación al derecho a la defensa eficaz, puesto que no se dejó en indefensión al sentenciado. Por el contrario, este siempre fue asistido por su defensa técnica de libre elección, el Dr. Julio Rodríguez Delgado. Siendo que este último, durante las etapas del proceso penal, presentó medios de defensa, planteó oposiciones y defendió la teoría del delito provocado.

Tercero, que la conducta de Aurelio Pastor no constituye un ejercicio regular de la abogacía, conforme al artículo 20.8 del Código Penal, pues: (i) el abogado Aurelio Pastor no ejerció una defensa jurídica real, ya que no se apersonó ni contaba con la documentación debida para una adecuada representación; y, (ii) de la escucha de los audios, se advierte que el accionar del citado sentenciado no corresponde al ejercicio legítimo de un abogado, toda vez que invocó influencias basadas en la amistad, a fin de interceder –en favor de Corina De la Cruz- para la demora en la notificación de la suspensión del cargo de alcaldesa, que sería emitida por el JNE, y para la celeridad en la emisión del dictamen fiscal, que sería suscrito por el fiscal supremo en lo penal Pablo Sánchez Velarde.

Por lo que, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima (2015), concluyó que –al haberse invocado influencias simuladas ante los funcionarios públicos que conocían sobre los procesos seguidos en contra de Corina De la Cruz- se habría transgredido tanto la antijuricidad formal como la material, pues no solo se han quebrantado

las normas del Código de Ética del Colegio de Abogados del Perú, que constituye la *lex artis* de la profesión. Sino que también se han quebrantado los bienes jurídicos protegidos, tales como: la imparcialidad, objetividad, independencia y descrédito en las actuaciones de los miembros de ambos órganos constitucionalmente autónomos, así como también la imagen institucional de dichos órganos ante los justiciables y los ciudadanos (p.35).

Finalmente, cabe indicar que, culminadas las dos instancias judiciales, la defensa técnica de Aurelio Pastor –el abogado César Nakazaki Servigón–interpuso recurso de casación ante la Corte Superior de Justicia de la República, amparándose en los incisos uno y tres del artículo 429 del Nuevo Código Procesal Penal (NCP), puesto que –a criterio de la defensa técnica– se habría vulnerado el derecho a la presunción de inocencia y a la libertad del ejercicio de la abogacía. Asimismo, habría existido una falta de aplicación del Código de Ética del Colegio de Abogados, que es la *lex artis* de la profesión (Corte Suprema, 2015, fundamento 5).

En atención a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia de la República admitió a trámite dicho recurso, el mismo que fue resuelto mediante resolución judicial de fecha 13 de noviembre del año 2015 por los jueces Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Loli Bonilla. Siendo esta resolución la que va a ser materia de análisis en el presente informe jurídico.

### **3. Fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia**

La resolución judicial bajo análisis está estructurada de tal manera que presenta sus argumentos fácticos y jurídicos en dos bloques, a fin de brindar un mejor entendimiento de la parte decisoria. Así pues, el presente recurso extraordinario ordena su exposición de la siguiente manera:

- (i) Primero, se refiere a la tipicidad del delito de tráfico de influencias simuladas, haciendo hincapié en los elementos, la condición y el bien jurídico protegido en este tipo penal.
- (ii) Segundo, expone sobre la antijuricidad en el caso del ejercicio legítimo de la profesión, señalando, en primera instancia, la normativa que regula la *lex artis* de la

abogacía y, en segunda instancia, la relación de la actividad de esta profesión con el delito de tráfico de influencias simuladas.

### **3.1. Sobre la tipicidad del delito de tráfico de influencias**

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2015) señala que el iter criminis del delito de tráfico de influencias simuladas es el siguiente: “(i) un particular o funcionario público se atribuye poseer influencias simuladas ante un funcionario o servidor, lo cual sería el acto preparatorio del delito, (ii) el particular o funcionario público realiza el ofrecimiento de interceder, que sería el acto ejecutivo y (iii) el particular o funcionario público recibe el dinero, utilidad o promesa, lo que sería el acto de consumación”(fundamento 12).

En base a ello, la Sala Penal refiere que, en el tráfico de influencias simuladas, el acto ejecutivo -que por lo general obedece a una iniciativa expresa por parte del traficante al interesado- no significa un peligro efectivo de perturbación para la decisión del funcionario o servidor público; por lo que, este delito contraviene el principio de subsidiariedad.

De ahí que, en este recurso extraordinario se señale que esta mínima lesividad al bien jurídico protegido, que para la Sala es la imagen y prestigio de la Administración Pública y -de forma mediata- su regular funcionamiento, se deba tomar en cuenta al momento de realizar alguna interpretación (fundamento 14).

### **3.2. Sobre la antijuridicidad en el caso del ejercicio legítimo de la profesión**

La Corte Suprema señala que en el plano de la antijuridicidad se realiza un análisis formal y material que recae en determinar no solo si la conducta típica es o no contraria al ordenamiento jurídico, sino también en examinar si dicha conducta ha lesionado o puesto en peligro algún bien jurídico. Siendo que, la sola existencia de alguna causa de justificación puede convertir un hecho típico en lícito.

Visto de esta forma, en el presente recurso extraordinario, la Sala Penal analiza la causa de justificación relacionada al ejercicio legítimo de una profesión, la misma que se encuentra regulada en el numeral ocho del artículo veinte del Código Penal, y que tiene su fundamento en el derecho al trabajo.

Así pues, la Corte Suprema, amparándose en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 3833-2008-AA/TC, señala que, en el caso del ejercicio legítimo de la abogacía, esta debe darse en el marco de las normas éticas y deontológicas. Asimismo, añade que la práctica de dicha actividad debe ser conforme al ordenamiento jurídico nacional, es decir, se debe practicar dentro del marco constitucional y legal vigente.

De ahí que, respecto a la relación de la actividad de esta profesión con el delito de tráfico de influencias simuladas, la Corte (2015) refiera que este delito “se opone a la actividad del abogado, toda vez que algunas conductas no tienen respaldo jurídico” (fundamento 33). Es decir, no están en normas que tienen como fin evitar que se afecte de manera intensa el correcto funcionamiento de la administración pública. Por lo que, en el caso del tratamiento del delito de tráfico de influencias simuladas, al no haber un peligro efectivo de perturbación para la decisión del funcionario o servidor público, no habría un peligro real de afectar la imparcialidad u objetividad del funcionario, así como tampoco existiría alguna conducta que pueda ser sancionada por otros tipos penales.

Por lo que, para la Corte Suprema (2015), las conductas de Aurelio Pastor (*de solicitar que se dilate más allá del plazo legal la emisión del pronunciamiento en torno a la solicitud de vacancia y de pretender que el dictamen fiscal salga de forma célere y favorable a su patrocinada*) son “actuaciones que se enmarcan dentro de una práctica permanente y que no exige el protocolo” (fundamento 52).

Asimismo, son actuaciones que se encuentran dentro del comportamiento permitido, pues no solo son actos que se han realizado en público, sino que – además– están permitidos por las normas legales sobre la actuación de los abogados en el marco de las gestiones que realizan. Con lo cual, para esta instancia, la conducta de Aurelio Pastor no afectó la antijuricidad material ni vulneró el bien jurídico objeto de tutela.

Por último, cabe precisar que -para reforzar dicha argumentación- la Corte Suprema (2015) hace mención, aunque de manera sucinta, a que la conducta del abogado Aurelio Pastor no fue alevosa, sino que, por el contrario, fue inducida por Corina De la Cruz. Ello, toda vez que los hechos se dieron en circunstancias que la denunciante había planeado grabar todas las conversaciones para hacerle proposiciones delictivas al acusado, es decir, para proponerle conductas relacionadas a corromper funcionarios (fundamento 50).



No obstante, la Sala añade que el imputado nunca las aceptó, pues el abogado Aurelio Pastor en todo momento le indicó a la denunciante que los funcionarios eran personas correctas, por lo cual, no era una cuestión de dinero.

De ahí que, los magistrados de la Corte Suprema concluyan que el actuar de Aurelio Pastor fue conforme a la *lex artis* de la profesión.

#### **4. Identificación de los problemas jurídicos**

Habiendo expuesto los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan el recurso de casación, corresponde ahora presentar los tres problemas jurídicos que se han podido identificar en el presente recurso extraordinario, resuelto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como las razones que nos han llevado a considerarlos como tales.

En esta línea, un *primer problema jurídico* está asociado al tipo penal de *tráfico de influencias simuladas*, específicamente en lo que respecta a cuál sería el bien jurídico que se protege en este tipo penal, así como cuál sería el momento de su consumación.

Lo expuesto, toda vez que el presente recurso de casación no solo hace una inadecuada interpretación del tipo penal al considerar que el acto de consumación en el tráfico de influencias se da con la recepción del dinero, utilidad o promesa (Corte Suprema, 2015, fundamento 12). Sino que, además, presenta un problema de valoración del tipo al acoger la postura que señala que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias simuladas es el prestigio y la buena imagen de la administración pública (Corte Suprema, 2015, fundamento 15).

Esto último, sin advertir que este no podría ser el bien jurídico protegido, toda vez que los delitos contra la administración pública nacen con el objetivo de proteger el servicio público y la función prestacional del estado. Además, la Sala no deja en claro cuál sería el contenido de este bien jurídico que parece basarse solo en percepciones subjetivas, lo cual -desde nuestra perspectiva- lo hace endeble y manipulable.

De allí que, la tarea principal en este problema jurídico consistirá, primero, en exponer las diversas posturas en relación al bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias simuladas, a fin de realizar una adecuada interpretación de cuál sería el objeto de protección en este tipo penal, y ello con la finalidad de reafirmar la efectividad del principio de lesividad del derecho penal. Segundo, la tarea consistirá en clarificar cuál sería la correcta interpretación del tipo en cuanto al momento de su consumación.

Por otro lado, un segundo *problema jurídico* está relacionado a la exposición de la adecuación social o práctica permanente en la abogacía como argumento de la existencia de un ejercicio regular o legítimo de la profesión de abogado.

Lo expuesto, ya que se intenta amparar las conductas de Aurelio Pastor -de solicitar a los funcionarios a cargo que se dilate más allá del plazo legal la emisión del pronunciamiento en torno a la solicitud de vacancia y de pretender que el dictamen fiscal salga de forma célere y favorable a su patrocinada- bajo el argumento de que ambas conductas forman parte de la ejecución del derecho a la defensa a través de la gestión judicial, es decir, forman parte de una estrategia procesal, que cotidianamente se practica en el ejercicio de la abogacía (Corte Suprema, 2015, fundamentos 46 y 48).

Esto último, desde nuestra perspectiva, desconociendo que solo es lícita la actividad del abogado que se desarrolla en el marco del respeto al ordenamiento jurídico vigente, que está compuesto por la Constitución Política del Perú, los tratados que forman parte del derecho nacional y por las demás normas jurídicas que lo sustentan, cobrando –en este caso- especial relevancia el Código de Ética del Colegio de Abogados del Perú (CAP), que es la *lex artis* de la abogacía.

De ahí que, la tarea principal en este segundo problema jurídico consistirá en exponer por qué, en el caso en concreto, las conductas de Aurelio Pastor son una puesta en peligro al bien jurídico y por qué sobre ellas no cabe la aplicación de la causa de justificación regulada en el numeral 8) del artículo 20 del CP. Esto es, consistirá en señalar por qué realizar las conductas dirigidas a influir en el tiempo o en el modo de resolver por parte de la autoridad no se enmarca dentro de la causa de justificación denominada ejercicio legítimo de la profesión.

Finalmente, un *tercer problema jurídico* está asociado a la existencia, en el caso en concreto, de un presunto delito provocado por parte de la ex alcaldesa de la Municipalidad Provincial de Tocache- Corina De la Cruz Yupanqui.

Lo expuesto, toda vez que el presente recurso de casación realiza una inadecuada interpretación de los hechos, dado que pretende argumentar que fue Corina De la Cruz la que incitó a Aurelio Pastor a cometer el delito cuando ello no encuentra asidero en los audios, que -transcritos en parte en la resolución judicial- demuestran que es del sujeto activo del que surge todo el *iter criminis*. Incluso, es él quien expone sus experiencias respecto a cómo es que se ganan los casos en estos organismos constitucionalmente autónomos.

De ahí que, se pueda colegir que la tarea principal en este tercer problema jurídico consistirá en abordar la figura tan poco desarrollada del delito provocado, a fin de sostener que en el presente caso no nos encontramos frente a un delito de esta naturaleza.

#### **5. Resolución de los tres problemas jurídicos propuestos**

Como preámbulo a abordar los problemas jurídicos planteados *supra*, es menester realizar un breve repaso general del delito de tráfico de influencias en lo que respecta a los elementos que componen su tipicidad objetiva, así como en lo que concierne a la clasificación del tipo, que -actualmente- se encuentra regulado en el artículo 400 del Código Penal.

Así pues, cabe empezar mencionando que, para la fecha de los hechos, el texto del tipo penal aplicable era el que se encontraba propuesto en Ley N° 28355 (2004), que prescribía lo siguiente:

#### **Artículo 400.- Tráfico de influencias**

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.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal (p.3).

Actualmente, el tipo penal señala:

**Artículo 400.- Tráfico de influencias**

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 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días multa.

De ahí que, se pueda advertir que la redacción del tipo penal *supra* es la misma a la que existe en la actualidad con la salvedad de que en la redacción actual se ha incorporado la pena accesoria de los días multa, tanto para el tipo penal básico como para el agravado.

Ahora bien, siguiendo con la exposición, a continuación, se va a realizar una breve reseña de los elementos que componen la tipicidad objetiva, a efectos de lograr una mejor comprensión de este delito. Para tal fin, es preciso delinear que –entre otros autores– principalmente se ha tomado como referencia las ideas expuestas por el catedrático Javier López Romaní (2020) en su texto denominado “*El delito de tráfico de influencias en el Perú*”.

En este orden de ideas, cabe empezar mencionando que, en lo que respecta al **sujeto activo** del delito de tráfico de influencias, este puede ser cometido por cualquier persona; por lo cual, no se constituye como un delito de infracción de deber, sino como un delito de dominio. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que este tipo penal se encuentra estructurado en dos

párrafos, presentando el primero una modalidad básica y el segundo una modalidad agravada (p.234).

La modalidad básica, se encuentra regulada en el primer párrafo del tipo penal y se constituye como un delito común, pues el delito puede ser cometido por cualquier persona. Mientras que, la modalidad agravada, se encuentra regulada en el segundo párrafo del tipo penal y se erige como un delito especial impropio, ya que “su existencia no condiciona la configuración del delito de tráfico de influencias regulado en el primer párrafo del art. 400 del Código Penal, sino que solo agrava el marco penal abstracto de la pena” (López, 2020, p.221).

Por su parte, el **sujeto pasivo** en este delito es el Estado, ya que lo que se afecta es un bien jurídico de carácter público. Ello, toda vez que no se debe perder de vista que el delito de tráfico de influencias se encuentra regulado en el título XVIII del Código Penal, que hace referencia a los Delitos contra la Administración Pública, los mismos que -indiscutiblemente- tienen como bien jurídico general el correcto funcionamiento de la administración pública.

Ahora, en lo que corresponde a los **medios delictivos**, hay que decir que estos son invocar o tener influencias reales o simuladas, a fin de llevar a cabo los verbos rectores pasibles de configurar el tipo penal. Sobre el término *invocar*, este se puede dar con anterioridad o de forma simultánea a la configuración de los verbos rectores: recibir, hacer dar o hacer prometer (López, 2020, p.245).

Así las cosas, en palabras de Abanto (2003), el término invocar influencias “consiste en la afirmación o la atribución de que el sujeto tendría capacidad de influir en un funcionario público, cualquiera sea el origen de esta influencia (amistad, parentesco, favores debidos, etc.)” (p.528). Mientras que, “el término *teniendo* debe entenderse cuando el traficante de manera objetiva y ante cualquier tercero, evidencia notoriamente o parlamentariamente tener la influencia” (López, 2020, p.246).

