

CRÓNICA JUDICIAL DEL CASO AURELIO PASTOR VALDIVIESO

Por: Yvana Novoa Curich

I. HECHOS RELEVANTES

El 25 de noviembre del año 2012 el noticiero “Cuarto Poder” presentó un informe periodístico en el cual denunciaban públicamente la posible comisión, por parte del ex congresista Aurelio Pastor Valdivieso, de delitos contra la administración pública. En dicho informe periodístico, 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 en su proceso de vacancia utilizando las influencias que él tenía en la Corte Suprema y en el Jurado Nacional de Elecciones (JNE).

Es importante señalar que 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. En el marco de estos hechos, la alcaldesa de Tocache buscó a Aurelio Pastor para que al asesorara legalmente. Se reunieron en dos oportunidades en el consultorio jurídico de San Isidro de Aurelio Pastor.

Para los fines de su denuncia, la alcaldesa presentó unos audios en los cuales se escuchan conversaciones entre Aurelio Pastor y De la Cruz Yupanqui, en las cuales Pastor le dice expresamente que tienen 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.

Por otro lado, la Corina De la Cruz también denunció que el abogado Aurelio Pastor, por medio de la intervención de terceros, también estuvo interesado en beneficiarse económicamente de una licitación millonaria realizado por la Municipalidad Provincial de Tocache. Según el testimonio de De la Cruz, luego de que ella fuera suspendida del cargo, se designó como Gerente de Logística de la Municipalidad Provincial de Tocache a Raúl Pérez Pérez. Este sujeto sería “compadre” de Aurelio Pastor y habría estado a cargo de todas las adquisiciones y compras de la Municipalidad. Asimismo, Pérez Pérez era miembro del Comité de Selección y, en virtud de dicho cargo, habría estado encargado de la licitación de la obra de ampliación y mejoramiento del sistema de agua potable y alcantarillado de Tocache, valorizada en S/. 40'000,000.00 soles. De esta manera, aprovechando que la alcaldesa se encontraba suspendida, Aurelio Pastor junto con funcionarios y servidores públicos de la Municipalidad de Tocache y representantes de la empresa Constructora MPM, habrían pretendido dirigir las bases de la licitación mencionada a favor de esta empresa.

Estas afirmaciones se encontrarían fundadas en dos correos electrónicos que la denunciante presentó impresos. Un correo electrónico fue enviado por Ricardo Pau Leiva (encargado del Área de Costos y Licitaciones de la Constructora MPM) a Aurelio Pastor, por medio del cual aquel le envía a éste las bases de la obra para que Pastor las revise. El segundo correo habría sido enviado por Raúl Pérez Pérez a Aurelio Pastor, en el cual aquel le envía a este el pronunciamiento del OSCE sobre el proceso de selección en cuestión. Aurelio Pastor, alegó que dichos correos configuraban una consulta jurídica que Pérez Pérez le había hecho. Es

importante señalar que la alcaldesa de Tocache paralizó finalmente la licitación, despidió a todos los trabajadores involucrados y denunció a Aurelio Pastor Valdivieso, por lo que pidió garantías personales al Ministerio del Interior para proteger su vida y la de su familia.

II. DILIGENCIAS PRELIMINARES

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 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. Asimismo, consideran que Pastor ha manifestado un interés sospechoso en la obra de licitación anteriormente mencionada, lo cual llevaría a pensar que aquel se encontraría involucrado también en la comisión del delito de colusión desleal.

Finalmente, el 02 de enero del presente 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.

III. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

La denuncia realizada por medio del informe periodístico y los escritos presentados por la Procuraduría Anticorrupción versaban sobre la posible comisión tanto del delito de tráfico de influencias (art. 400° CP) como del delito de colusión desleal (art. 384° CP), por parte del ex congresista Aurelio Pastor Valdivieso.

