



Caso Aurelio Pastor

Área penal del IDEHPUCP



RESUMEN DE LOS HECHOS

El 25 de noviembre del año 2012 el noticiero “Cuarto Poder” presentó un informe periodístico en el cual la alcaldesa de Tocache, Corina De la Cruz Yupanqui, denunció que, en el contexto en el que afrontaba un proceso de vacancia, Aurelio Pastor Valdivieso le solicitó la suma de S/.50,000.00 soles a cambio de ayudarla utilizando las influencias que él tenía en la Corte Suprema y en el Jurado Nacional de Elecciones (JNE).

En ese entonces, la denunciante Corina De la Cruz Yupanqui era parte de un proceso ante la Corte Suprema con la finalidad de regresar a su cargo de alcaldesa de Tocache, del cual había sido suspendida por haber sido condenada por la comisión del delito de difamación. Debido a la situación legal en la que se encontraba, la alcaldesa de Tocache buscó a Aurelio Pastor para que la asesorara legalmente. Para ello, se reunieron en dos oportunidades en el consultorio jurídico de San Isidro de Aurelio Pastor.

Al denunciar la posible comisión de delitos contra la administración pública, la alcaldesa presentó unos audios en los cuales se escuchan conversaciones entre Aurelio Pastor y De la Cruz Yupanqui, en los cuales Pastor le dice expresamente que tiene amigos en el JNE, como por ejemplo, José Pereira Rivarola (Fiscal Supremo y Miembro Titular del JNE). Asimismo, le afirma a De la Cruz Yupanqui que las cosas en el Jurado Nacional de Elecciones se consiguen no con plata, sino con amigos.

El 26 de noviembre del año 2012, la Primera Fiscalía Corporativa Provincial Especializada en delitos de corrupción de funcionarios emitió la disposición de apertura de la investigación preliminar en contra de Aurelio Pastor Valdivieso y las demás personas que resulten responsables. Ello ya que los hechos narrados en el informe periodístico del programa televisivo “Cuarto Poder” podrían constituir delitos contra la administración pública, en sus modalidades de tráfico de influencias y colusión ilegal.



El entonces Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción, Julio Arbizu González, solicitó mediante escrito de fecha 27 de noviembre de 2012, la ampliación de las diligencias preliminares. Asimismo, el 27 de diciembre del 2012, la Procuraduría Anticorrupción presentó nueva información y solicitó diligencias preliminares adicionales. La nueva información presentada consiste en la transcripción de audios que la alcaldesa presentó a la Procuraduría, los cuales contienen otra conversación entre ella y Aurelio Pastor. En esta conversación transcrita, Pastor le habría dicho a la alcaldesa expresamente que aquél conversó con el Presidente del JNE y le pidió que demore todo lo posible el caso de la alcaldesa para poder ganar tiempo en la Corte Suprema. Del mismo modo, en esta nueva conversación presentada, Aurelio Pastor le dice a Corina de la Cruz que en el Jurado Nacional de Elecciones las cosas no se consiguen con plata, sino que todo se consigue por medio de amigos. La nueva información presentada lleva a la Procuraduría a considerar que existen elementos de convicción que respalden la teoría de que Aurelio Pastor habría cometido el delito de tráfico de influencias.

El 02 de enero del año 2013, el Procurador Julio Arbizu solicitó ante la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en delitos de corrupción de funcionarios el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria del investigado Aurelio Pastor.

El 22 de enero del presente año, la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios formuló acusación fiscal en contra de Aurelio Pastor por la presunta comisión del delito de tráfico de influencias en agravio del Estado.

ASPECTOS PRINCIPALES SOBRE EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Sobre la conducta prohibida en el delito de tráfico de influencias

El delito de tráfico de influencias se encuentra contemplado en el artículo 400° del Código Penal que establece lo siguiente:

“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 pública 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 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.”

Como se puede apreciar, el artículo 400 sanciona la conducta cometida tanto por particulares como por funcionarios públicos –agravando la pena cuando el hecho es cometido por estos últimos-. En otras palabras, esta figura delictiva presenta una modalidad básica que constituye un delito común, y también una modalidad agravada que implica un delito especial, en vista de que se exige que el sujeto activo tenga calidad de funcionario público.¹ Es importante tener en cuenta que en el caso concreto, Aurelio Pastor habría incurrido en el delito de tráfico de influencias en calidad de particular y no

1 MONTROYA VIVANCO, Yván y otros. Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p. 111.



8 de funcionario público, pues no ocupaba ya ningún cargo en la administración pública cuando se dieron los hechos en cuestión.