En esta línea, y como sostiene Salinas (2014), estaremos ante *influencias reales* cuando el agente posea la capacidad de orientar la decisión de los funcionarios o servidores públicos que van a decidir un caso judicial o administrativo que importa al interesado. Mientras que, estaremos ante *influencias simuladas o venta de humo* cuando el agente no posea en realidad

una relación con el funcionario o servidor público, que le permita influir sobre sus decisiones, direccionando su voluntad (p.588).

De ahí que, en lo que concierne a los **verbos rectores**, señalemos que el legislador peruano ha mantenido hasta la actualidad los verbos rectores *recibir, hacer dar o hacer prometer*.

Así, en términos sencillos, se puede decir que *recibir* hace alusión a que el traficante admita una ventaja o beneficio por parte del interesado a cambio de que aquel interceda por este. Por su parte, *hacer dar* hace referencia a que el traficante genere en el interesado la voluntad de entregar el beneficio patrimonial o de cualquier índole a cambio de las influencias que ofrece el traficante. Y, *hacer prometer* alude a que “el traficante invocando influencias logra que el tercero interesado le ofrezca, proponga, pacte o prometa la entrega de un beneficio patrimonial o de cualquier otra índole en un futuro cercano” (López, 2020, p.250).

Ahora bien, en lo respecta a los **objetos corruptores**, estos hay que entenderlos como la contraprestación que recibe, hace dar o prometer el traficante a cambio de las influencias que afirma tener sobre los funcionarios o servidores públicos que han de conocer, estén conociendo o hayan conocido un caso judicial o administrativo. En esencia, los objetos corruptores a los que nos referimos son: el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, que no solo es para sí, sino también puede ser para un tercero (López, 2020, p.252).

En cuanto al *donativo*, cabe señalar que este se entiende como un regalo o dádiva que, eventualmente, beneficiará al traficante o a un tercero. Por su parte, “*la promesa* consiste en el ofrecimiento efectuado por el interesado al traficante de efectuar un donativo o cualquier otra ventaja en el futuro” (López, 2020, p.252). Y, por último, el objeto corruptor o cualquier *otra ventaja o beneficio* hace alusión a una cláusula abierta que busca cerrar el paso a la impunidad, pues esta cláusula puede ser o no de contenido patrimonial.

Estando, así las cosas, sobre el **ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público**, hay que indicar que “esta es la prestación que el sujeto activo ofrece” (Abanto, 2003,531). Sin embargo, como señala Montoya (2015), en este delito hay que tener en cuenta que no se espera que el traficante se ponga en contacto con el funcionario o servidor público ni que efectivamente se realice el acto que pretende obtener el interesado (p.149).

Por último, en cuanto al elemento referido a que **el funcionario o servidor ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo**, Montoya (2015) hace especial énfasis a que las influencias en este delito no se ejercen sobre cualquier funcionario o servidor público, sino solo sobre aquel que ejerce facultades en el ámbito jurisdiccional o administrativo (p.145). Esta posición, también ha sido plasmada en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 11-2001-Lima de fecha 23 de julio de 2003.

Estando a lo indicado, y siguiendo con el desarrollo del presente informe, a continuación, se abordarán los tres problemas jurídicos planteados. Siendo que, para tal fin, se empezará abordando el primer problema jurídico, que está relacionado al tipo penal de *tráfico de influencias simuladas*, específicamente en lo que respecta a cuál sería el bien jurídico que se protege en este tipo penal, así como cuál sería el momento de su consumación.

#### **5.1. El delito de tráfico de influencias**

Como ya se ha indicado, en el presente recurso de casación, la Corte Suprema presenta un problema de valoración del delito de tráfico de influencias en dos aspectos. Primero, porque acoge la postura que señala que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias es el prestigio y la buena imagen en la administración pública. Y, segundo, porque considera que el acto de consumación en el tráfico de influencias se da con la recepción del dinero, utilidad o promesa.

En primer lugar, en lo que respecta al bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, hay que señalar que no existe acuerdo en la doctrina ni en la jurisprudencia sobre cuál sería este bien jurídico que se busca proteger, y que debe guardar relación con el bien jurídico genérico, esto es, con el correcto funcionamiento de la administración pública.

De ahí que, a nivel doctrinal se hayan esbozado cuatro teorías, que actualmente son las más predominantes: (i) la teoría del prestigio o buen nombre de la administración pública, (ii) la teoría de la imparcialidad de la función pública o el patrimonio personal, (iii) la teoría de la imparcialidad u objetividad de la administración pública y (iv) la teoría de la institucionalidad de la administración pública (López, 2020, p.223).

En lo que respecta a la primera teoría, que ha sido defendida por diversos autores como Fidel Rojas y Salinas Siccha (2014), hay que indicar que esta refiere que el *prestigio o el buen nombre de la administración pública* sería el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, dado que este se lesiona con la materialización de las conductas típicas, las mismas que generan que se vea a la administración pública como corruptible. Esto es, que se piense que –por intermedio de sus funcionarios o servidores– la administración pública solo funciona si es a través de dádivas, beneficios, o promesas (p.597).

La crítica que se ha planteado al respecto es que, si bien esta teoría acepta que tanto la modalidad de influencias reales como simuladas son punibles, no parece estar fundamentada en la intervención del derecho penal, ya que la administración en sí misma no puede ser protegida. Por el contrario, su protección se da a raíz de que lo que se busca proteger es el servicio público y la función prestacional del estado (Montoya, 2015, p.143).

Por otro lado, una segunda teoría, que ha sido defendida por Abanto (2003), sostiene que cada modalidad del tipo penal protege un bien jurídico en específico. Así, para el autor, el bien jurídico que se protege en el delito de tráfico de influencias reales es *la imparcialidad funcional*; mientras que, en las simuladas, se protege el *patrimonio individual* (p.525).

Esto último, ha sido objeto de varias críticas, dentro de las cuales resaltan que el delito no se encuentra ubicado en el capítulo sobre los delitos contra el patrimonio y que el comprador público no se constituye como sujeto pasivo del delito, pues este es el Estado (López, 2020, p.227).

En lo que respecta a la tercera teoría, esta ha sido defendida por San Martín, Caro Coria y Reaño (2002). Y, pues, *enuncia a la imparcialidad u objetividad de la Administración pública* como el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, dado que esta es la que se vería comprometida cuando el traficante de influencias pone en peligro el desempeño del funcionario público (p.29).

El cuestionamiento que se ha planteado al respecto es que se desconoce la tipificación que ha realizado el legislador peruano respecto al delito de tráfico de influencias simuladas, pues en esta modalidad no habría idoneidad para poner en peligro la imparcialidad. Con lo cual, esta



teoría estaría afectando el principio de legalidad, que es uno de los principales principios del derecho penal.

Por último, en lo que respecta a la cuarta teoría- que ha sido defendida por autores como Montoya y Guimaray- esta hace referencia a *la institucionalidad de la función pública* como el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, dado que, para los autores, lo que se busca es “prevenir conductas que definan a la administración pública como una institución endeble o influenciable, a tal punto de que los intereses particulares puedan sobreponerse al interés público prestacional, objetivo y legal que define a la administración pública” (Guimaray 2015, p.246).

Sobre lo expuesto, destaca la crítica que realiza Torres (2015) a esta teoría, pues este señala que *la institucionalidad de la función pública en el fondo más parece* proteger la buena reputación de la administración pública. Ello, debido a que, según los autores que la proponen, lo que se buscaría es evitar que se defina a la administración pública como endeble o influenciable, esto es, como un ente no imparcial (p.22).

De ahí que, en aras de que el objeto de protección del bien jurídico no esté en función a la percepción de la ciudadanía, este autor propone “*la vigencia de los principios que informan la función pública*” como el bien jurídico que se busca proteger en el delito de tráfico de influencias (Torres, 2015,23).

El argumento principal de esta postura es que el acuerdo de intercesión ilegítimo ante la Administración Pública “niega la vigencia de los principios que rigen y orientan la función pública, principios tales como la imparcialidad, transparencia, legalidad, gratuidad, entre otros” (Torres, 2015,23).

Ahora bien, y sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, cabe señalar que en la jurisprudencia peruana existe un Acuerdo Plenario que, entre otros puntos, también se ha pronunciado respecto al bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias.

Así, el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116 establece un bien jurídico protegido para cada modalidad del tipo penal. Siendo que, para el caso del tráfico de influencias reales, enuncia al correcto funcionamiento de la administración pública como el bien jurídico protegido;

mientras que, para el tráfico de influencias simuladas, la Corte Suprema adopta la postura de Fidel Rojas y señala como bien jurídico protegido al prestigio y buen nombre de la administración pública (Acuerdo Plenario, 2015, p.7).

Sobre ello, hay que decir que, si bien nos encontramos de acuerdo en asignar un bien jurídico propio a cada modalidad del tipo penal, no nos encontramos de acuerdo con los que han sido propuestos por este Acuerdo Plenario. Ello, toda vez que, para empezar, el bien jurídico específico del delito tráfico de influencias debe guardar relación con el bien jurídico genérico, esto es, debe desprenderse de este. Con lo cual, no resulta factible que el bien jurídico genérico se repita para la modalidad de tráfico de influencias reales.

Como segundo punto, no nos encontramos de acuerdo con el bien jurídico protegido para la modalidad que regula las influencias simuladas, ya que no es factible que el derecho penal proteja percepciones subjetivas carentes de relevancia. Pues, como señala Guimaray (2015), “el objeto de protección de un tipo penal no puede desprenderse de los sentimientos o confianza de los ciudadanos” (p.245).

De ahí que, por su similitud, sea comprensible por qué tampoco nos encontramos de acuerdo con el bien jurídico protegido que se propone en el presente recurso de casación. Esto es, con *la imagen y prestigio de la Administración pública y de forma mediata su regular funcionamiento*.

Así las cosas, y después de haber realizado un breve recorrido por la doctrina y la jurisprudencia, es preciso mencionar que, en lo particular, encontramos idóneo asignar un bien jurídico propio a cada modalidad del tipo penal, pues cada una de esta afecta de forma diferente al correcto funcionamiento de la administración pública.

De allí que, seamos de la opinión que el bien jurídico que se busca proteger en el delito de tráfico de influencias reales es la imparcialidad funcional; mientras que, para el caso del delito de tráfico de influencias simuladas, encontramos más idónea la propuesta realizada por Acurio (2017), quien señala que en este delito el bien jurídico protegido sería “*la vigencia del carácter prestacional de la administración pública*” (p.13).

Lo expuesto, ya que lo se busca es prevenir la existencia de mercados paralelos de los servicios que ofrece la administración pública. Esto último, a raíz de que estos serían una manifestación del mal funcionamiento del aspecto prestacional del sistema (Acurio, 2017, p.13).

Pero, ¿cómo se forman estos mercados paralelos? Según Acurio (2017), estos se forman a raíz de relaciones de reciprocidad que en su mayoría son de tipo negativa (se generan entre desconocidos y su fundamento es recibir más, dando menos). De esta forma, los que pactan “pueden ser completos extraños que, al relacionarse por reciprocidad negativa en el pacto de tráfico de influencias, están poniendo en peligro la vigencia del carácter prestacional de la Administración Pública, pues consolidan el mercado paralelo” (Acurio, 2017,14).

En este punto, es importante señalar que poco o nada importa que las influencias sean simuladas, pues –psicológicamente- ya se transmitió el mensaje de que el sistema prestacional de la administración pública es influenciable y, por ende, corruptible. Como señala Torres, “basta con pensar en la posibilidad de que estos acuerdos se produzcan de manera simultánea y a gran escala” (2015, p.18).

A partir de lo señalado, entonces, se reafirma la vigencia del principio de legalidad en cuanto al delito de tráfico de influencias simuladas, pues el bien jurídico propuesto no desconoce su existencia. Por el contrario, genera que se reafirme, además, el principio de lesividad del derecho penal en tanto que el poder punitivo del Estado solo se legitima en cuanto se busque proteger un bien jurídico, que se ha lesionado o se ha puesto en peligro.

Esto último es importante porque –como señala el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116- “con la criminalización del tráfico de influencias no solo se está protegiendo bienes jurídicos para la sociedad en un Estado de Derecho, sino que se está dando cumplimiento a la Convención contra la Corrupción suscrita por el Perú” (Acuerdo Plenario, 2015, p.7).

Ahora bien, en segundo lugar, abordaremos la pregunta relacionada a cuándo es que se consuma el delito de tráfico de influencias. Al respecto, se debe mencionar que no nos encontramos de acuerdo con el recurso de casación cuando menciona que el acto de consumación en el delito de tráfico de influencias se da con la recepción del dinero, utilidad o promesa. Pues, como establece Montoya (2015), la consumación de este delito se da con la

celebración del pacto ilegal de intercesión, donde una parte oferta y la otra acepta (p.150). Esto es, “basta con que el interesado acepte el ofrecimiento del traficante y/o entregue la ventaja pactada como contraprestación” (Montoya, 2015, p.149-150).

Dicho esto, no es necesario que el traficante influya o interceda por el interesado ante el funcionario público o servidor público sobre el que invoque influencias, pues estamos ante un delito de peligro abstracto.

Por último, habiendo ya expuesto los problemas que se han advertido en la exposición del recurso de casación, corresponde -ahora- señalar que, a nuestro juicio, el señor Aurelio Pastor, en su calidad de particular, sí habría cometido el delito de tráfico de influencias, en la modalidad de simuladas, previsto y sancionado en el artículo 400 del Código Penal.

Lo expuesto, toda vez que se acreditó que Aurelio Pastor *se ofreció a interceder* por Corina De la Cruz, *invocando influencias simuladas ante el presidente del Jurado Nacional de Elecciones* del año 2012, Hugo Sivina Hurtado, y *ante el Fiscal Supremo en lo Penal*, Pablo Sanchez Velarde, a fin de que el primero –quien estaba conociendo una solicitud de vacancia en contra de la alcaldesa Corina De la Cruz– dilate más allá del plazo legal la emisión del pronunciamiento en torno a la vacancia. Y, de que el segundo, quien estaba conociendo el proceso penal por el delito de difamación, emita un dictamen fiscal rápido y favorable a la entonces alcaldesa de la Municipalidad Provincial de Tocache. Todo ello, a cambio de que Corina de la Cruz *le prometa el pago de una ventaja económica* que ascendía a la suma de 60, 000.00 soles.

De ahí que, se advierta la plena configuración del tipo penal a raíz del acuerdo de intercesión entre Aurelio Pastor y Corina De la Cruz. Pues, este ofreció a la ex alcaldesa interceder por ella ante los funcionarios públicos señalados a cambio de hacer prometer la ventaja económica de 60, 000.00 soles, oferta a la que Corina De la Cruz accedió.

Así pues, estando a todo lo señalado en este apartado, y siguiendo con el desarrollo del presente informe, a continuación, se abordará el segundo problema jurídico, que está relacionado al ejercicio legítimo de la abogacía como causa de justificación del delito de tráfico de influencias.

## **5.2. El ejercicio legítimo de la profesión de abogado como causa justificante del delito de tráfico de influencias**

Habiendo abordado en el numeral anterior un primer problema jurídico relacionado a la tipicidad del delito de tráfico de influencias, corresponde, ahora, pronunciarse en torno al segundo problema jurídico, el cual –como se adelantó– está relacionado a la exposición de la adecuación social o práctica permanente en la abogacía como argumento de la existencia de la causa de justificación denominada ejercicio legítimo de la profesión de abogado.

En ese sentido, a continuación, expondremos por qué sería inadecuado el criterio de la Corte Suprema de considerar el ejercicio regular de la abogacía como causa de justificación del delito de tráfico de influencias.