Sin embargo, la Primera Fiscalía Corporativa Provincial Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios decidió disponer la apertura de la investigación preliminar en contra de Aurelio Pastor Valdivieso sólo por la supuesta comisión del delito de tráfico de influencias. Esta disposición se fundamenta en el hecho de que Aurelio Pastor habría solicitado la suma de S/.50,000.00 soles a Corina De la Cruz Yupanqui con la finalidad de ayudarla a retornar a su

cargo de alcaldesa de Tocache, gracias a las influencias que Pastor tenía tanto en el JNE como en la Corte Suprema de Justicia.

IV. AURELIO PASTOR NO RESPONDERÍA COMO FUNCIONARIO PÚBLICO

Es importante resaltar que el abogado Aurelio Pastor no respondería, por el delito de tráfico de influencias, como funcionario público. Esto ya que al momento de la supuesta comisión de los hechos, Pastor Valdivieso ya no ocupaba un cargo público.

Así, Pastor Valdivieso ocupó el cargo de congresista por el partido aprista durante los períodos 2001-2006 y también 2006-2011. Asimismo, fue Ministro de Justicia entre los años 2009 y 2010. No obstante, como ya se ha indicado en el primer acápite de esta crónica, los hechos delictivos se habrían dado a partir de agosto de 2012, cuando Pastor ya no era funcionario público.

Esta circunstancia no afectaría la calificación jurídica del hecho ya que el delito de tráfico de influencias es un delito común, es decir, permite que sea cometido por cualquier persona ya que su redacción señala lo siguiente: “El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, ventaja (...)”. El tipo penal además, prevé la posibilidad de que este delito sea cometido también por un funcionario o servidor público, para lo cual prevé un rango de pena mayor.

En el presente caso entonces, a Aurelio Pastor se le imputaría la comisión del delito de tráfico de influencias, en su tipo básico (contenido en el primer párrafo del artículo 400° CP). Por lo tanto, de ser condenado por este delito, Pastor recibiría una pena no menor de cuatro ni mayor de seis años.

No obstante, en su momento, el juez podría imponerle una pena aumentada en un tercio por encima del máximo legal si se tomara en consideración que Pastor invocó influencias alegando su relación de amistad con funcionarios públicos que, en algunos casos había conocido y empezado esa relación amical cuando Pastor ocupaba el cargo de congresista. Lo dicho se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 46° -A CP que señala lo siguiente:

*“Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional o autoridad, **funcionario o servidor público**, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público.*

En estos casos el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo ésta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

La misma pena se aplicará al agente que haya desempeñado los cargos señalados en el primer párrafo y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible. (...)

En otras palabras, se podría entender que Aurelio Pastor habría cometido el delito de tráfico utilizando sus conocimientos adquiridos durante el ejercicio de su función pública en tanto aprovechó que conoció a Hugo Sivina, por ejemplo, cuando Pastor era aún congresista.

V. SOBRE EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Como ya se mencionó, la Fiscalía ha dispuesto la apertura de la investigación preliminar en contra de Aurelio Pastor por la presunta comisión del delito de tráfico de influencias. Este delito se encuentra contemplado en el artículo 400° CP de la siguiente manera:

“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.”

El delito de tráfico de influencias se consuma cuando el agente recibe, hace dar o prometer para sí o para otra persona un donativo, promesa u otra ventaja. Pero es imprescindible que el sujeto activo realice dichas conductas invocando sus influencias, no importa si éstas son reales o simuladas. Es decir, *“recibir un donativo o ventaja, hacer dar donativo o ventaja por sí solos y en términos generales no son suficientes para configurar tráfico de influencias. Deberán dichos medios corruptores situarse en el contexto de la conducta típica precedente de “invocar influencias” como punto de partida y bajo la orientación prometida del ofrecimiento de intercesión ante los funcionarios o servidores públicos específicamente consignados en la norma penal”*¹.