Con respecto al bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, se puede decir que este delito no sanciona el mero hecho de poseer influencias ya que todas las personas, en virtud de su desarrollo profesional y personal que implique la construcción de cierto prestigio, puede reportar cierto grado de influencia sobre las demás personas. Por el contrario, el delito tipificado en el artículo 400° CP sanciona el invocar las influencias (existan estas o no) con la finalidad de tergiversar el correcto funcionamiento de la administración pública^[2]. Respecto al bien jurídico protegido, la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto señalando que:

“Al respecto, desde el Derecho Penal se ha entendido que la tipificación de actos de Tráfico de influencias supone una suerte de adelantamiento de la corrupción, reprimiéndose desde la fase de preparación cualquier intento de interferencia en la función jurisdiccional o administrativa [SAN MARTÍN y otros. Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 27]. De este modo, queda claro para este Tribunal que detrás de la persecución penal de los actos de tráfico de influencias descansa el fin de evitar un atentado contra el buen funcionamiento de la administración pública, y que esta protección se persigue a través de la represión de Actos de personas que busquen influir



negativamente en el correcto desempeño de los funcionarios y servidores públicos.”^[3]

Así, puede afirmarse entonces que lo que se busca con este tipo penal es evitar que se influya en las decisiones de funcionarios públicos judiciales o administrativos de manera que estos defrauden sus deberes de imparcialidad y objetividad poniendo por encima de los intereses generales de los administrados, los intereses particulares de los involucrados en este delito. De esta manera, el bien jurídico específicamente protegido por el delito en análisis es “la institucionalidad de la administración pública”, la cual debe ser entendida como el conjunto de principios, deberes y valores que constituyen la labor de los funcionarios públicos. Si esta institucionalidad no es protegida, la administración pública -administración de justicia en concreto- sería vista como débil e influenciable por intereses personales ilegítimos.^[4] Es imperativo no confundir esta institucionalidad con la imagen o el “prestigio”

2 GUIMARAY MORI, Erick. El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad. En: MONTOYA VIVANCO, Yván (editor). Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p. 104.

3 Exp. 00017-2011-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3de mayo de 2012.

4 GUIMARAY MORI, Erick. Op. Cit. pp. 105-106.



de una entidad pública pues el prestigio es producto de una valoración eminentemente subjetiva que no puede ser abarcada por la protección del Derecho Penal.

Por otra parte, a nivel jurisprudencial se ha considerado que

“nos encontramos ante un delito de peligro, donde la influencia sobre el funcionario público no tiene que darse necesariamente para la consumación del delito. Por ello, (...) el aspecto de la licitud o ilicitud del contenido de intersección y de la resolución que se obtenga pierde significatividad [sic] sustantiva (...) la puesta en peligro del bien jurídico se concretó con la invocación de influencias y el respectivo pacto a través de medios corruptores y el ofrecimiento de intermediación.”^[5]

Con respecto a la conducta típica, basta con invocar influencias referidas a la posibilidad de interceder ante determinado funcionario público para considerar consumado el delito. No es necesario que se culmine con un acuerdo de intercesión entre quien influye y el interesado, pues no estamos ante un delito de participación necesaria. No importa tampoco, para la consumación del delito, si las influencias que invoca el sujeto activo son reales o simuladas. En este sentido, no debería entenderse nunca que el delito se encuentra cometido cuando el funcionario público al que las influencias del sujeto activo hacen referencia termina actuando o cumpliendo el favor solicitado de manera efectiva por el agente. En torno a este punto, la jurisprudencia peruana también se ha manifestado en el siguiente sentido:

“El delito de tráfico de influencias exige que el sujeto activo invoque influencias reales o simuladas -no se requiere el ejercicio efectivo de las influencias-”^[6].

Entonces, basta solo con que el sujeto activo invoque las influencias ante el supuesto interesado.

Sobre el riesgo permitido y el ejercicio profesional del abogado

El abogado tiene el deber de proteger y garantizar los intereses de su cliente a partir de una serie de principios y valores que deben regir y orientar un correcto desempeño del ejercicio de su profesión. Es así que, alrededor del profesional de Derecho se identifican valores como el respeto, diligencia, veracidad, lealtad, justicia, integridad, responsabilidad, entre otros^[7]. Y ello en cuanto la actuación de un abogado debe respetar ciertos estándares dentro del marco legal vigente.