Así pues, para una mejor comprensión de dicha interpretación, corresponde señalar que –el presente recurso de casación– parte realizando un análisis de la antijuridicidad. En tal análisis, los magistrados refieren que a diferencia de la tipicidad, la antijuridicidad se enfoca en determinar si, en el caso en concreto, el ordenamiento jurídico autoriza la conducta que ha sido determinada como típica. Siendo que, dicho análisis implica una evaluación de la antijuridicidad formal y material.

“La antijuridicidad formal es la relación de contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico, es decir, la oposición al mandato normativo, desobedeciendo el deber de actuar o de abstención que se establece mediante las normas jurídicas. Por su parte, la antijuridicidad material se concibe como la ofensa socialmente nociva a un bien jurídico que la norma busca proteger. Esta afección al bien jurídico puede ser una lesión o una puesta en peligro”. (Villavicencio 2017,p.115)

En el caso en concreto, es evidente que se ha cumplido con ambas categorías de la antijuridicidad, pues la conducta de Aurelio Pastor no solo es oposición al mandato normativo que prohíbe el tráfico de influencias, que se encuentra regulado en sus dos modalidades en el artículo 400 del Código Penal. Sino que, además, dicha conducta representa una puesta en peligro del bien jurídico protegido (*la vigencia del carácter prestacional de la administración pública*), puesto que estamos frente a la configuración de un delito de peligro abstracto.

Ahora bien, es menester indicar que si bien nos encontramos de acuerdo con los magistrados de la Corte Suprema cuando –con mucha razón– sostienen que el ejercicio legítimo de una profesión, regulado en el numeral 8) del artículo 20 del Código Penal, es una causa de exención de responsabilidad, no consideramos que en el presente caso dicha causa de justificación se haya presentado.

Para entender ello, primero, cabe precisar que las causas de exención de responsabilidad o también llamadas causas de justificación son aquellas que “excluyen la antijuridicidad, convirtiendo un hecho típico en lícito y conforme a derecho” (Villavicencio 2017, p.116). Así pues, estas -como ya se ha indicado- se encuentran reguladas en el artículo 20 del Código Penal, que prevé una lista de exenciones de responsabilidad, dentro de las cuales se encuentra la causa de justificación prescrita en el numeral ocho, que señala que está exento de responsabilidad “el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

De ahí que, se colija que esta causa de justificación, se presenta cuando “la conducta se enmarca dentro del ejercicio de un derecho subjetivo otorgado por una norma de derecho público o derecho privado” (Villavicencio 2017, p.118). Siendo que, en el caso del ejercicio legítimo de la abogacía, es evidente que este se enmarca dentro del ejercicio del derecho a la libertad de trabajo, reconocido en el numeral 15) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

No obstante lo expuesto, no se debe perder de vista que este ejercicio de la profesión para ser considerado legítimo debe desarrollarse en el marco del respeto al ordenamiento jurídico vigente, que –como señalamos anteriormente– está compuesto por la Constitución Política del Perú, los tratados que forman parte del derecho nacional, y por las demás normas jurídicas que lo sustentan, cobrando –en este caso– especial relevancia el Código de Ética del Colegio de Abogados del Perú, que es la *lex artis* de la abogacía.

En esta línea, para determinar si ha existido un ejercicio legítimo de la profesión de abogado, por parte de Aurelio Pastor, se hace necesario remitirnos a la clasificación que realiza el juez supremo Villa Stein (2014), mediante la cual señala que el acto o el ejercicio de una profesión será legítimo siempre y cuando: “(i) la profesión u oficio sean lícitos, (ii) la actuación no

rebase la *lex artis* y (iii) el propósito de la intervención se refiera a una de su profesión u oficio” (p.428).

En el caso bajo comentario, y en lo que respecta al primer supuesto, que está referido a que la actividad desarrollada por el sujeto activo sea legal en el ordenamiento jurídico donde se desarrolla, cabe mencionar que es indiscutible que la profesión de abogado colegiado de la que goza Aurelio Pastor es una actividad profesional lícita y, por ende, permitida por nuestro ordenamiento jurídico. Por lo que, este supuesto no se encuentra en entredicho.

En lo que corresponde al segundo supuesto, que está relacionado a que en el ejercicio de la abogacía las conductas realizadas por el sujeto activo “se desarrollen de acuerdo a los principios de no dañar a otros y de acuerdo a la *lex artis*” (Corte Suprema,2015, p.30), cabe indicar que este supuesto no ha sido cumplido por Aurelio Pastor, pues su conducta ha sobrepasado los límites establecidos para una adecuada práctica de esta profesión.

Lo expuesto, toda vez que es insostenible amparar la conducta de este sujeto activo (de invocar influencias para lograr que se dilate más allá del plazo legal la emisión del pronunciamiento en torno a la solicitud de la vacancia y para lograr que el dictamen fiscal salga de forma célere y favorable a su patrocinada) ante los estándares normativos del CAP, que es la *lex artis* de la abogacía en tanto que es la principal fuente normativa y ética que debe respetar todo abogado y abogada en el ejercicio de su profesión.

En ese sentido, es importante tener en cuenta que este cuerpo normativo prescribe y proscribe lo siguiente:

**Artículo 4:** El abogado es parte esencial de la defensa del orden democrático a través de su participación en el sistema jurídico del país. Por ello, debe respetar la función de la autoridad y ejercer el derecho, cualquiera fuere el ámbito en que se desempeña, con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe.

**Artículo 5:** El abogado y la abogada son servidores de la justicia y su deber profesional es defender los derechos sus patrocinados, honrando la confianza depositada en su labor; la cual debe desempeñarse con estricta observancia de las

normas jurídicas y de una conducta ética que refleje el honor y la dignidad profesional.

**Artículo 6:** Son deberes del abogado: a) Actuar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez, eficacia y buena fe (...)

**Artículo 7:** El abogado debe obedecer la ley, no debe inducir a otros a que la infrinjan, ni aconsejar actos ilegales. (...)

**Artículo 63:** El abogado no debe utilizar medios que representan una injerencia para el ejercicio imparcial e independiente de la autoridad, sin perjuicio de su derecho a la libertad de expresión. (...). (CAP,2012, p.1-22).

De ahí que, se obtenga como resultado interpretativo lo que señala el recurso de casación en su fundamento jurídico trigésimo segundo. Esto es, que solo “es lícita la actividad del abogado que se realice de forma privada, así como pública, siempre que esté acorde a la Ley” (Corte Suprema,2015, p.32).

Así las cosas, en el caso del abogado defensor, quien es el que asesora a una persona en particular, hay que indicar que, si bien este debe abocarse a defender los intereses de su patrocinado o patrocinada, también es cierto que -siempre y en todos los casos- su actuación debe ser con sujeción a Ley y a las reglas de la ética. Con lo cual, el abogado particular en el ejercicio legal solo puede adoptar medidas jurídicas y legales para defender los intereses de sus clientes.

Por lo que, en base a todo lo señalado, se puede concluir que, en el caso en concreto, el abogado Aurelio Pastor rebasó la *lex artis* de la abogacía. Esto es, no desempeñó su conducta profesional dentro del marco ético y normativo respectivo, puesto que ni jurídica ni deontológicamente es posible utilizar estrategias indebidas como la invocación de lazos de amistad con las autoridades que tengan bajo su conocimiento un proceso penal y/o administrativo, a efectos de que los casos se resuelvan en función a dichos recursos personales y no en función a criterios objetivos e independientes, que es lo que corresponde en aras de una debida administración de justicia.



Aunado a lo anterior, no se debe perder de vista que la conducta de Aurelio de Pastor de invocar influencias ante los miembros del JNE, así como ante el Fiscal Supremo en lo Penal, Pablo Sánchez Velarde, es contemplada por el Código de Ética del Colegio de Abogados del Perú (2012) como actos contrarios a la ética profesional, es decir, como una falta al referido cuerpo normativo.

Lo expuesto, toda vez que el artículo 63 del Código señalado *supra* refiere que “el abogado no debe utilizar medios que representan una injerencia para el ejercicio imparcial e independiente de la autoridad, sin perjuicio del ejercicio de su derecho a la libertad de expresión (...)” (p.12). Del mismo modo, y de forma paralela, prescribe en su artículo 81 que “constituyen actos contrarios a la ética profesional la transgresión de las normas estatutarias del respectivo colegio, así como aquellas contenidas en el presente código (...)” (p.14).

De ahí que, el artículo 80 del Código de Ética (2012) en mención refiera que “los Colegios de Abogados del Perú, a través de sus órganos de Dirección y Deontológicos, investigan de oficio o a solicitud de parte, los actos contrarios a la ética profesional en que incurran los abogados y las abogadas e imponen las sanciones a quienes resulten responsables” (p.14). A partir de esto último, cabe precisar que dichas sanciones se encuentran contempladas en el artículo 102 del CAP, que –como ya se ha señalado– es la principal fuente normativa y ética que debe respetar todo abogado y abogada en el ejercicio de su profesión.

Ahora bien, estando a lo señalado, cabe hacer la precisión que la sanción disciplinaria que se haya podido aplicar al abogado Aurelio Pastor por la comisión de actos contrarios a lo proscrito por el Código de Ética del Colegio de Abogados del Perú, en el marco de un proceso administrativo disciplinario, no excluye la investigación y posterior sanción que se pueda efectuar en sede penal por la realización de este mismo acto. Ello, toda vez que el primer proceso tiene como finalidad sancionar la comisión de una prohibición expresa de ese Código y, por ende, una falta a los deberes propios del abogado; mientras que, el segundo proceso tiene como finalidad sancionar una conducta ilícita que pone en peligro un bien jurídico (*la vigencia del carácter prestacional de la administración pública*).

Con lo cual, no es correcto señalar que para acreditar el ejercicio ilegítimo de la actividad del abogado se requiera previamente un pronunciamiento institucional de parte del Colegio de

Abogados, pues no nos encontramos ante una cuestión previa ni mucho menos ante una cuestión prejudicial.

Finalmente, en cuanto al último requisito, relacionado a que el propósito de la intervención se refiera a una de su profesión u oficio, se ha señalado, por parte de la defensa técnica, que lo que verdaderamente realizó Aurelio Pastor fue una *gestión de intereses jurídicos*, que si bien no es la que encuentra regulada en la Ley N°28024, sí es la que se está prevista en el glosario de términos del Código de Ética del Colegio de Abogados del Perú, que es en el que se basó la defensa para señalar que la conducta de Pastor se encontraba dentro de los estándares de una actividad lícita (Corte Suprema, 2015, fundamento 5).

Para argumentar lo expuesto, la defensa técnica refiere que lo único que realizó Aurelio Pastor, en su calidad de abogado de la señora Corina De la Cruz, fue presentar argumentos jurídicos, de manera transparente, a los funcionarios a cargo del proceso penal y administrativo de su patrocinada. Es decir, para la defensa, su patrocinado tan solo estaba ejecutando una gestión de intereses en el marco de una estrategia procesal (Corte Suprema, 2015, fundamento 5).

Sobre lo expuesto, los magistrados supremos en la sentencia de casación coinciden en que las conductas de Aurelio Pastor (de solicitar a los funcionarios a cargo que se dilate más allá del plazo legal la emisión del pronunciamiento en torno a la solicitud de vacancia y de pretender que el dictamen fiscal salga de forma célere y favorable a su patrocinada) forman parte de ejercer el derecho a la defensa a través de la gestión de intereses. Esto es, forman parte de una estrategia procesal, que cotidianamente se practica en el ejercicio de la abogacía.

En consecuencia, para los magistrados de la Corte Suprema, invocar influencias para lograr satisfacer las pretensiones señaladas *supra* constituye una manifestación del ejercicio legítimo del rol de abogado. Ello, toda vez que -para la sentencia casatoria (2015)- se ha acreditado no solo que la actividad desarrollada por Aurelio Pastor es lícita, sino que -además- no rebasó la *lex artis*, puesto que ninguna de las dos conductas se dirigió “a efectuar un ofrecimiento fuera de ley, a corromper a los funcionarios ni a obtener un resultado o beneficio ilegal” (fundamento 48). Por tanto, los magistrados concluyen que la intervención de Aurelio Pastor estuvo dentro del ejercicio legítimo del rol de abogado.

Al respecto, es menester mencionar que no nos encontramos de acuerdo con la línea argumentativa seguida por los magistrados de la Corte Suprema, puesto que esta no se condice con la principal fuente normativa y ética que debe respetar todo abogado y abogada en el ejercicio de su profesión. Esto es, con el Código de Ética del Colegio de Abogados del Perú.

Ello, toda vez que, si bien el abogado es un defensor de los intereses de su cliente, tal como lo señala el artículo 27 del Código de Ética del Colegio de Abogados del Perú (2012) cuando refiere que “es deber del abogado defender el interés del cliente de manera diligente y con un elevado estándar de competencia profesional” (p.20). Ello dista de ser un gestor de intereses como tal. Pues, la gestión de intereses en el Perú se encuentra regulada en la Ley N°28024, que fue promulgada el veintitres de junio del año dos mil tres.

Así las cosas, cabe indicar que si bien la gestión de intereses se encuentra contemplada de forma expresa en el glosario de términos del CAP como una manifestación del ejercicio profesional del abogado, esta se encuentra referida -como lo señala el artículo 3 de la Ley N° 28024 (2003)- a la “actividad mediante la cual las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, 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” (p.2).

La decisión pública a la que se refiere el artículo precedente fue definida en el artículo 4 de la Ley N° 28024 (2003) como “el proceso mediante el cual la administración pública establece políticas o toma decisiones de cualquier naturaleza que tengan una significación económica, social o política de carácter individual o colectivo, o que afecten intereses en los diversos sectores de la sociedad”<sup>1</sup>(p.3).

---

<sup>1</sup> Conforme al desarrollo del artículo 4 de la Ley N° 28024, se considera proceso que conduce a una decisión pública: a) El estudio de proyectos de ley por las Comisiones Ordinarias, Especiales y Comisión Permanente del Congreso de la República; b) El debate de dictámenes de los proyectos de ley y la aprobación, observación y promulgación de leyes, y su derogación; c) La elaboración, aprobación, promulgación de Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia, y su derogación; d) La formación, promulgación de Decretos Supremos, Resoluciones Supremas, Resoluciones Ministeriales, Resoluciones Viceministeriales y Resoluciones Directorales, de ser el caso, y su derogación; e) La elaboración, adopción o aprobación de políticas, programas, proyectos y posiciones institucionales; f) La celebración de convenios y contratos) La elaboración, aprobación o derogación de resoluciones de los titulares de los organismos o entidades de la administración pública; h) La elaboración, aprobación o derogación de ordenanzas regionales, acuerdos del consejo regional, decretos y resoluciones regionales así como ordenanzas, decretos y resoluciones municipales; i) Los actos de administración interna a cargo de los órganos de las entidades de la administración pública, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

Ahora bien, cabe mencionar que dentro de los funcionarios públicos con capacidad pública no se encuentran los funcionarios de los organismos constitucionalmente autónomos como lo son el JNE y el Ministerio Público, pues el artículo 1 de la citada ley refiere: “la presente ley no comprende las funciones jurisdiccionales del Poder Judicial, de los organismos constitucionalmente autónomos y de las autoridades y tribunales ante los que se sigue procesos administrativos” (Ley N° 28024, 2003, p.2).

Estando a lo señalado, es evidente que Aurelio Pastor no era un gestor de intereses en representación de los intereses de la ex alcaldesa de la Municipalidad Provincial de Tocache, Corina De la Cruz, dado que las decisiones públicas que están involucradas en la gestión de intereses excluyen las relacionadas a las decisiones que se toman a nivel de los organismos constitucionalmente autónomos como lo son el JNE y el Ministerio Público. Lo último, toda vez que estas instituciones tienen a cargo casos judiciales y administrativos, los mismos que no involucran una decisión con una significación económica, social o política.