Sobre la base de lo anterior, consideramos que es correcta la decisión de la fiscalía de abrir investigación preliminar en contra de Pastor Valdivieso por la supuesta comisión del delito de tráfico de influencias en su tipo básico. Y es que el ex congresista Pastor sí habría cometido dicho delito si se comprueba que es cierto lo denunciado por la alcaldesa Corina De la Cruz respecto a que Pastor le pidió la suma de S/.50,000.00 soles a cambio de utilizar sus las influencias que él supuestamente tenía en el JNE y en la Corte Suprema. La tesis sobre la supuesta comisión de este delito se vería justificada en la conversación grabada por la alcaldesa y en la que se puede escuchar lo siguiente:

“(…)

Corina De la Cruz: *Que el dinero que... de los cincuenta mil que me habías pedido es bien difícil de conseguirlo.*

Aurelio Pastor: *Me imagino... Corina vamos a hacer una cosa, escúchame, yo te voy a ayudar. Ya. Vamos a dejar ese tema de los honorarios pendiente. Yo ya te puse el número, me lo pagas cuando regreses a la alcaldía, en la medida en que regreses a la alcaldía.*

Corina De la Cruz: *Ya*

¹ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Lima: Grijley, 2007, p. 787-788.

Aurelio Pastor: Lo dejamos ahí pendiente, me lo debes...

Corina De la Cruz: Si es así que tu me esperas...

(...)

Aurelio Pastor: **Mira quién me ha llamado hace un rato: José Pereira, que es miembro del Jurado. Me ha llamado, mira, mira la llamada entrante a las 8 y cincuenta y tres, hoy día. Yo los conozco son mis amigos ¿ya?** Entonces, este, además, yo enseñé en la escuela de ellos, ellos tienen una escuela electoral, enseñé, me invitan, siempre estamos en contacto. Voy a ir a ver a Pereira dentro de un rato. Tengo reunión con él, me ha pedido que a las doce y media, que lo llame para ir donde...

(...)

Aurelio Pastor: Yo no llego al Jurado con temas de que hay que darle, no, no, no... **A mí me escuchan porque soy amigo**, porque soy conocido y porque confían en mí. Me escuchan, me reciben, converso con ellos. (...)"²

En otro audio, que la alcaldesa De la Cruz presentó a la Procuraduría Anticorrupción, se puede escuchar lo siguiente:

(...)

Aurelio Pastor: El presidente del Jurado es amigo mío, muy amigo, y su personal de confianza es más amigo todavía. Cualquiera que te diga con la plata lo arreglo, te miente, te saca plata y no lo arregla. No se puede. Ni él ni Ayvar ni Pereira son gente correcta, aunque algunos dicen por ahí que Velarde es medio..., pero uno de cuatro no hace nada. Te digo con franqueza... espérame un segundo.

(...)

Aurelio Pastor: Pero te voy a contar. No hay fecha límite, pero te voy a contar una cosa, **cualquier cosa que se consiga en el Jurado no se consigue por plata, se consigue por amistad ¿correcto?**

(...)"³

Como se puede apreciar de la transcripción de los audios citados, Aurelio Pastor no habría dicho expresamente "págame cincuenta mil soles a cambio de que yo utilice mis influencias en el JNE y en la Corte Suprema". No obstante, para la comisión del delito de tráfico de influencias, no se requiere que la invocación sea de manera expresa o explícita. Al respecto, Rojas Vargas señala lo siguiente:

"La naturaleza expresa o explícita de la invocación es una exigencia que permitirá dotarle de mayor determinación al carácter relevante de la invocación, pero ello no descarta la posibilidad de que la invocación pueda formularse también mediante actos sutiles que denoten –a nivel de representación mental- que el traficante se halla en una posición capaz de brindarle posibles soluciones a la situación legal del interesado, dadas sus vinculaciones o relaciones (reales o aparentes) con el funcionario o servidor público, pese a que tales sutilezas merezcan del Fiscal

² Transcripción del audio extraída del escrito presentado por el Procurador Público Anticorrupción que solicita la ampliación de diligencias preliminares y que fue presentado el 27 de noviembre de 2012.