Cada uno de dichos valores se traduce en reglas prácticas para el ejercicio de la profesión del abogado^[8]. Así pues, por ejemplo, debe existir respeto en relación con el cliente, así como con las otras partes involucradas en el proceso; el deber de diligencia implicará que la asesoría sea de calidad; veracidad tanto en la información que el abogado proporciona al cliente sobre la situación legal en la que se encuentra, así como las posibles acciones a adoptar para salvaguardar sus intereses; lealtad frente al cliente; mientras que el deber de justicia deberá ser entendido como “el respeto del marco constitucional vigente y los principios en que se sustenta”^[9]. Es en el valor de justicia en el que encontramos un

5 Exp. 00172-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 26 de abril de 2013.

6 R.N. 2218-2005, Ejecutoria Suprema del 10 de abril de 2006.

7 BOZA Beatriz y Del Mastro Fernando. Valores en el perfil del abogado. Revista IUS ET VERITAS No. 39, P. 9.

8 Ibidem. pp.10-22.

9 Ibidem. p.20.



10 deber esencial en el ejercicio profesional del abogado: el patrocinio debido.

El patrocinio exige que “la prestación de servicios legales [se realice] dentro del marco legal permitido”^[10]. Como regla práctica, el abogado no puede utilizar medios indebidos para alcanzar la satisfacción de los intereses de su cliente, como bien podría ser el uso de recursos manifiestamente infundados para dilatar el proceso, la destrucción u ocultamiento de pruebas, o la invocación de influencias^[11].

Con respecto a este último aspecto, se entiende que “[e]l abogado debe abstenerse de realizar cualquier conducta que pudiera influir indebidamente en el tiempo o el modo de resolver por parte de la autoridad. No debe utilizar medios que representen una injerencia para el ejercicio imparcial e independiente de la autoridad, ni permitir que el cliente lo haga”^[12]. El ejercicio de una influencia indebida por parte de un abogado no solo se traducirá en la inducción a error de los órganos de administración de justicia, sino también cuando estas se ejerciten mediante dádivas, o apelando a amistades o vínculos en el interior del sistema de administración de justicia.

Lo dicho anteriormente se encuentra recogido además en el Código de Ética del Abogado, y el Anteproyecto de

Código, que en sus artículos 63 y 60, respectivamente, señalan:

Artículo 63

El abogado no debe utilizar medios que representen una injerencia para el ejercicio imparcial e independiente de la autoridad, sin perjuicio del ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. Asimismo, el abogado debe instruir a su cliente que no debe ejercer influencia sobre la autoridad apelando a vinculaciones políticas, familiares, de amistad, o de otro tipo que sean ajenas al patrocinio.

Artículo 60

El abogado no debe utilizar medios que impidan, dificulten o representen una injerencia



10 Ibidem. p.20.

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

12 Ibidem. p.194.



o intromisión para el ejercicio imparcial e independiente de la autoridad. Asimismo, el abogado debe instruir a su cliente que no debe ejercer influencia sobre la autoridad apelando a vinculaciones políticas, familiares, de amistad, o de otro tipo que sean ajenas al patrocinio.

Cuando un abogado emplea medios indebidos, utilizando, por ejemplo, influencias para conseguir un resultado en un determinado proceso, afecta la imagen de la profesión de abogado ante la sociedad.

Asimismo, según el artículo 81 del Código de Ética del Abogado

Artículo 81°.- Actos contrarios a la ética profesional

Constituyen actos contrarios a la ética profesional la transgresión de las normas estatutarias del respectivo colegio, así como aquellas contenidas en el presente código. Se comprenden también los actos contrarios a la ética profesional la conducta o hechos en que incurrir los miembros de la Orden que, sin haberse producido en el ejercicio profesional, inciden directa o indirectamente en la calidad del servicio que brinda el abogado y que desprestigian la profesión.

La afectación al deber de patrocinio debido constituye un acto contrario a la ética profesional del abogado, por lo que constituye materia de una sanción. Según el artículo 102 del referido Código, se tiene que:

Artículo 102°.- Sanciones

En caso de determinarse responsabilidad disciplinaria del denunciado, las medidas disciplinarias que pueden imponerse son las siguientes:

a) Amonestación escrita, la cual quedará registrada en los archivos por un periodo de tres (03) meses.

b) Amonestación con multa, la que quedará registrada en los archivos por un periodo de seis (06) meses. La multa no podrá exceder de 10 Unidades de Referencia Procesal.

c) Suspensión en el ejercicio profesional hasta por dos (2) años.

d) Separación del Colegio hasta por cinco (5) años.

e) Expulsión definitiva del Colegio Profesional.