Por tanto, es preciso mencionar que diferimos del criterio de los magistrados supremos cuando refieren que invocar influencias para lograr satisfacer las pretensiones señaladas *supra* constituye una manifestación del ejercicio legítimo del rol de abogado, pues las actuaciones de Aurelio Pastor no se circunscribieron a las de un abogado defensor de los intereses de su patrocinada ni mucho menos a la de un abogado gestor de intereses en el marco de la Ley N° 28024, que es la única que regula la gestión de intereses en la administración pública y que, por tanto, es a la que hace referencia el CAP.

Por el contrario, compartimos la opinión esbozada por los magistrados de la Primera Sala Penal de Apelaciones (2015), los mismos que en su fundamento vigésimo séptimo señalan que:

“Conforme a la deontología del abogado, el patrocinio exige que la prestación de servicios legales se realice dentro del marco permitido, y, por lo tanto, el abogado debe abstenerse de realizar cualquier conducta que pudiera influir indebidamente en el tiempo o en el modo de resolver por parte de la autoridad. No debe utilizar medios que representen una injerencia para el ejercicio imparcial e independiente de la autoridad, ni permitir que el cliente lo haga” (p.25).

De ahí que, concluyamos que no es posible amparar bajo la causal de justificación ejercicio legítimo de la abogacía la invocación de influencias por parte de Aurelio Pastor para lograr satisfacer pretensiones ilegítimas como influir en el tiempo o en el modo de resolver por parte de la autoridad. Pues, resulta inverosímil legalizar dichas conductas bajo el argumento de que es una práctica permanente en el ejercicio de la abogacía.

Lo expuesto, toda vez que se está dando el mensaje de que corresponde al rol o al ejercicio legítimo de la profesión de abogado ofrecer contactos en el ámbito de la administración de justicia para que funcionarios públicos que forman parte de ella resuelvan casos judiciales y/o administrativos en función a recursos personales como lo son los lazos de amistad y no –como debería de ser– en función a criterios objetivos, imparciales e independientes, que es lo que corresponde en aras de una debida administración de justicia.

Así las cosas, y aunado a lo indicado, consideramos que tampoco es factible legalizar dichas conductas, puesto que las mismas no encuentran asidero en nuestra Constitución Política del Perú, que es nuestra norma suprema dentro del ordenamiento jurídico peruano. Ello, toda vez que -como se señala en el numeral 14 del artículo 2 de la Carta Magna- esta norma no ampara las relaciones contractuales que tengan como objeto un fin ilícito, tal y como lo sería defraudar a la administración pública a través de estrategias proscritas y, por ende, ilegales.

Ahora bien, estando a todo lo señalado *supra*, y siguiendo con el desarrollo del presente informe, a continuación, se abordará el tercer problema jurídico, que está relacionado a la presunta existencia del delito provocado.

### **5.3. El presunto delito provocado**

En este último apartado, corresponde pronunciarnos en torno al tercer problema jurídico, el cual –como se adelantó– está relacionado a la presunta existencia de un delito provocado, pues, de acuerdo a los magistrados de la Corte Suprema, Aurelio Pastor habría sido inducido por Corina De la Cruz a cometer el delito de tráfico de influencias simuladas.

Al respecto, cabe iniciar señalando que el delito provocado, en la legislación comparada, ha sido definido por Ruiz (1982) como el que “surge por obra y a estímulos de provocación”

(p.124), siendo que para su configuración se tendrá que dar la concurrencia de tres elementos: “un elemento objetivo, un elemento subjetivo y la imposibilidad de que se alcance el resultado desaprobado” (Ruiz, 1982, p.123-125).

Respecto al elemento objetivo, “este requiere que el hecho no haya surgido de la iniciativa propia del provocado, sino como consecuencia de una incitación ajena previamente calculada para obtener la respuesta apetecida” (Ruiz, 1982, p.123). En resumen, se requiere que exista una incitación por parte de una persona para que otro cometa el delito, pues sin esta incitación el delito no se habría ejecutado.

De allí que, en el caso en concreto, sea menester indicar que este primer presupuesto no se cumple. Pues, de los audios, que han sido transcritos en parte en la resolución judicial, se advierte que es de Aurelio Pastor del que nace todo el iter criminis del delito de tráfico de influencias simuladas. Ello, toda vez que este -invocando influencias- es el que se ofrece a interceder por Corina De la Cruz ante los funcionarios públicos que estaban conociendo su caso administrativo y judicial. Esto es, ante los funcionarios del JNE como ante el Fiscal Supremo en lo Penal, Pablo Sánchez Velarde.

Prueba de ello es que, en un primer momento de los audios, se escucha a Aurelio Pastor decir: *“a los del jurado los conozco”; “mira Corina mejor llegada no puedo tener con los miembros del jurado, yo tengo buenos amigos allí, como son buenos amigos me pueden ayudar”; “cualquier cosa que se consigue en el jurado no se consigue con plata, se consigue con amistad”* (Corte Suprema, 2015, p.10).

En un segundo momento, se oye decir a Pastor Valdivieso: *“yo puedo pelearme e insistir en el jurado y seguir diciendo dame más tiempo, dame más tiempo”; “yo voy a buscar que me de más tiempo del que la ley señala”; “yo voy a tratar dos cosas, primero, que sea más de un mes y segundo de que esto no demore más de tres meses, sino que demore menos para tratar de empatar”; “( por eso) voy a pedirle al fiscal que no solamente lo saque a tu favor, sino que lo resuelva rápido y que lo remita”*( Corte Suprema, 2015,p.11).

Todo ello, para en un tercer momento indicar: *“hay que correr, mira, te digo la verdad es una chamba de prácticamente todos los días”; “es una chamba bien intensa, yo te propongo 30 mil soles de entrada y 30 mil soles de salida”* (Corte Suprema, 2015, p.12-13).

De lo expuesto, se puede advertir que es más que evidente que la señora Corina De la Cruz no instigó a Aurelio Pastor Valdivieso a cometer el delito señalado, pues –como se ha indicado- fue este el que invocando sus influencias se ofreció a interceder por la ex alcaldesa ante los funcionarios públicos a cambio de una suma de 60.000.00 soles, que el libre y voluntariamente fijó.

Ahora bien, en cuanto al segundo elemento, Ruiz (1982) señala que este está formado por dos elementos subjetivos: los móviles y la finalidad. Mientras que los móviles pueden ser varios, la finalidad u objetivo es uno solo: que el sujeto activo sea castigado a raíz de la comisión del hecho delictivo instigado (p.125).

Por su parte, el tercer elemento guarda relación con “la imposibilidad de que se alcance el resultado desaprobado por la norma, y ello porque previamente se han adoptado las medidas, precauciones y garantías para que este no se produzca” (Ruiz, 1982, p.125).

Sobre estos dos últimos elementos, hay que indicar que no guarda sentido pronunciarnos respecto a su configuración, puesto que desde el primer elemento se ha descartado la existencia de un delito provocado por parte de la ex alcaldesa Corina De la Cruz. Ello, ya que –como señala Mir (2001)- “ no se puede instigar a quien ya estaba previamente decidido a cometer el crimen” (p.404).

Por todo lo expuesto, somos de la opinión que el presente recurso de casación realiza una inadecuada interpretación de los hechos, dado que pretende argumentar que fue Corina De la Cruz la que incitó a Aurelio Pastor a cometer el delito cuando ello no encuentra asidero en los audios, que -transcritos en parte en la resolución judicial- demuestran que es del sujeto activo del que surge todo el *iter criminis*. Incluso, es él quien expone sus experiencias respecto a cómo es que se ganan los casos en estos organismos constitucionalmente autónomos.

## **Conclusiones**

- El tráfico de influencias simuladas es un delito de peligro abstracto, que se encuentra tipificado en el artículo 400 del Código Penal, y cuyo bien jurídico protegido es “la vigencia del carácter prestacional de la administración pública”.

- La consumación del delito de tráfico de influencias se da con el “acuerdo de intersección”. Esto es, basta con la concreción del pacto de voluntades entre el traficante y el interesado.
- Es incorrecto sostener que, en el caso en concreto, nos encontremos ante la presencia de la causa de justificación “ejercicio legítimo de la profesión”, pues ni jurídica ni deontológicamente es posible utilizar estrategias indebidas como la invocación de lazos de amistad con las autoridades que tengan bajo su conocimiento un proceso penal y/o administrativo, a efectos de que los casos se resuelvan en función a dichos recursos y no en función a criterios objetivos e independientes.
- En el presente caso, no nos encontramos ante un delito provocado por parte de la ex alcaldesa Corina De la Cruz, toda vez que ello no encuentra asidero en los audios, que -transcritos en parte en la resolución judicial- demuestran que es de Aurelio Pastor del que surge todo el *iter criminis*. Incluso, es él quien expone sus experiencias respecto a cómo es que se ganan los casos en estos organismos constitucionalmente autónomos.

## Bibliografía

Abanto, M. (2003). Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. Lima: Palestra Editores.

Acurio, F. (2017). El bien jurídico protegido en el tráfico de influencias simuladas. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/10125>

Chanjan, R., Torres, D. y González, M. (2020). *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción*. <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2020/01/07145345/claves-corrupcion.pdf>

Colegio de Abogados del Perú. (2012). *Código de Ética del Abogado*. [https://www.call.org.pe/docs/codigo de etica del abogado 051114.pdf](https://www.call.org.pe/docs/codigo%20de%20etica%20del%20abogado_051114.pdf)

Congreso de la República. (2003). *Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública - Ley N° 28024*. [https://www.oas.org/juridico/spanish/per\\_res14.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res14.pdf)



Corte Suprema de Justicia. (2015). *Sentencia de Casación*.  
[https://img.legis.pe/wp-content/uploads/2016/12/Casacion-374-2015-Lima-Trafico-de-influen-ncia-Legis.pe\\_.pdf](https://img.legis.pe/wp-content/uploads/2016/12/Casacion-374-2015-Lima-Trafico-de-influen-ncia-Legis.pe_.pdf)

Corte Suprema de Justicia. (2015). *Acuerdo Plenario N°3-2015/CIJ-116*.  
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/da28c4004f297bc9932abbecaf96f216/IX%2BPleno%2BSupremo%2BPenal-2015-3.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=da28c4004f297bc9932abbecaf96f216>

Corte Superior de Justicia de Lima, (2014). *Sentencia de Primera Instancia*.

Corte Superior de Justicia de Lima, (2015). *Sentencia de Segunda Instancia*.  
[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/86177f80486bc4e29c149ceb374b31d7/D\\_Sentencia\\_Pastor\\_150515.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=86177f80486bc4e29c149ceb374b31d7](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/86177f80486bc4e29c149ceb374b31d7/D_Sentencia_Pastor_150515.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=86177f80486bc4e29c149ceb374b31d7)

El Comercio. (2012). Alcaldesa de Tocache fue suspendida por recibir condena por difamación. 04 de septiembre de 2012, de Diario El Comercio Sitio Web:  
<https://archivo.elcomercio.pe/sociedad/lima/alcaldesa-tocache-fue-suspendida-recibir-condena-difamacion-noticia-1465097>

Guimaray, E. (2015). Sobre el bien jurídico en el delito de tráfico de influencias peruano. En: Libro de Homenaje al Prof. Dr. Juan María Terradillos Basoco.  
<https://cuba.vlex.com/vid/bien-juridico-delito-trafico-577044382>

López, J. (2020). El delito de tráfico de influencias en el Perú. En Delitos contra la Administración Pública. Lima: Ideas Solución Editorial.

Mir, C. (2001). Derecho Penal Parte General. Barcelona: Reppertor.

Montoya, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*.  
<https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-Delitos-contra-la-Administración-Pública.pdf>

Perú 21. (2012). Fiscalía abre investigación a Aurelio Pastor tras difusión de audio. 26 de noviembre de 2012, de Diario Perú 21 Sitio Web:

<https://peru21.pe/politica/fiscalia-abre-investigacion-aurelio-pastor-difusion-audio-56492-noticia/>

Ruiz, L. (1982). El delito provocado, construcción conceptual de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Derecho Penal y Ciencias Penales*, 35(1), 119-144. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46208>

Salinas, R. (2014). *Delitos contra la administración pública*, 3° ed. Lima: Grijley.

San Martín, C., Caro C. y Reaño, J. (2002). *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: aspectos procesales y sustantivos*. Lima: Jurista Editores.

Torres, D. (2015). Apuntes sobre el bien jurídico protegido en delito de tráfico de influencias. En *Boletín Informativo N° 53 del Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP*. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/Comentariosjurisprudencial2.pdf>

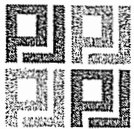
Villavicencio, F. (2013). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley.

Villavicencio, F. (2017). *Derecho Penal Básico*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Villa, J. (2014). *Derecho penal Parte General*. Lima: Ara Editores.

Yon, R. (2002). Tráfico de influencias: un análisis al contenido del tipo penal. *Themis*, 45(1), 229-242. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11882>

YouTube. (2015). Cuarto Poder: Aurelio Pastor pidió 50 mil soles a la alcaldesa de Tocache. 25 de noviembre de 2012, de YouTube Sitio web: <https://www.youtube.com/watch?v=y4L5apF0i44>



**Sumilla:** La mínima lesividad del acto y las circunstancias en que se efectuó, implican que la conducta del acusado se adecue al ejercicio de la profesión, en consecuencia, no debe ser reprochada penalmente.

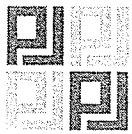
Lima, trece de noviembre de dos mil quince

**VISTOS:** En audiencia pública; el recurso de casación interpuesto por la defensa del sentenciado Aurelio Pastor Valdivieso; contra la sentencia de vista del quince de mayo de dos mil quince, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la sentencia de primera instancia del nueve de octubre de dos mil catorce, que condenó a Aurelio Pastor Valdivieso como autor del delito contra la Administración Pública-tráfico de influencias, en agravio del Estado, revocó el extremo que le impuso como pena principal cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad efectiva y reformándola, impuso cuatro años de pena privativa de libertad efectiva; con lo demás que contiene.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

**ANTECEDENTES:**

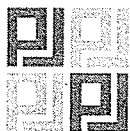
**Primero.** Por disposición del veinte de marzo de dos mil catorce, la Fiscal Provincial Titular Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios emitió requerimiento acusatorio, obrante a foja uno del cuaderno de debate, contra Aurelio Pastor Valdivieso como autor del delito contra la Administración Pública-tráfico de influencias, en



agravio del Estado; solicita, que se le imponga cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad, inhabilitación accesoria por el mismo plazo, y siendo el agraviado el Estado, representado por el Procurador Público Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios, dejó sin efecto su pedido de reparación civil.

**Segundo.** Producida la audiencia preliminar, emitido el auto de enjuiciamiento y señalada fecha para inicio del juicio oral, se registró la misma a fojas treinta y cuatro del mismo cuaderno, en la que obra el índice de registro de audiencia de juicio oral del uno de septiembre de dos mil catorce, continuándose los días tres, cinco, ocho, quince, diecisiete, veinticinco de septiembre y seis de octubre de dos mil catorce.

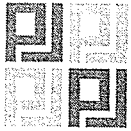
**Tercero.** Mediante sentencia del nueve de octubre de dos mil catorce, obrante a fojas cincuenta: **i)** Condenó a Aurelio Pastor Valdivieso como autor del delito contra la Administración Pública-tráfico de influencias, en agravio del Estado, previsto en el artículo cuatrocientos del Código Penal, en agravio del Estado. **ii)** Le impuso como penas principales: **a)** Cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad efectiva, cuya ejecución provisional se suspende hasta la fecha en que quede consentida o ejecutoriada, bajo reglas de conducta. **b)** Medidas limitativas de derechos de incapacidad para obtener el cargo, mandato, empleo o comisión de carácter público por el plazo de cuatro años y seis meses. **iii)** Declaró fundada en parte la reparación civil propuesta por el actor civil, fijando en cien mil nuevos soles el monto a favor del Estado. **iv)** Exoneró del pago de costas al sentenciado.