³ Transcripción del audio extraída del escrito presentado por la Procuraduría Anticorrupción que remite nueva información y solicita diligencias preliminares adicionales y que fue presentado el 27 de diciembre de 2012.

o Juzgador mayores niveles de precisión para afirmar su carácter penalmente relevante o descartarlo.”⁴

Pues bien, a pesar de que las conversaciones entre Aurelio Pastor y la alcaldesa de Tocache son claras respecto a que Pastor le dice a ella que las cosas en el JNE se consiguen por medio de amigos y no de otra cosa, si la defensa de Pastor decidiera argumentar que no hay una invocación explícita, ya hemos dejado en claro que para que este delito se cometa, no es necesario que la invocación sea expresa, sino que también puede ser sutil o indirecta, siempre y cuando pueda entenderse la invocación de las influencias de manera clara. Las influencias pueden consistir en relaciones amicales, familiares, de trabajo o favores que debidos entre el agente que las invoca y el funcionario o servidor del que habla la norma penal.

VI. SOBRE EL DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL EN EL CASO CONCRETO

Como se mencionó al inicio, la alcaldesa de Tocache denunció en el informe periodístico que habían indicios de que Aurelio Pastor habría cometido el delito de colusión desleal tipificado en el artículo 384° CP. Sin embargo, consideramos que los elementos de prueba existentes no pueden llevar a concluir que Pastor habría sido el autor de dicho delito en tanto el tipo penal de colusión exige que el agente se coluda con los interesados aprovechando que, con motivo de su cargo público, el funcionario se encuentra viendo las contrataciones u operaciones públicas de que se trate.

De este modo, el primer motivo por el cual Aurelio Pastor no podría ser autor del delito de colusión desleal es el hecho de que al momento de la supuesta comisión de los hechos, Pastor no ocupaba ningún cargo público, es decir, no era funcionario público sino que se desempeñaba como abogado.

En segundo lugar, así Pastor hubiera seguido siendo congresista en la época en que los hechos supuestamente ocurrieron, el tipo penal de colusión exige que el funcionario público que se coluda lo haga interviniendo directa o indirectamente, **por razón de su cargo**, en cualquiera de las etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública. Así las cosas, Aurelio Pastor, por razón de su cargo de congresista, no habría tenido ningún tipo de motivo por el cual intervenir en la licitación de la Municipalidad de Tocache. Y por este motivo, al no cumplirse un elemento del tipo penal, Pastor no habría podido cometer en calidad de autor el delito de colusión. En todo caso, si Pastor hubiera continuado en el cargo de congresista al momento de los hechos, el delito por el cual se le podría haber acusado sería el de negociación incompatible ya que éste no exige que la función pública que ocupa el agente tenga algún vínculo con las contrataciones públicas de que se trate. Sin embargo, como ya mencionamos, en los hechos del presente caso, Pastor Valdivieso no era funcionario público y por ello no podría ser acusado como autor de ninguno de los dos delitos mencionados.

En todo caso, se le podría haber abierto investigación preliminar por la posible participación de Pastor como cómplice (extraneus) del delito de colusión por haber supuestamente

⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit. p. 791.

intervenido como intermediario buscando direccionar las bases de la licitación a favor de la empresa Constructora MPM.

VII. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LOS AUDIOS COMO PRUEBA VÁLIDA

Aurelio Pastor, en su declaración rendida ante la Fiscalía, afirmó que la grabación y difusión de las conversaciones que tuvo con la alcaldesa de Tocache se hicieron sin su consentimiento y sin su conocimiento también. Por este motivo, indicó Pastor, la investigación que se ha iniciado en su contra se encuentra fundada en una prueba obtenida vulnerando sus derechos fundamentales como lo es, por ejemplo, su intimidad personal. En otras palabras, Aurelio Pastor estaría diciendo que el audio constituiría una prueba ilícita por vulnerar sus derechos fundamentales.