Estas sanciones rigen en todo el territorio nacional y son de observancia obligatoria para todos los Colegios de Abogados del Perú¹³.

A propósito de este tema, debemos tomar en cuenta lo previsto por el artículo 39 del Código Penal con respecto a la pena de inhabilitación, la cual será aplicable a un abogado cuando se demuestre que cometió delito valiéndose del ejercicio de su profesión:

Artículo 39.- La inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el condenado constituya abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley. Se extiende por igual tiempo que la pena principal.

Dicha inhabilitación producirá los siguientes efectos:

13 El subrayado es nuestro.



12 Artículo 36:

(...)

4. *Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia.*

Cabe mencionar que el Código de Ética del Abogado se preocupará de calificar la conducta como contraria a los deberes de respeto, integridad, justicia, lealtad, del abogado. Analizará si dicha conducta se condice con la misión del abogado en tanto defensor de los derechos de su cliente y garante del Estado Constitucional de Derecho.

De cara al análisis del caso de Aurelio Pastor, debemos analizar si su conducta es acorde con los valores que inspiran la profesión del abogado, o si por el contrario contravienen los mismos generando un riesgo prohibido en contra de los bienes jurídicos penalmente tutelados.

Al respecto, debemos recordar en primer término que, al establecerse la relación abogado-cliente, el abogado suscribe un contrato de prestación de servicios profesionales con la finalidad de asumir la defensa de los intereses del cliente. En virtud de tal acuerdo, el abogado recibirá sus honorarios bajo la condición de que influya sobre una autoridad judicial o administrativa para alcanzar una decisión favorable a su patrocinado^[14].

Sin embargo, dicha influencia debe encontrarse dentro del marco permitido por nuestro ordenamiento jurídico, y esta se conseguirá

en tanto el abogado pueda argumentar con solidez la postura que defiende, mediante el uso o empleo de argumentos jurídicos sólidos y coherentes. Estos podrán ser fortalecidos en base a los conocimientos adquiridos, la práctica de la profesión y las habilidades que haya podido desarrollar. Sólo así estaríamos ante un verdadero comportamiento neutral, propio de la profesión de abogado y dentro de lo socialmente aceptado.

En el caso de Aurelio Pastor, se apela a la existencia de ciertos vínculos de amistad en el Jurado Nacional de Elecciones para favorecer a Corina De la Cruz Yupanqui en el proceso de vacancia en el que se encuentra. Ello no solo supone una afectación al deber ético de patrocinio debido de Pastor como abogado, sino además la creación de un riesgo prohibido en contra del bien jurídico protegido por el tipo penal de tráfico de influencias: la institucionalidad de la Administración Pública. Así pues, la invocación de influencias en este caso particular va a generar que se perciba a la Administración Pública como transable, endeble y en donde la existencia de influencias va a pesar sobre su capacidad de investigar y administrar justicia.

ASPECTOS SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA

La prueba está directamente vinculada con los diversos objetivos y conceptos que el proceso judicial puede cumplir^[15]. Durante la Edad Antigua y Media, el Derecho procesal era un mecanismo inquisitivo que tenía por objetivo la búsqueda de la verdad a cualquier precio.

Sin embargo, el modelo actual de Estado Constitucional de Derecho exige mecanismos que garanticen los derechos del imputado y construyan, a la vez, barreras contra la

¹⁴ Este será el supuesto normal de interacción social del abogado en su ejercicio profesional, es decir, el riesgo permitido. Sobre el riesgo permitido: JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en Derecho Penal. Primera Edición. Madrid: Editorial Civitas. 1996.

¹⁵ TARUFFO, Michel. La prueba. Madrid: Marcial Pons, 2008. p.20.



posibilidad del abuso del poder estatal^[16]. La verdad de los hechos en litigio ya no es un objetivo en sí mismo ni un propósito final del proceso, sino una condición necesaria para que se logre el verdadero objetivo del proceso: una decisión justa y legítima^[17].