**Cuarto.** Apelada esta sentencia y concedido el recurso, luego de corrido traslado a las partes, mediante resolución del trece de abril de dos mil catorce, de fojas ciento treinta y uno, la Sala de Apelaciones resolvió declarar: **i)** Inadmisibles los medios probatorios ofrecido por el Fiscal Superior de la Segunda Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios consistentes en: a) Audio "AURELIO PASTOR 03/09/12". b) Audio "18-10-12", sin perjuicio de solicitar su oralización en su oportunidad. **ii)** Admitir la declaración del perito Pedro José Infante Zapata. **iii)** Inadmisibles los medios probatorios ofrecidos por la defensa del sentenciado Aurelio Pastor Valdivieso. iv) Señalar como fecha para la realización de la audiencia de apelación el veintitrés de abril de dos mil quince. **v)** Al escrito presentado por la defensa por el cual subsana un error material por no haber adjuntado una parte de los medios probatorios ofrecidos, habiéndose denegado los mismos no resulta necesaria su incorporación así como los medios ofrecidos, razón por la cual se dispone devolver en la audiencia los anexos del escrito de fecha ocho y diez de abril de dos mil quince a la defensa.

**Quinto.** En la fecha indicada se dio inicio a la audiencia de apelación, ante el pedido de la defensa de reexamen de medios probatorios inadmitidos por ese Colegiado, la declara improcedente, se efectúan los alegatos de apertura, el examen del sentenciado, suspendiéndose para el treinta del mismo mes y año.

**Sexto.** En esa sesión se examina al perito respecto de los dictámenes periciales de audio y se da paso a la fase de examen de la prueba documental: **i)** Escucha de los audios contenidos en las dos cintas magnéticas marca Sony HF90 lados "A" y "B", de fecha tres de septiembre de dos mil doce y lados "A" de fecha dieciocho de



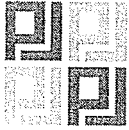
octubre de dos mil doce. **ii)** Tarjeta con membrete a nombre de Aurelio Pastor Valdivieso, de fecha veinticuatro de agosto de dos mil doce, obrante a fojas ciento ochenta y ocho del tomo I del expediente judicial. **iii)** Hoja de reporte de visitas al Jurado Nacional de Elecciones del veintitrés de agosto de dos mil doce, obrante a fojas setecientos veintiséis del tomo III del expediente judicial. Se suspende la audiencia para el cinco de mayo del mismo año.

**Séptimo.** En la citada fecha se realizan los alegatos de clausura y la autodefensa del sentenciado.

**Octavo.** En la cuarta sesión del día quince del mismo mes y año, se dio lectura a la sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la sentencia de primera instancia del nueve de octubre de dos mil catorce, en el extremo que condenó a Aurelio Pastor Valdivieso como autor del delito contra el Patrimonio-tráfico de influencias, en agravio del Estado, revocó el extremo que le impuso como pena principal cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad efectiva y reformándola, le impuso cuatro años de pena privativa de libertad efectiva; con lo demás que contiene.

**Noveno.** La defensa del sentenciado Aurelio Pastor Valdivieso interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista -ver fojas doscientos dieciocho-, que fue concedido en parte por resolución del trece de abril de dos mil quince, obrante a fojas trescientos noventa y tres.

**Décimo.** Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación



de casación del veintiocho de agosto de dos mil quince, que declaró bien concedido el recurso de casación, en un extremo, para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

**Décimo primero.** Producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública –con las partes que asistan–, en concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día trece de noviembre de dos mil quince, a horas diez de la mañana.

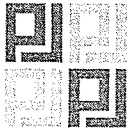
#### CONSIDERANDOS:

##### I. ASPECTOS GENERALES

**Primero.** Conforme con la Ejecutoria Suprema del veintiocho de agosto de dos mil quince –calificación de casación–, obrante a fojas ciento noventa y cinco del cuadernillo formado en esta instancia, el motivo admitido está referido al desarrollo de la doctrina jurisprudencial para analizar el libre ejercicio de la abogacía como causal de justificación del delito de tráfico de influencias simuladas, conforme al inciso ocho del artículo veinte del Código Penal.

##### 1. Imputación

**Segundo.** Se imputa al recurrente haber invocado influencias simuladas ante la Alcaldesa de la Municipalidad Provincial de Tocache, Corina de la Cruz Yupanqui, con el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones del año dos mil doce, Hugo Sivina Hurtado, así como con el Fiscal Supremo en lo Penal Pablo Sánchez Velarde; ofreciéndole interceder ante ellos a efectos que el primero de los



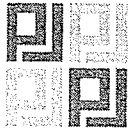
nombrados retarde, más allá del plazo legalmente previsto, la emisión de su pronunciamiento en el proceso de solicitud de vacancia del cargo de Alcaldesa, que venía conociendo contra la mencionada denunciante, mientras que el segundo emita su dictamen de manera favorable y rápida en el proceso penal que venía conociendo a raíz del recurso de nulidad interpuesto por la referida Alcaldesa y con todo ello evitar que sea suspendida en su cargo como Alcaldesa de la Municipalidad Povincial de Tocache; haciendo que Corina de la Cruz Yupanqui le prometa el pago de la suma de sesenta mil nuevos soles, bajo el concepto de honorarios profesionales, no habiéndose apersonado como abogado a ninguno de los dos procesos mencionados. Invocaciones que se han dado en momentos distintos, pero que son parte de una sola idea preconcebida o resolución criminal, considerándose por ello un solo delito continuado.

## 2. Fundamentos de la sentencia de primera instancia

**Tercero.** El Primer Juzgado Penal Unipersonal para condenar al recurrente señaló como hechos probados que:

- i) En cuanto al agente delictivo, éste es el acusado, en su calidad de abogado defensor de la actividad privada.
- ii) En cuanto a la modalidad utilizada, se invocó influencias simuladas, toda vez que el acusado Pastor Valdivieso afirmó ante la testigo Corina de la Cruz Yupanqui, tener "amigos" ante los dos entes del Estado ya descritos.
- iii) En cuanto al objeto corruptor, está probado que el acusado por su intervención ante los dos entes estatales solicitó la suma de sesenta mil nuevos soles.
- iv) En cuanto al ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público, está probado que el acusado mediante el uso de





influencia simulada ofreció interceder ante el ex Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, doctor Hugo Sivina Hurtado y el Fiscal Supremo, doctor Pablo Sánchez Velarde.

v) En cuanto a que el servidor ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, está acreditada la existencia de dos procesos, uno en el tema administrativo sobre el pedido de vacancia de la Alcaldesa de Tocache, Corina de la Cruz Yupanqui, que se tramitaba ante el Jurado Nacional de Elecciones, presidido por el doctor Hugo Sivina Hurtado y el otro, el proceso penal sobre difamación agravada, donde aparecía como procesada Corina de la Cruz Yupanqui, donde intervino el Fiscal Supremo doctor Pablo Sánchez Velarde.

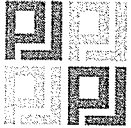
vi) En cuanto al elemento subjetivo, está acreditado que el acusado ha exteriorizado su voluntad de obtener un beneficio económico mediante la utilización de influencias simuladas ante la persona de Corina de la Cruz Yupanqui.

vii) Sobre la antijuridicidad indica que por las formas y circunstancias en que se desarrollaron los hechos, el acusado se encontraba en plena capacidad de poder determinar y establecer que sus acciones eran contrarias al ordenamiento jurídico vigente.

### 3. Fundamento de la sentencia de segunda instancia

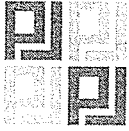
**Cuarto.** La Primera Sala Penal de Apelaciones para confirmar la sentencia de vista, en relación al extremo que es materia de casación, indicó:

i) Son presupuestos del ejercicio legítimo de un derecho aplicado a los actos de abogacía: a) Ser abogado, que no es objeto de controversia, pues el acusado estudió la carrera profesional de derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, se tituló en la misma casa de estudios en el año mil novecientos noventa y tres y



está inscrito en el Colegio de Abogados de Lima. b) Obrar como profesional en la abogacía, lo que tampoco es materia de controversia, toda vez que señaló que culminó la Maestría en Derecho Constitucional y como abogado entre los años mil novecientos noventa y tres a mil novecientos noventa y cinco absolvió consultas sobre esta disciplina, entre mil novecientos noventa y cinco a dos mil asesoró en temas de Derechos Humanos, colaboró en la defensa del ex Presidente Alan García Pérez, de mil novecientos noventa y cinco a dos mil uno fue asesor en el Congreso de la República, y entre dos mil uno a dos mil once fue Congresista de la República. Por su experiencia se especializó en Derecho Electoral y creó la Escuela Electoral del Jurado Nacional de Elecciones y ejerció la profesión de abogacía hasta la fecha. c) El ejercicio legítimo o regular del abogado en un proceso judicial o administrativo, que exige que la prestación de servicios legales se realice dentro del marco legal permitido 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 presenten una injerencia para el ejercicio imparcial e independiente, ni permitir que el cliente lo haga.

ii) En el presente caso, el imputado no realizó una defensa en estos términos, toda vez que: a) No se apersonó a los procesos en trámite, no presentó escritos, recursos o informes. b) No contó con la documentación de los expedientes para el estudio de los dos procesos, sólo tomó nota de lo que le refería De la Cruz Yupanqui. c) Ella contaba con el patrocinio de Carlos Augusto Yabar Palomino, quien solicitó se desestime el pedido de vacancia ante el Jurado Nacional de Elecciones, mediante recursos del ocho de agosto de



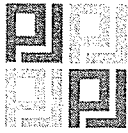
dos mil doce, posteriormente también tuvo como abogado a Horacio Cánepa.

iii) Al contrario, sólo se limitó a invocar influencias, jactándose en hacer alardes de amistad con funcionarios del Jurado Nacional de Elecciones y Ministerio Público. A este efecto, la Sala de Apelaciones determina los hechos probados de la imputación sobre tráfico de influencias y transcribe la parte de las grabaciones de conversaciones entre Pastor Valdivieso que acreditarían tal circunstancia:

**A)** El veintitrés de agosto de dos mil doce De la Cruz Yupanqui concurrió a su estudio y ambos fueron al Jurado Nacional de Elecciones y como el imputado 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 De la Cruz Yupanqui, tarjeta dirigida al testigo 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. Un abrazo. 24.08.12".

**B)** El Colegiado escuchó los audios que contienen conversaciones entre De la Cruz Yupanqui y Pastor Valdivieso de fechas tres de septiembre y dieciocho de octubre de dos mil doce, grabadas en una cinta de casete por esta, oralizados y debatidos en primera y segunda instancia, no habiendo observación a la transcripción de las actas. De la escucha de estos se advierte que el accionar del citado sentenciado no corresponde al ejercicio legítima de un abogado, ya que invocó influencias basadas en la amistad (la transcripción que se efectúa busca ser fiel reflejo 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: Sí 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, si no 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 sólo 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.

Corina de la Cruz: Ya.

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

"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?, más 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.

[...]

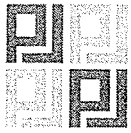
83. Corina de la Cruz: O tienes fecha límite.

84. Aurelio Pastor: (...) cualquier cosa que se consigue en el jurado no se consigue con plata, se consigue por amistad".

"279. Corina de la Cruz: (...) El doctor ha hablado, dice, con los señores del jurado que van a dar la suspensión sí o sí, 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, lo digo, mira (...)"

C) Estos diálogos acreditan que ofreció interceder ante el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones a fin 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 que podrían avanzar lo de la Fiscalía, porque el otro me dice que va a pronunciarse sí o sí.

57. Aurelio Pastor: Quién.

58. Corina de la Cruz: En la, en el Jurado".

"85. Corina de la Cruz: No, sí 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".

"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".

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

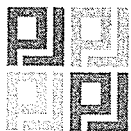
280. Aurelio Pastor: Ya no hay solución.

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 a dar tiempo por lo menos dentro de la ley, ahora yo voy a buscar que me dé 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 uno que sea más 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 (...)"

D) 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 (...)"

"280. Aurelio Pastor: Ya no hay solución.

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

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

"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 a hablar con el fiscal y el fiscal nos ayudó, yo personalmente he ido a hablar con él".

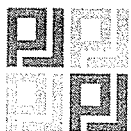
"Aurelio Pastor: (...) Sánchez Velarde creo que es el fiscal, el que tenía tu caso y él me contó que lo sacó a tu favor y lo sacó rápido y él me dijo allí (...).

"Aurelio Pastor: Yo he sacado esa resolución hablando con Sánchez Velarde (...)"

E) Por esta invocación de influencias e intercesión, que a criterio del juez y la Sala son simuladas, hizo prometer la suma de sesenta 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 en los siguientes diálogos:

"77. Corina de la Cruz: (...)¿Cuántos son tus servicios? Porque 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 te demora un año en la Suprema, todo el mundo te va a decir eso, los casos en la Suprema te 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 más 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 que no salgas de la alcaldía.

Es una chamba bien intensa. Yo te propongo lo siguiente para yo correr: 30 mil soles de entrada y 30 mil soles de salida. Mira, Corina, que vas a ganar, yo creo que vas a ganar. El problema no es que ganes, sino cuándo vas a ganar.

"91. Corina de la Cruz: Claro depende de ellos.

92. Aurelio Pastor: 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."

"100 Aurelio Pastor: Qué hacemos.

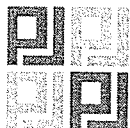
101 Corina de la Cruz: No funciona, no funciona ya.

103 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 a correr para que por mi 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".

"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 tu prepárate por si acaso más vale prevenir que lamentar, si te digo ándate y estate tranquila."

"Aurelio Pastor: Como estas 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."

"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 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 y había quedado que me van a prestar (...)"

"Aurelio Pastor: Lógico.

Corina de la Cruz: (...) para poder pagar la cantidad de dinero que piden es bien problemático no... como cumpla 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".

"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 plata.

Aurelio Pastor: Eso no tiene nada que ver... entiendo la situación en la que estas y espero que vas a volver a alcaldía, ¿verdad?".

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

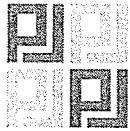
Corina de la Cruz: Ya.

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 mí me





interesa que regreses... porque regresando me pagaras mis honorarios ¿correcto?

Corina de la Cruz: Así es.

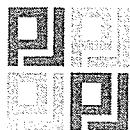
Aurelio Pastor: Ya te voy a ayudar, en los dos lados no necesito que Horacio Cánepa sepa".

"Corina de la Cruz: Pero conocer el tema.

Aurelio Pastor: Yo estoy viendo el tema del alcalde de Pachacamac, Hugo... yo tengo varios casos, yo te voy a ayudar, ya mis honorarios lo dejamos para que me pagues cuando regreses."

**iv)** 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 o un hecho de contenido penal. Normas prohibitivas como los artículos 22, 25 y 29 del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú y 57 y 63 del Código de Ética del Abogado (sic).

**v)** En el ámbito de la antijuridicidad material está acreditado que el acusado con su actuación: visitas, supuestas gestiones, alarde de amistad de los funcionarios del Jurado Nacional de Elecciones y Ministerio Público, ha quebrantado los bienes jurídicos protegidos, 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 de las citadas entidades ante los justiciables y ciudadanos, toda vez que invocó influencias simuladas ante los



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

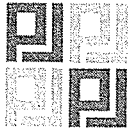
#### 4. Argumentos del recurso de casación

**Quinto.** La defensa de Pastor Valdivieso al interponer su recurso de casación, alega que:

i) Su recurso se ampara en los incisos uno y tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, pues se habrían vulnerado su derecho a la presunción de inocencia y la libertad del ejercicio de la abogacía.

ii) Esto es así toda vez que los hechos institucionales, como los actos que forman el ejercicio de la abogacía, se tienen que probar con el procedimiento establecido en Ley. Al tratarse de actos de abogacía realizados fuera de un proceso judicial, según el artículo veinte de la Constitución, es el Colegio de Abogados el que determina qué actos son ejercicio de la abogacía y cuándo el abogado viola el Código de Ética Profesional, a través del documento público resolución sancionatoria del Colegio de Abogados de Lima. Si el objeto del proceso penal es un acto de abogacía, su criminalización exige pronunciamiento del Colegio de Abogados determinado si se ha violado el Código de Ética Profesional, que es la *lex artis* de la abogacía.

iii) La Sala de Apelaciones, repitiendo el error del juez, utiliza sus conocimientos privados para determinar qué actos son ejercicio de la abogacía y cuándo se viola el Código de Ética Profesional; así, no se aportó una resolución sancionatoria del Colegio de Abogados de Lima y se rechazó el informe ofrecido por este, emitido después de la sentencia condenatoria. Igualmente se rechazaron informes jurídicos de Domingo García Belaunde, Delia Revoredo Marzano y la opinión



de Javier Valle Riestra Gonzales Olaechea, que no aportó la defensa anterior.

**iv)** El libre ejercicio de la abogacía forma parte del contenido constitucional del derecho de defensa, sin este no hay defensa técnica eficaz; la Constitución lo protege a través del Colegio de Abogados, al que le asigna la función constitucional de garantizar el libre y correcto ejercicio de la abogacía.

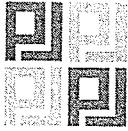
**v)** La gestión de intereses jurídicos presentados al Jurado Nacional de Elecciones o a la Fiscalía Suprema en lo Penal, se realizaron a través de entrevistas en el despacho y en hora de atención, incluso registrando la visita, no es la gestión privada que prohíbe el Código de Ética Profesional.

**vi)** El pretender que el abogado procurará que la resolución de suspensión del Jurado Nacional de Elecciones se dicte más allá del plazo legal no viola el Código de Ética Profesional porque, conforme a la estrategia del abogado, era necesaria mientras que avanzaba con la emisión del dictamen supremo en el procedimiento de recurso de nulidad de sentencia.

**vii)** No es una influencia prohibida una relación de amistad con un juez o fiscal al que se le presentan argumentos jurídicos y se le formulan peticiones legales que debe resolver aplicando la Ley.

**viii)** Si no se demuestra que el acto de abogado viola el Código de Ética Profesional, se configura un caso de ejercicio legítimo de la abogacía, que no constituye tráfico de influencias.

**ix)** La gestión de intereses que realizó el inculpado no es la regulada por la Ley veintiocho mil veinticuatro ni le exige sus requisitos. En realidad es un gestor de intereses jurídicos, previsto por el Código de Ética, por lo que las exigencias de esta norma no le corresponden a él.



## 5. Fundamentos de la Fiscalía Suprema en lo Penal

**Sexto.** La representante de la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal, en su escrito de diez de noviembre de dos mil quince, indica que:

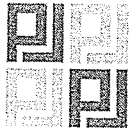
i) Es un hecho probado que Pastor Valdivieso no ejerció ningún acto de abogacía, no obstante haber dicho a De la Cruz Yupanqui que los funcionarios a quienes se refirió eran honestos y que lo que se consigue en el Jurado Nacional de Elecciones es con amistad y no con dinero, esto también constituye una invocación de amistades en dicha institución. Por ello, la casación no puede variar los hechos probados, que fue objeto de juzgamiento y apelación, siendo desestimada la tesis de la defensa.

ii) El recurrente alegó que ejerció labores de abogacía como gestor de intereses, pero la norma que lo regula, Ley veintiocho mil veinticuatro, niega dicha actuación en el ámbito de los procesos judiciales, o las funciones jurisdiccionales de los organismos constitucionales autónomos y de las autoridades y tribunales antes los que se sigue procesos administrativos.

iii) La gestión de intereses no puede ampararse, pues el procesado ofreció interceder ante el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones para convencerlo de realizar un acto ilegal, a través de la dilación de un acto procesal, más allá del plazo legalmente establecido.

iv) No existe ejercicio regular de un derecho por no ser el "amiguismo" ni la dilación parte de la destreza profesional ni técnica de un abogado, sino una oferta ilegal.

v) Nuestro país ha suscrito diversos instrumentos jurídicos internacionales que se comprometen a luchar contra la corrupción, no hay norma que se justifique el tráfico de influencias reales o simuladas, sobre jueces, fiscales y funcionarios públicos que ejercen



justicia, al contrario, el legislador promulgó la Ley veintiocho mil veinticuatro, sobre gestión de intereses en la administración pública y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial ha dictado directivas sobre las entrevistas con los abogados.

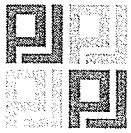
vi) Al delito de tráfico de influencias no se le puede aplicar los criterios de adecuación social, pues es una teoría desfasada, de ahí que proceden las causas de justificación, las cuales no se aplican en este delito.

## II. ACERCA DEL EJERCICIO LEGÍTIMO DE LA ACTIVIDAD DEL ABOGADO

**Séptimo.** El sistema de valoración de prueba que ha acogido nuestra legislación procesal es el de sana crítica. Este no limita la posibilidad de establecer criterios determinados para la valoración, pero sólo serán pautas para el juez, que apoyado de un conocimiento sobre ciencia o técnica, reglas de la lógica y máximas de la experiencia, resolverá regido por verdaderos criterios de conocimiento que garanticen a la vez un adecuado juzgamiento.

**Octavo.** De ahí que el juez esté en la libertad de valorar la prueba para acreditar si el acusado ejerció su actividad profesional conforme a derecho y motivadamente, por lo que no será obligatorio tomar por ciertos informes jurídicos, que sólo ilustran al juez, pues no pueden reemplazar su criterio.

**Noveno.** Sobre todo cuando el Recurso de Nulidad número mil trescientos diez-dos mil ocho-Ayacucho, de catorce de enero de dos mil diez, determina que es el juez penal quien "tiene un control de legalidad [...], por cuanto el procesamiento de quien resulte emplazado por el fiscal requiere autorización o decisión judicial, la que no es automática puesto que el juez no actúa como simple



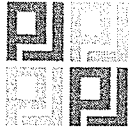
receptor del procesamiento dispuesto por el Ministerio Público, pues lo que corresponde al juez es evaluar si la promoción de la acción penal se amolda a los requisitos que establece la ley procesal". Por ello, este tiene la facultad de determinar que conducta es adecuada a derecho o no, como veremos.

**Décimo.** La alegación de la defensa hecha en el considerando quinto no tiene cabida, pues el catedrático Taruffo citando a John Searle, profesor de filosofía de la Universidad de California, diferenció entre hechos "brutos" e "institucionales", sosteniendo que los primeros son realidades físicas o mentales y los segundos son contruidos por la realidad cultural, como la existencia de un contrato, matrimonio, sentencia, etc., por lo que no habría hechos "brutos" en el derecho, y mucho menos en las definiciones normativas, sino únicamente hechos "institucionales"<sup>1</sup>; como se ha expuesto normativamente, de esta discusión filosófica no se puede concluir que para acreditar el ejercicio ilegítimo de la actividad del abogado, además, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código de Ética de Abogados del Perú y conexos, se requiere previamente un pronunciamiento institucional del Colegio de Abogados. Lo que implicaría una cuestión prejudicial y el reconocimiento de un sistema de valoración de prueba tasada, proscrita.

### III. LA TIPICIDAD DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS SIMULADAS

**Décimo primero.** El tipo penal recogido en el primer párrafo del artículo cuatrocientos del Código Penal sanciona a quien invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o

<sup>1</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Segunda edición. Editorial Trotta, Madrid, 2005, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, pp.105-113.

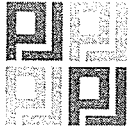


cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que conocerá, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Del análisis de este tipo penal, tenemos: a) El núcleo rector se encuentra expresado con la frase "invocando influencias con el ofrecimiento de interceder", esta expresión marca la especificidad típica de esta modalidad de corrupción<sup>2</sup>. b) Las frases "recibir, hacer dar o prometer" configuran modalidades delictivas, que no bastan para configurar el delito. c) "Donativo, promesa o cualquier ventaja", son los medios corruptores. d) "Con el ofrecimiento de [...]" constituye el componente teleológico de la conducta, es el destino de la acción ilícita.

**Décimo segundo.** El delito de tráfico de influencias simuladas es de peligro y de simple actividad que significa: i) Atribuirse poseer influencias ante un funcionario o servidor público será un acto preparatorio del delito. ii) El tráfico de la propia mediación: ofrecimiento de interceder, es un acto ejecutivo. iii) La recepción del dinero, utilidad o promesa, es un acto de consumación<sup>3</sup>. En el presente caso –tráfico de influencias simuladas– se debe precisar que los actos realizados luego de la consumación, es decir, el hecho que no se haya apersonado a los procesos en trámite, no presentado escritos, recursos o informes, no son punibles como actos de tráfico de influencias, de ahí que el análisis de la conducta del imputado por este delito sólo corresponde al acto de traficar que realiza el autor sobre un particular, es decir, limitado por el núcleo rector.

<sup>2</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Cuarta edición. Grijley, Lima, 2007, p. 787.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 778.



**Décimo tercero.** Este verbo rector, de invocar influencias con el ofrecimiento de interceder, por lo general obedece a propuestas expresas efectuadas directamente por el traficante al interesado, las cuales consistirían en la afirmación o la atribución que el sujeto tendría la capacidad de influir en un funcionario público<sup>4</sup>, es decir, el agente sin legitimidad para obrar invoca la capacidad o posibilidad de orientar o manipular la conducta de este en una dirección determinada. Estos ofrecimientos y los actos que derivan de ello, por máximas de la experiencia se realizan subrepticamente, de forma clandestina no pública.

**Décimo cuarto.** Al cumplirse con esta conducta, se estaría realizando los actos ejecutivos del delito de tráfico de influencias simuladas. Sobre ello, han existido una serie de cuestionamientos, José Hurtado Pozo<sup>5</sup>, Fidel Rojas Vargas<sup>6</sup>, Peña Cabrera<sup>7</sup> y Muñoz Conde<sup>8</sup>, entre otros, señalan que el peligro de perturbar de manera efectiva la decisión de parte de un funcionario o servidor público al ser muy lejano y en ocasiones vacuo, contravendría el principio de subsidiariedad del Derecho Penal.

**Décimo quinto.** De ahí que el bien jurídico de este tipo penal no podría ser el normal desarrollo o correcto funcionamiento de la

<sup>4</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*. Palestra, Lima, p. 528.

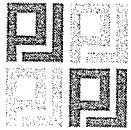
<sup>5</sup> HURTADO POZO, José. "Interpretación y aplicación del artículo 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias". Disponible en línea: <[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_2005\\_12.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2005_12.pdf)>. pp. 288-299.

<sup>6</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 792.

<sup>7</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Segunda edición. Tomo V. Idemsa, Lima, 2014, p. 679.

<sup>8</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte especial*. Octava edición, Valencia, 1991, p. 885.





Administración Pública, ni la imparcialidad de esta. Lo más correcto es que protege la imagen y prestigio de la Administración Pública<sup>9</sup> y de forma mediata su regular funcionamiento. Esta mínima lesividad de los actos que se tipifican en el delito de tráfico de influencias simuladas, por la ineficacia a la afectación del bien jurídico citado, se deben de tomar en cuenta al momento de efectuar alguna interpretación, de conformidad con el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal (principio de *ultima ratio*)<sup>10</sup>.

#### IV. LA ANTIJURIDICIDAD DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS SIMULADAS EN EL CASO DEL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UNA PROFESIÓN U OFICIO

**Décimo sexto.** Si bien la terminología legal se refiere a oficio, este es definido por el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas<sup>11</sup> como sinónimo de ocupación habitual, cargo, ministerio y empleo, por otro lado define a la profesión como ejercicio de una carrera, oficio, ciencia o arte, u ocupación principal de una persona, por lo que, la previsión legal incluye con mayor razón a la profesión del abogado<sup>12</sup>.

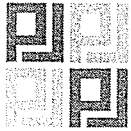
**Décimo séptimo.** A diferencia de la tipicidad, que es un análisis sobre si la conducta encaja en el tipo penal y es aceptada

<sup>9</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 785.

<sup>10</sup> Según el principio de subsidiariedad en un plano cualitativo significa que solamente los bienes jurídicos más importantes pueden legitimar la intervención del derecho penal, mientras que su plano cuantitativo, se manifiesta en el sentido que no podrá recurrirse al Derecho Penal si las conductas disfuncionales pueden controlarse suficientemente con otros medios de control menos lesivos. Por su lado, según el principio de fragmentariedad, no toda conducta lesiva de bienes jurídicos merecedores de protección penal debe ser sancionada penalmente, solo deben estar sometidas a represión penal, las más graves. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte general*. Segunda edición. Jurista Editores, Lima, 2012, pp. 136-138.

<sup>11</sup> CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo IV. J-O. Décimo cuarta edición. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1979, p. 665.

<sup>12</sup> *Ibidem*, Tomo V. P-R., p. 447.



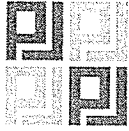
socialmente, en esta categoría se determina si individualmente el ordenamiento jurídico la autoriza, por ello el análisis se hace caso por caso y ponderando una serie de principios que determinarían si la conducta se permite o no.

**Décimo octavo. i)** La antijuridicidad implica un doble análisis sobre la conducta del sujeto activo: a) Antijuridicidad formal, es decir, que la conducta sea contraria al ordenamiento jurídico. b) Antijuridicidad material, que la conducta lesione el bien jurídico, es en esta donde se analizará si está justificada. **ii)** Puede existir colisión de bienes jurídicos de tal forma que se debe sacrificar el interés menos valioso, por lo que, la lesión o puesta en peligro de este sólo será materialmente antijurídica cuando es contraria a los fines del ordenamiento jurídico<sup>13</sup>. Criterio que prima al momento de evaluar las causas de justificación, conforme con la doctrina mayoritaria<sup>14</sup>.

**Décimo noveno.** Una de estas causas de exención de responsabilidad es el ejercicio legítimo de una profesión u oficio, regulado en el inciso ocho del artículo veinte del Código Penal, que tiene su fundamento en el derecho a la libertad del trabajo, por lo que, la conducta del sujeto activo que lesiona un bien jurídico al desarrollar una profesión u oficio, no será antijurídica si es que se realizó de acuerdo al ordenamiento jurídico, es decir, que el agente haya actuado respetando las normas constitucionales y dentro del

<sup>13</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. T. I. Civitas, Madrid, 1997, pp. 558 y 559.

<sup>14</sup> *Ibidem*. BACIGALUPO, Enríque. *Derecho Penal. Parte general*. Segunda edición. Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires, 1999, p. 355. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal. Volumen II. Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*. Editorial Trota, Madrid, 1999, p. 117.



marco legal, general o especial, pertinente<sup>15</sup>, en atención al principio de interés preponderante<sup>16</sup>. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número tres mil ochocientos treinta y tres-dos mil ocho-AA/TC, de treinta de junio de dos mil diez, ha señalado que el derecho al libre ejercicio de la profesión es uno de aquellos que forma parte del contenido de otro. En concreto el derecho a la libertad de trabajo, reconocido por el artículo dos inciso quince de la Constitución. Como tal, garantiza que una persona puede ejercer libremente la profesión para la cual se ha formado, como medio de realización personal. Ello no significa que el derecho al libre ejercicio de la profesión, en tanto derecho fundamental, sea ajeno a las limitaciones establecidas por ley. Sin embargo, corresponde realizar un análisis de constitucionalidad de tales limitaciones, a fin de verificar su validez. En ese sentido, el Juez Supremo Villa Stein<sup>17</sup> ha señalado que el acto estará justificado si:

- a) La profesión u oficio son lícitos.
- b) La actuación no rebase la *lex artis*.
- c) El propósito de la intervención se refiera a uno de su profesión u oficio.