En el caso del proceso penal, Roxin señala que la meta es lograr una decisión sobre la punibilidad del imputado que sea materialmente correcta, obtenida conforme al ordenamiento jurídico procesal y que restablezca la paz social^[18]. Así, en un proceso penal propio de un Estado de Derecho Constitucional, la protección de los derechos fundamentales de las partes no es menos importante que la condena del culpable y el restablecimiento de la paz jurídica^[19].

En este contexto, queda excluido todo medio probatorio que haya atentado contra los derechos fundamentales del imputado, en la medida que valorar un instrumento así implicaría una decisión ilegítima. Así, nuestra Jurisprudencia ha definido a la

prueba prohibida o ilícita como aquella cuya obtención o actuación lesiona derechos fundamentales o que viola normas constitucionales, de modo que dicha prueba deviene en inutilizable^[20]. El artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala que “todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido o incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo” y que “carecen de efecto legal las prueba obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

Ahora bien, en el caso concreto se podría discutir la licitud de la prueba desde dos escenarios. Por un lado, se podría cuestionar la licitud de la grabación hecha por Corina De la Cruz Yupanqui como medio de prueba, toda vez que podría implicar una vulneración a los derechos a la intimidad, secreto o inviolabilidad de las comunicaciones.

Sin embargo, la jurisprudencia nacional ha señalado que en el caso de que uno de los interlocutores de la conversación contenida

16 ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001. p. 2.

17 TARUFFO, Michel. Ob. Cit. p. 23.

18 ROXIN, Claus. Loc. Cit.

19 *Ibidem*.

20 R.N. 05-02-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de mayo de 2007.



14 en la grabación sea quien pone al descubierto el diálogo, se deberá tomar el medio de prueba como legítimo. En estos casos, no se lesionan los derechos antes señalados. En esta medida el Acuerdo del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado en Trujillo ha señalado lo siguiente:

«Admitir la Teoría del riesgo, como excepción en casos como confesiones extra judiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabaciones de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc. Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con este. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un Juez. Se admite la validez de la cámara oculta, cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido. Similar posición se da en el caso que uno de los interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o, sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada. Con esta teoría se otorga valor a las pruebas obtenidas por particulares a través de cámaras ocultas. Se reconoce que en el caso del agente encubierto, existe fuerte oposición pues se recusa el valor probatorio de la prueba obtenida a través del engaño al inculpado. Sin embargo, dada la popularidad de esta metodología de la investigación en los delitos contemporáneos, los acusados admiten seriamente la posibilidad de que su actividad ilícita pueda ser infiltrada y a pesar de ello asumen el riesgo de realizar tales actividades, utilizando para ello, personas no tan confiables, ni medios de comunicación confiables. Asu-

men, desde el inicio de que sus actividades ilícitas estén siendo observadas, grabadas o infiltradas». (el resaltado es nuestro)^[21]

Como vemos, en el presente caso es claro que estamos ante una prueba lícita, toda vez que Aurelio Pastor Valdivieso, como interviniente de la conversación con la señora De la Cruz Yupanqui, asumió voluntariamente el riesgo de delación de la conversación.

Por otro lado, se podría señalar que estamos ante una prueba ilícita en la medida de que la señora De la Cruz Yupanqui habría inducido a Aurelio Pastor a dar un testimonio autoincriminatorio. En otras palabras, estaríamos ante una prueba prohibida al haber, supuestamente, utilizado un método de prueba que lesione la voluntad del imputado. Aquí ya no se pondría en duda la licitud de la grabación como medio de prueba, sino el actuar de la señora de la Cruz Yupanqui como método para obtener la fuente de prueba^[22]. Estamos ante actos que, al utilizar un medio que limita la libertad y/o espontaneidad del comportamiento del imputado devienen en inutilizables^[23].

Es claro que toda declaración obtenida por un método que de algún modo anule, limite o disminuya la voluntad y capacidad de autodeterminación de la persona que emite la declaración^[24].

En el presente caso, las declaraciones prejudiciales hechas por Aurelio Pastor no fueron obtenidas a través de violencia o error, en la medida que él tenía absoluta libertad y conocimiento sobre lo que ofrecía a la señora

21 En este mismo sentido: Exp.21-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 3 de febrero de 2001 y el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado en Trujillo.

22 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. 2 Edición. Barcelona: Bosch, 2004. p.35.

23 Ídem. p. 36.

24 Ídem. p. 38.