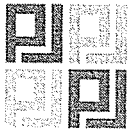
#### **1. La actividad del abogado como supuesto del ejercicio legítimo de un oficio o profesión**

**Vigésimo.** Lo que es materia de discusión es qué actividad del abogado en el caso del delito de tráfico de influencias simuladas puede justificar la lesión de un bien jurídico y en qué casos ocurre, por lo que corresponde analizar el regular ejercicio del profesional en derecho.

<sup>15</sup> HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Idemsa, Lima, 2011, pp. 567 y 568.

<sup>16</sup> CEREZO MIR, José. "La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. II, 1987, p. 274.

<sup>17</sup> VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte general*. Ara editores, Lima, 2014, p. 428.



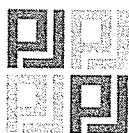
## 1.1 La actividad legítima del abogado

### 1.1.1. Ámbito de la actividad del abogado

**Vigésimo primero.** Bentham, citado por Ferrajoli<sup>18</sup>, ha indicado que en un ordenamiento cuyas «leyes fuesen tan sencillas que su conocimiento estuviese al alcance de todos los ciudadanos, cada cual podría «dirigir y defender su causa en justicia como administra y dirige sus demás negocios y sería por tanto suficiente la auto-defensa. Pero «en el reinado de una legislación oscura y complicada, de un modo de enjuiciar lleno de fórmulas y cargado de nulidades», es necesaria la defensa técnica de un abogado de profesión «para restablecer la igualdad entre las partes, respecto a la capacidad y para compensar la desventaja inherente a la inferioridad de condición del imputado.

**Vigésimo segundo.** Alberto Binder sostiene que antes de la reforma procesal penal se ha resaltado la importancia del abogado como colaborador de la administración de justicia. Sin embargo, al abogado en dicha posición resulta una exigencia demasiado alta tiene el deber de ser lo más diligente posible para garantizar los derechos de su patrocinado y logra el éxito, guardando el secreto profesional. El defensor no es auxiliar del juez ni de la justicia, según nuestro régimen constitucional es un asistente directo del imputado, en tal carácter, debe guiarse por los intereses y necesidades de la defensa de su cliente. No cumple una función pública, sino que asesora a una persona particular, su función y su actuación, conforme con las reglas de la ética, debe ceñirse a defender los

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Tercera edición. Editorial Trotta, Madrid, 1998, traducido por Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, p. 614.



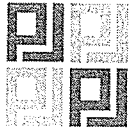
intereses de ese imputado. En la medida en que lo haga el defensor estará contribuyendo a que ese proceso responda a las exigencias del Estado de Derecho, y en esto último consiste su función pública o social: su contribución, a través de la asistencia al imputado en particular, a la legitimidad de los juicios en un Estado de Derecho". El defensor técnico como asistente del imputado tiene el derecho de participar –incluso autónomamente– en todos los actos del proceso<sup>19</sup>.

**Vigésimo tercero.** San Martín Castro señala que el defensor cumple una función pública por que hace valer la presunción de inocencia –y, dado el caso, también todas las circunstancias que favorecen al culpable– y, en sentido jurídico, garantiza y vela por la legalidad formal del procedimiento. Pero también, en armonía con ello, sirve exclusivamente al interés del imputado, en la medida que ese interés se dirija a ser defendido de la mejor manera posible. Es pues un órgano de la administración de justicia al exclusivo servicio de los intereses del imputado admitidos legalmente, lo que no significa que sea dependiente del órgano judicial, y, menos, de la fiscalía<sup>20</sup>.

**Vigésimo cuarto.** El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número tres mil ochocientos treinta y tres-dos mil ocho-AA/TC, de treinta de junio de dos mil diez, ha señalado que el abogado es el profesional del derecho que ejerce, entre otros servicios, la dirección y defensa de las partes en los procesos judiciales. La abogacía, así como el ejercicio de cualquier profesión, está al servicio y beneficio de la sociedad, por lo que su puesta en

<sup>19</sup> BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 155.

<sup>20</sup> SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. INPECCP y CENALES, Lima, 2015, p. 243

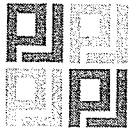


práctica debe estar imbuida de normas éticas y deontológicas. Entonces, la realización de tal derecho exige la aplicación de algunos principios, entre los cuales, el más importante es el principio de proporcionalidad, que se erige como herramienta interpretativa destinada a establecer hasta dónde el derecho fundamental limitado (ejercicio legal de la profesión) tolera las restricciones que se le imponen<sup>21</sup>.

**Vigésimo quinto.** Dentro de la normativa de rango legal, el artículo doscientos noventa y tres de la Ley Orgánica del Poder Judicial, señala que el abogado tiene derecho a defender o prestar asesoramiento a sus patrocinados ante las autoridades judiciales, parlamentarias, políticas, administrativas, policiales y militares y ante las entidades o corporaciones de derecho privado y ninguna autoridad puede impedir este ejercicio, bajo responsabilidad. Así también, el Código de Ética del Abogado, aprobado por Resolución de Presidencia de Junta de Decanos uno-dos mil doce-JDCAP-P, del catorce de abril de dos mil doce, señala en su glosario de términos, que el ejercicio profesional del abogado posee diversas manifestaciones, entre las que incluye desempeñarse como litigante, asesor legal, gerente legal, gestor de intereses, árbitro, conciliador, congresista, docente, fiscal, funcionario público, magistrado, investigador, comentarista en asuntos jurídicos y todo aquel otro trabajo profesional o académico donde el abogado utilice dichos conocimientos.

**Vigésimo sexto.** Entonces, conforme con esta última norma citada, la actividad del abogado tiene que ver con todo lo que realice en

<sup>21</sup> EXP. N.º 03833-2008-PA/TC. Fundamento jurídico quince.



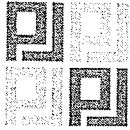
materia jurídica: litigar, juzgar, enseñar, etc. El derecho de asistencia de abogado de consistir, primariamente, en la facultad de elección de un abogado de confianza, de la persona que el imputado considere más adecuada para ello<sup>22</sup>. El abogado viene a asistir a su defendido precisamente en función de sus intereses individuales, realizando una función de apoyo técnico, sin virtualidad decisoria<sup>23</sup>. Cuando se ejerce como abogado particular se puede dividir en tres: a) Actividades de transacción. b) Asesoría jurídica. c) Defensa en un proceso o procedimiento. En la primera el abogado presta sus servicios para constituir empresas, asumir la dirección de las mismas, actuar en conciliaciones, o negociar entre partes en conflicto al margen de alguna institución. La asesoría jurídica sirve para explicar al cliente los alcances jurídicos de una situación en este ámbito, los efectos de seguir adelante un proceso o expresarle la estrategia de litigación que se planea utilizar antes de ingresar a la defensa en el proceso. Producto de ello, la tercera actividad, es la defensa en juicio, que se da cuando el abogado brinda servicios en un proceso. Por lo que sus labores son amplias y puede desenvolverse en cualquiera de estos ámbitos.

**Vigésimo séptimo.** Para el Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, las obligaciones de los abogados para con sus clientes son las siguientes<sup>24</sup>: a) Prestarles asesoramiento con respecto a sus derechos y obligaciones, así como con respecto al funcionamiento del

<sup>22</sup> GIMENO SENDRA, Vicente y DOIG DÍAZ, Yolanda. "El derecho de defensa". En: CUBAS VILLANUEVA, Víctor; DOIG DIAZ, Yolanda; y otros (Coordinadores). *El nuevo proceso penal*. Editorial Palestra, Lima, 2005, p. 282

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 284

<sup>24</sup> Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p. 118 (1990).



ordenamiento jurídico, en tanto sea pertinente a los derechos y obligaciones de los clientes. b) Prestarles asistencia en todas las formas adecuadas, y adoptar medidas jurídicas para protegerlos o defender sus intereses. c) Prestarles asistencia ante los tribunales judiciales, otros tribunales u organismos administrativos, cuando corresponda.

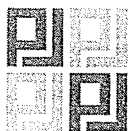
### 1.1.2. La normativa que regula la legitimidad de la actividad del abogado

**Vigésimo octavo.** Estas actividades se desarrollan de acuerdo a los principios de no dañar a otros (*nemim laedere*)<sup>25</sup>, o de normas de la práctica común del oficio (*lex artis*) también por normas y principios positivizados, es decir, el ordenamiento jurídico nacional es el marco de esta actividad profesional, en ese sentido, la Constitución Política del Estado, en su inciso catorce y quince del artículo dos señala que toda persona tiene derecho a "contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público" y "trabajar libremente, con sujeción a ley".

**Vigésimo noveno.** La Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo doscientos ochenta y cuatro señala que la abogacía es una función social al servicio de la Justicia y el Derecho. El artículo doscientos ochenta y ocho, del texto citado, indica que son deberes de los abogados patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe; defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y las normas del Código de Ética Profesional (...). Su artículo doscientos ochenta y nueve señala que tiene como derechos el defender con independencia a quienes se

<sup>25</sup> Vide: SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Marcial Pons, Madrid, 2002.

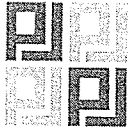




lo soliciten en cualquier etapa del proceso; concertar libremente sus honorarios profesionales; (...) ser atendido personalmente por los Magistrados, cuando así lo requiera el ejercicio de su patrocinio.

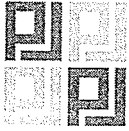
**Trigésimo.** El Código de Ética del Abogado citado, en su artículo uno señala que estos profesionales deben observarlo, sea que el acto violatorio de las normas éticas se haya cometido en el ejercicio de la profesión, en la actividad pública o privada o cual fuere el cargo que desempeñe, así provenga de elección popular o por designación. Es decir, regula tanto la actividad que se realiza en forma de litigación, como de asesoramiento e intervención directa en transacciones. El artículo seis, que son deberes fundamentales del abogado el actuar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez, eficacia y buena fe; así como del honor y dignidad propios de la profesión; el artículo siete, señala que el abogado debe obedecer la ley, no debe inducir a otros a que la infrinjan, ni aconsejar actos ilegales. Y el artículo nueve, que en sus manifestaciones, el abogado debe exponer con claridad los hechos, el derecho aplicable al caso, y las pretensiones de su cliente. No debe declarar con falsedad (...).

**Trigésimo primero.** En cuanto a la relación con las autoridades, el abogado les debe respeto, por lo que se considera falta grave, de conformidad con los artículos cincuenta y seis y cincuenta y siete: a) Llevar a cabo actos de corrupción, soborno, cohecho u ofrecer, aportar o entregar bienes o servicios u otro tipo de beneficios de cualquier índole a la autoridad. b) Tratar asuntos que patrocina con la autoridad que los conoce, al margen de los medios y procedimientos permitidos por la ley. Sobre el patrocinio debido, en lo que respecta al tema, señala el artículo sesenta y tres del Código



de Ética: que 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. Estas normas abarcan los artículos veintidós, veinticinco y veintinueve del Código de Ética de los Colegios de Abogados de quince de mayo de mil novecientos noventa y siete, citado por la sentencia de segunda instancia, por lo que no es necesario hacer referencia adicional.

**Trigésimo segundo.** En consecuencia, es lícita la actividad del abogado que se realice de forma privada, así como pública, siempre que esté acorde a Ley (artículo uno del Código de Ética del Abogado), su esencia es defender los derechos de sus patrocinados (artículo cinco del citado Código, honrando la confianza depositada en su labor), en su labor debe obedecer la ley y no inducir a otros que la infrinjan, ni aconsejar actos ilegales (artículo siete), el abogado presta servicios profesionales a su cliente. Al hacerlo, debe actuar con responsabilidad y diligencia, y está obligado a cumplir con los deberes de información, confidencialidad, lealtad y otros (artículo doce). El abogado puede aceptar patrocinar todo tipo de causas, incluso si conoce de la responsabilidad o culpabilidad del cliente, debiendo emplear todos los medios lícitos que garanticen el debido proceso y el reconocimiento de sus derechos dentro del marco jurídico aplicable (artículo dieciocho). Es deber del abogado defender el interés del cliente de manera diligente y con un elevado estándar de competencia profesional (artículo veintisiete). Como señala el citado Código en su artículo setenta y dos, es derecho del cliente proponer en cualquier momento la intervención en el asunto de un abogado adicional. También lo es del abogado apartarse del

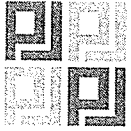


asunto si discrepa de la propuesta del cliente. Por último, el artículo cincuenta señala que el abogado y su cliente establecerán, de mutuo acuerdo y libremente, el importe y modalidad de los honorarios profesionales, debiendo tomarse como base para fijarlos la tabla de honorarios mínimos del respectivo Colegio de Abogados.

## 2. Ejercicio de la abogacía y prestigio de la Administración Pública

**Trigésimo tercero.** El abogado desde el punto de vista legal debe actuar con sujeción a ley, y desde lo ético, a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe. Contenido básico que permite el ejercicio de la abogacía. Frente a ello, el tipo penal de tráfico de influencias se opone a la actividad del abogado, toda vez que algunas conductas no tienen respaldo jurídico. Se debe precisar, de conformidad con el considerando Décimo segundo que el acto que se analiza para establecer la tipicidad y antijuridicidad de la conducta de tráfico de influencias es la que ocurre desde los actos ejecutivos hasta la consumación, es decir, los actos de ofrecer las influencias y recibir un beneficio o promesa a cambio; por ende, los posteriores del abogado no podrán ser evaluados respecto a este delito, pero sí de conformidad con otros tipos penales, como el cohecho.

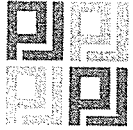
**Trigésimo cuarto.** Según los actos graves que tipifica y sanciona el Código de Ética, como se ve del considerando vigésimo noveno, y la lesividad del delito de tráfico de influencias, a modo de ejemplo, el abogado que ofrezca sus servicios para dar una dádiva al funcionario o servidor público no podrá alegar que se encuentra protegido por su actividad profesional. Tampoco el hecho de ofrecer tratar su asunto con la autoridad que conoce de éstos, al margen de los medios y procedimientos permitidos por la ley. Ni que



el abogado ofrezca influenciar ante alguna autoridad que implique una injerencia para su ejercicio imparcial e independiente, lo que significa el ofrecimiento que recoge el tipo penal de tráfico de influencias reales. En sentido similar, cuando el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número tres mil ochocientos treinta y tres-dos mil ocho-AA/TC, al analizar el inciso cuatro del artículo doscientos ochenta y seis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que no puede patrocinar el abogado que ha sido destituido de cargo judicial o público, señala que esta norma tiene por finalidad evitar una colusión ilegal, favorecimiento indebido u otros delitos de naturaleza análoga, que pongan en peligro los fines constitucionales del sistema de administración de justicia y la confianza ciudadana en la judicatura. Lo que evidencia una postura por evitar del ordenamiento jurídico por evitar conductas graves que afecten intensamente el bien jurídico correcta administración pública.

**Trigésimo quinto.** En el caso del tráfico de influencias simuladas, el tratamiento será distinto, pues no hay un peligro real de afectar la imparcialidad, objetividad o independencia del funcionario, tampoco existe un acto de corrupción, que sanciona otros tipos penales. Dependiendo del ofrecimiento que se haga, sólo podría existir una apariencia de corrupción de la Administración Pública.

**Trigésimo sexto.** Por ello, y en atención a que existen diversos grados de afectación al bien jurídico, debe analizarse la forma en que se cometió el ilícito, la modalidad típica utilizada, la alarma social, entre otros criterios; de ahí que el profesional en derecho podría alegar que actuó dentro del ejercicio de sus funciones, si es que las influencias simuladas que ofrece implican el uso legal de los medios



y recursos para defender un derecho o permitir una actuación, pues la afectación será mínima al prestigio de la Administración Pública, por lo que, ante esta lesión menor, el interés que contiene el ejercicio de la abogacía recogido por la Constitución Política del Estado y la libertad de trabajo, que no tiene por fin vulnerar el ordenamiento jurídico, prevalecerá. Lo que concuerda con la actividad profesional que se adecua a los cánones expuestos en el considerando trigésimo.

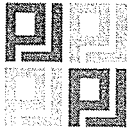
**Trigésimo séptimo.** La justificación elimina el injusto, sin perjuicio de lo que establece la ley Orgánica del Poder Judicial<sup>26</sup> y el Código de Ética citado, que al no tener contenido penal, no será materia de pronunciamiento y deberá verse en la vía legal correspondiente, pues el Derecho Penal al ser de *ultima ratio* sólo analiza conductas que afectan considerablemente bienes jurídicos (principios de subsidiariedad y lesividad).

**Trigésimo octavo.** Aunque la presente casación se admitió para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, la especificidad de las conductas revisadas hace imposible aplicar un criterio general en todos los casos, por lo que la presencia de esta causa de justificación se debe advertir en el caso en concreto, de conformidad con el inciso tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.

## V. ANÁLISIS ESPECÍFICO DEL CASO

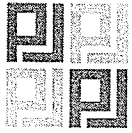
**Trigésimo noveno.** El presente fallo se rige por los estrictos principios que rigen el Derecho Penal, de prevención general, legalidad,

<sup>26</sup> VILLA STEIN, Javier. Ob. cit., p. 428.



*ultima ratio*, lesividad y proporcionalidad, por lo que se analizarán las imputaciones de ofrecimiento de tráfico de influencias simuladas y así establecer si la conducta se arregla a derecho o no, pues imputar una conducta fuera del marco de estos, implica un ejercicio estatal abusivo, que, con marcadas diferencias, se advierte en la justicia de propia mano.

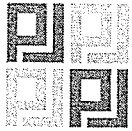
**Cuadragésimo.** a) El procesado tiene como profesión la de abogado, titulado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, veinte años como tal a la fecha de los hechos, con maestría en Derecho Constitucional en la misma Universidad y otros estudios, creando la Escuela Electoral del Jurado Nacional de Elecciones, ha ejercido como asesor del Congreso de la República, Congresista por el Departamento de San Martín (fue Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento) y Ministro de Estado, al terminar estas funciones es que la señora Corina de la Cruz Yupanqui, Alcaldesa de Tocache-San Martín, lo busca en su despacho de abogado particular para que la asesore. b) Está acreditado que De la Cruz Yupanqui se reúne tres veces con Pastor Valdivieso, el veintitrés de agosto de dos mil doce se entrevistó por primera vez con el acusado en su oficina de la Calle Amador Merino Reyna número trescientos siete, en la que ella le solicita que ejerza su defensa como abogado, a lo cual responde que lo iba a evaluar y daría una respuesta. Al día siguiente ambos se dirigen al Jurado Nacional de Elecciones, luego de ello, el tres de septiembre de dos mil doce y el dieciocho de octubre de dos mil doce mantiene conversaciones, grabando estas dos últimas, De la Cruz Yupanqui, lo que expuso mediáticamente el veinticinco de noviembre en el programa periodístico Cuarto Poder de América Televisión y el veintiséis de noviembre del mismo año ante el Diario La República.



**Cuadragésimo primero.** Los hechos imputados y considerados probados por los que fue sancionado el recurrente son los que implican ofrecer influencias y recibir una promesa de beneficio económico a cambio, en su actividad como asesor legal, que se materializa en las conversaciones entre el imputado y De la Cruz Yupanqui, que han sido acreditadas como hechos probados en las sentencias de primera y segunda instancia, incluyendo la transcripción de los audios que no han sido cuestionados en este recurso y son sobre los que debemos pronunciarnos.

**Cuadragésimo segundo.** Está acreditado que existían dos procesos, por los que se atribuye el tráfico de influencias simulado, por el ofrecimiento de interceder ante las autoridades: a) Uno administrativo, pedido de vacancia de la Alcaldesa de Tocache-San Martín, Corina de la Cruz Yupanqui, que se tramitaba ante el Jurado Nacional de Elecciones, presidido por el doctor Hugo Sivina Hurtado. b) El proceso penal por difamación agravada contra Corina de la Cruz Yupanqui, que se encontraba para dictamen del Fiscal Supremo en lo Penal, doctor Pablo Sánchez Velarde.

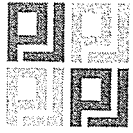
**Cuadragésimo tercero.** Haciendo una recensión de los audios citados, se infiere que el imputado señala sobre el proceso ante el Jurado Nacional de Elecciones: "el Presidente del Jurado es amigo mío (ininteligible) y su persona de confianza es más amigo", "Yo te ayudo aguantar el tiempo, que no la notifiquen yo tengo un buen argumento con el jurado, el argumento no es la obra mi argumento es dame tiempo para sacar", "el presidente me ha ofrecido que me va dar, que me va a dar tiempo por lo menos dentro de la ley, ahora yo voy a buscar que me dé más tiempo que la ley señala".



**Cuadragésimo quinto.** El ofrecimiento que hace el procesado es sobre el plazo para que le notifiquen a De la Cruz Yupanqui, sobre su suspensión en el cargo de Alcaldesa de Tocache-San Martín, que estaría dentro del plazo legal, si bien podría interpretarse ambiguamente la frase, era lo que la denunciante le solicitaba para que primero se resuelva definitivamente el proceso penal citado y que el abogado imputado intentaría lograr

**Cuadragésimo sexto.** Sobre el procedimiento que se encontraba para dictamen ante la Fiscalía Suprema, el imputado sustancialmente señala "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", "yo fui a hablar con el fiscal y el fiscal nos ayudó, yo personalmente he ido a hablar con él" y "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". Resultando cierto que en horas de atención al público se constituye a la Fiscalía de la Nación y habló con el Fiscal Supremo Pablo Sánchez Velarde, sobre el caso que tenía, infiriendo el abogado que contribuyó a que se concrete ello, lo que resulta razonable, porque se trataba de un caso por ejercicio de acción penal privada, que por imperio del artículo ochenta y tres de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debía dictaminar sin reo en cárcel, que no tiene prioridad frente a estos últimos de ejercicio de acción penal pública, conducta que no significa un ofrecimiento de influencias y tampoco es de contenido ilegal, sino una forma de ejecutar el derecho de defensa a través de gestión judicial, lo que colisiona con la testimonial de Pablo Sanchez Velarde, que indica que tenía una opinión formada al respecto, tal es así, que al día siguiente se publicó el dictamen.

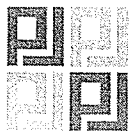




**Cuadragésimo séptimo.** Los ciudadanos con problemas legales tienen derecho de ejercer su derecho de defensa a través del número de abogados que le sea posible, con la sola limitación que se establezca en cada procedimiento, que lo haga uno por uno y el otro sea de interconsulta si se trata de audiencias. Se espera de los abogados conozcan la Ley, la doctrina, la jurisprudencia y el caso concreto, así como la cultura de las instituciones en las que deban patrocinar a sus clientes, que desconocen lo primero. Será en función a las peticiones concretas de sus patrocinados, que se informaran de sus pretensiones por ellos u otros abogados que tuvieran en el contexto del conocimiento profesional citado. En todo caso, el número de abogados estará en función de la capacidad económica y honorarios que pacten los interesados en sus servicios.

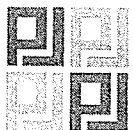
**Cuadragésimo octavo.** Ambas conductas se encuentran dentro del comportamiento permitido, conforme con lo fundamentado en los considerandos anteriores, pues no se dirigen a efectuar ofrecimiento fuera de la ley, de corromper a los funcionarios ni obtener un resultado o beneficio ilegal, siendo la modalidad típica que se le imputó al procesado la menos lesiva, al ser la de influencia simulada, por la cual recibió una promesa de honorarios para labores que cotidianamente se practican en el ejercicio de la profesión de abogado, dentro de lo establecido por Ley.

**Cuadragésimo noveno.** Actos que fueron públicos, registrados en ambas instituciones, contactándose jurídicamente con los dos altos funcionarios con los que requería hablar, por lo tanto, no clandestinos, contrario a las máximas de experiencia en delitos contra la Administración Pública –corrupción de funcionarios–, pues De la Cruz Yupanqui se constituyó a la oficina del procesado y luego ambos fueron al Jurado Nacional de Elecciones, ingresando



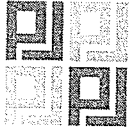
regularmente, registrando públicamente su asistencia, igual que cuando Pastor Valdivieso concurrió al Ministerio Público. La fiscalía cita dentro de sus argumentos en la Corte Suprema, la Resolución Administrativa número cuarenta y cuatro-dos mil trece-CE-PJ, que señala que en el Poder Judicial las entrevistas constituyen una excepción a la regla, la cual es que los pedidos deben hacerse valer en las respectivas audiencias de informe oral, con las formalidades de ley; pero también en su artículo tercero prevé que las entrevistas deben efectuarse a puerta abierta y se consignará en un Cuaderno de Registro de Atención al Abogado y/o Litigante, aunque se trata de dos instituciones distintas que podrían tener otros procedimientos de atención al público, entendemos por cómo se concreto la asistencia y conversación con los doctores Sivina y Sánchez, que es coincidente y que se cumplió con el procedimiento.

**Quincuagésimo.** En cuanto a las circunstancias que rodearon el hecho, como se advirtió en el considerando trigésimo quinto, la denunciante De la Cruz Yupanqui había planeado grabarlo en audio, haciendo proposiciones de corromper funcionarios, que se indica en el cuarto considerando, ante el ofrecimiento de Pastor Valdivieso, señaló: "Y si va otra persona que pueda tener llegada", respondiéndole Pastor Valdivieso "Son gente correcta, Corina, son gente correcta eso no lo vas a arreglar con plata", luego dice "no se trata de arreglar", es decir, frente al contexto de corrupción, porque tampoco le bastaba, o confiaba en que Pastor Valdivieso satisficiera sus intereses; negándose el acusado. Acto preparado por ella, que no es de prueba provocada pero si evidencia una conducta delictiva que proponía al acusado, quien no la aceptó, porque siempre manifestó que ambos funcionarios con los que habló eran gente correcta, que no era una cuestión de dinero, sino



de conversar con ellos, lo que se corrobora en toda la transcripción de audios, pericias de conversaciones del imputado con la denunciante y testigos, siendo las conversaciones que realizó con los doctores Sivina y Sánchez dentro de esos términos. Estando acreditado que el dieciocho de octubre de dos mil doce, fue una de las fechas que Corina de la Cruz Yupanqui grabó la conversación, estableciéndose que el dinero pactado por la actividad profesional del abogado imputado, no le sería pagado, comprometiéndose igual Pastor a continuar colaborando como abogado de ella y supeditando el pago a que se reincorpore en su cargo de Alcaldesa. La denunciante De la Cruz, expuso mediáticamente los hechos el veinticinco de noviembre en el programa periodístico Cuarto Poder de América Televisión y el veintiséis de noviembre del mismo año ante el Diario La República. Por lo que, el acto del imputado no fue alevoso, que sería una conducta valorada negativamente, sino inducido, incluso a una más grave, que no aceptó, lo que permite inferir su actuar conforme con los cánones de la profesión. No obteniendo ningún beneficio, por lo que no existe una afectación material contra De la Cruz Yupanqui.

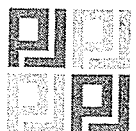
**Quincuagésimo primero.** I) Acreditándose que: a) La actividad profesional ejercida es lícita. b) La actuación no rebasó la *lex artis*. c) El propósito de la intervención estuvo dentro del ámbito del ejercicio de la abogacía. II) El hecho y las circunstancias en que se efectuó, establecen que la conducta del procesado se adecue al ejercicio de la profesión y no debe ser reprochada penalmente. a) Si existiere otro tipo de responsabilidad (no penal), la afectada lo denunciaría o su Colegio de Abogado lo investigaría de oficio, de conformidad con el artículo ochenta del Código de Ética del Abogado, situación que no se advierte en autos.



**Quincuagésimo segundo.** La Sala Penal de Apelaciones para descartar la presencia de esta causa de justificación, señala que el imputado no realizó una defensa, pues no se apersonó a los procesos en trámite, no presentó escritos, recursos o informes, para el estudio de los procesos no contó con la documentación de los expedientes y De la Cruz Yupanqui ya contaba con el patrocinio de Carlos Augusto Yabar Palomino. Análisis que es sobre hechos posteriores al acto imputado como tráfico de influencias simulado, es decir, que para determinar que no cumplen con los supuestos de la causa de justificación, se han valido de hechos no relevantes, que constituye una motivación aparente, porque según el principio de legalidad, el delito se ejecuta cuando se cumple el núcleo rector "invocando influencias para interceder". Pero como hemos demostrado; es una práctica permanente que los abogados realicen una serie de actuaciones que no exigen el protocolo y que está permitido por las normas legales citadas sobre derechos y obligaciones del ejercicio de la profesión de abogados, como aquella de la gestión de intereses.

**Quincuagésimo tercero.** Conforme a lo señalado en los considerandos trigésimo al trigésimo cuarto, no se afectó la antijuridicidad material, pues no se quebrantó el contenido de las normas prohibitivas previstas en los artículos veintidós, veinticinco y veintinueve del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú y cincuenta y siete y sesenta y tres del Código de Ética del Abogado (sic), ni se vulneró el bien jurídico objeto de tutela.

**Quincuagésimo cuarto.** La Ley veintiocho mil veinticuatro regula la gestión de intereses en el ámbito de la administración pública, para



asegurar la transparencia en las acciones del Estado, pero no comprende las realizadas por los abogados en el Poder Judicial, organismos constitucionalmente autónomos y tribunales ante los que se sigue procedimientos administrativos, por lo que no son aplicables ni exigibles sus requisitos.

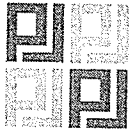
**Quincuagésimo quinto.** Si bien la Fiscalía cita al autor español Manuel Jesús Dolz Lago indicando que la adecuación social no puede ser un criterio para no tipificar el delito de tráfico de influencias, en España no existe el delito de tráfico de influencias simuladas, que es materia del caso, y en esta casación se discutió un criterio de justificación.

#### DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa del sentenciado Aurelio Pastor Valdivieso; contra la sentencia de vista del quince de mayo de dos mil quince, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la sentencia de primera instancia del nueve de octubre de dos mil catorce, que condenó a Aurelio Pastor Valdivieso como autor del delito contra la Administración Pública-tráfico de influencias simuladas, en agravio del Estado, revocó el extremo que le impuso como pena principal cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad efectiva y reformándola, impuso cuatro años de pena privativa de libertad efectiva; con lo demás que contiene.

II. Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** las resoluciones de segunda y primera instancia citadas y reformándolas: **ABSOLVIERON**



a Aurelio Pastor Valdivieso de la acusación fiscal en su contra como autor del delito contra la Administración Pública-tráfico de influencias, en agravio del Estado.

**III. ORDENARON** la inmediata libertad del encausado Aurelio Pastor Valdivieso, siempre y cuando no subsistan en contra del citado orden de detención emanada de autoridad competente, para cuyo efecto deberá oficiarse vía fax a la Sala Penal Superior respectiva.

**IV. DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes penales, judiciales y policiales que se hubieren generado en contra del precitado encausado, a causa del presente proceso penal; y, archívese definitivamente el proceso; con lo demás que al respecto contiene.

**V. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

**VI. MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

**S. S.**

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA  
NF/ jhsc

SE PUBLICO CONFORME A LEY

**Dra. PILAR SALAS CAMPOS**  
Secretaria de la Sala Penal Permanente  
CORTE SUPREMA