De la Cruz. En otras palabras, la señora De la Cruz no utilizó la tortura, la amenaza, el detector de mentiras, la hipnosis por narcoanálisis u otro mecanismo que pueda al menos disminuir la libertad y la capacidad de autodeterminación de Aurelio Pastor^[25].

SOBRE EL SUPUESTO DELITO PROVOCADO

Ahora bien, alguien podría pensar que estamos ante un delito provocado. El delito provocado, a diferencia de la declaración obtenida por un medio ilegítimo, se refiere ya no a la instigación a declarar, sino a la instigación a cometer un delito. En esta línea, la doctrina señala que el delito provocado cumple con tres características:

1. Que el agente provocador tome las medidas precautorias para evitar que el hecho realizado alcance el desvalor que fundamenta el injusto del delito^[26].
2. Existencia de un agente provocador que tomará una iniciativa a consecuencia de la cual el agente decida cometer el delito
3. Que el agente provocador aspire a demostrar un delito

En el presente caso, ¿estamos ante un supuesto de agente provocador? Parece claro que no.

- En primer lugar, porque el desvalor del injusto se ha cumplido. Aurelio Pastor le ofreció las influencias a la señora De la Cruz, lesionando y poniendo en duda la institucionalidad de la administración pública. De esta

manera, la señora De la Cruz no podía proveer mecanismos que eviten el desvalor del hecho.

- En segundo lugar, la señora De la Cruz no instigó a Aurelio Pastor a cometer el delito de corrupción, sino que él, libre y voluntariamente, ofreció sus influencias en la administración pública a cambio de 50 mil soles.

El delito provocado exige que el sujeto provocado no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiera sido por la provocación previa y eficaz del agente desencadenante^[27]. En otras palabras, no se puede instigar a quien ya estaba previamente decidido a cometer el crimen^[28]. En el presente caso, Aurelio Pastor ya estaba resuelto a cometer el delito de tráfico de influencias, por lo que no podemos decir que estamos ante un delito provocado.

CONCLUSIONES

1. Aurelio Pastor sí habría cometido el delito de tráfico de influencias pues habría cometido la conducta típica establecida en el artículo 400° referida a “el que invoca”. Es decir, basta con el solo invocar las influencias y no es necesario que el favor al que estas hacen referencia se concrete de manera efectiva.
2. El comportamiento de Aurelio Pastor no se enmarcaría dentro los límites permitidos por el Derecho, pues no habría desarrollado su labor de abogado de manera neutral sino apelando a las influencias conseguidas cuando ocupó cargos públicos.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ RUIZ ANTON, Luis Felipe. La provocación de la prueba y el delito provocado. Las garantías del Estado de Derecho. p. 218. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, N°11, 2003, pp. 213-230. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=119310>

²⁷ Ob. Cit. p. 221.

²⁸ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. 9ª Edición. Barcelona: Reppertor, 2001. p. 404.



Las influencias, para ser consideradas “debidas”, deben encontrarse dentro del marco permitido por nuestro ordenamiento jurídico, y estas se conseguirán en tanto el abogado pueda argumentar con solidez la postura que defiende, en base a los conocimientos adquiridos, la práctica de la profesión y las habilidades que haya podido desarrollar. Cualquier otro tipo de influencia, como el recurrir a la amistad que se tiene con funcionarios públicos que se encuentran viendo casos judiciales o administrativos, no son consideradas dentro de los comportamientos de riesgo permitido o neutrales por el ordenamiento jurídico y tampoco se encuentran conformes a los deberes extrapenales establecidos en el Código de ética del abogado.

3. Las grabaciones a las que se hace referencia en el presente caso serían una prueba lícita ya que Aurelio Pastor

Valdivieso, como interviniente de la conversación con la señora De la Cruz Yupanqui, asumió voluntariamente el riesgo de delación de la conversación. Con mayor razón si las declaraciones prejudiciales hechas por Aurelio Pastor no fueron obtenidas a través de violencia o error, en la medida de que él tenía absoluta libertad y conocimiento sobre lo que ofrecía a la señora De la Cruz.

4. En tanto el delito provocado exige que el sujeto provocado no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiera sido por la provocación previa y eficaz del agente desencadenante, se puede concluir que la señora De la Cruz no habría instigado a Aurelio Pastor a cometer el delito de corrupción, sino que él, de manera libre y voluntaria habría ofrecido sus influencias en la administración pública a cambio de 50 mil soles.