Sin embargo, existen dos teorías de excepciones a la prueba prohibida que negarían lo que Pastor pretende ir construyendo como argumento de defensa frente a los audios divulgados. La primera de estas teorías es la Teoría del Riesgo, la cual señala que para que las grabaciones o audios puedan ser considerados lícitos o válidos deben confluír las siguientes exigencias⁵:

- Al menos uno de los interlocutores que han intervenido en la conversación grabada debe tener conocimiento de la grabación.
- El contenido utilizable de la conversación no puede tratar respecto a un tema perteneciente al ámbito íntimo de las personas que han sido grabadas.

Como puede entenderse, en este caso concreto, Aurelio Pastor no puede alegar que la grabación de las conversaciones constituye prueba prohibida ya que, si bien él no tenía conocimiento de que estaba siendo grabado, la alcaldesa Corina De la Cruz sí tenía conocimiento de la grabación pues ella misma fue quien la grabó. Con este hecho se cumple el primer requisito planteado por esta teoría. En segundo lugar, el contenido de las conversaciones no pertenece al ámbito íntimo o privado de ninguno de los interlocutores ya que ellos hablan en todo momento de los juicios en los que se encuentra inmersa Corina De la Cruz y Aurelio Pastor le habla de la supuesta “estrategia” que utilizará para llevar el caso de aquella y ayudarla como abogado.

Una segunda teoría que desbarata la tesis de Pastor respecto a que la grabación constituiría prueba prohibida es la correspondiente a la Ponderación de intereses. Si ponderamos entre el interés constitucional reconocido por el Tribunal Constitucional que supone la lucha contra la corrupción, frente al derecho a la privacidad de Aurelio Pastor, entonces primaría el primero sobre el segundo. Es necesario para estos efectos resaltar lo señalado por nuestro Tribunal Constitucional con respecto al principio constitucional de proscripción de la corrupción:

“53.La corrupción es en sí misma un fenómeno social que, no puede soslayarse, se encuentra dentro fuera de la administración del propio Estado, la política apuntada deberá establecer el nexo entre Estado y sociedad civil, en la medida que la defensa del “programa” constitucional, exige una actuación integral.

⁵ SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan Humberto. Excepciones a la prueba prohibida. En: “La prueba en el proceso penal”. Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Mayo 2011. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 145.

54. Precisamente, se debe partir por considerar que el ordenamiento constitucional, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción; en tal sentido, el constituyente ha establecido mecanismos de control político parlamentario (artículos 97° y 98° de la Constitución), el control judicial ordinario (artículo 139° de la Constitución), el control jurídico constitucional (artículo 200° de la Constitución), el control administrativo, entre otros.

55. El proceso de lucha contra cualquier forma de corrupción -tanto aquéllas vinculada al aparato estatal como las que coexisten en el ámbito de la sociedad civil- obliga a los clásicos poderes del Estado, a los cuales se suma el Tribunal Constitucional en el cumplimiento del deber de la jurisdicción constitucional concentrada y difusa, tomar medidas constitucionales concretas a fin de fortalecer las instituciones democráticas, evitando con ello, un directo atentando contra el Estado social y democrático de Derecho, así como contra el desarrollo integral del país.”⁶

Sobre la importancia de la lucha de los Estados contra la corrupción, la Convención Interamericana contra la Corrupción señala lo siguiente en su Preámbulo:

“Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos,
Convencidos de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos;
Considerando que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio;
(...)
Reconociendo que la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente; (...)”

Finalmente, es imperativo tomar en consideración que la Convención citada es parte de nuestro ordenamiento interno por efecto del artículo 55° de nuestra Constitución. En este orden de ideas, queda claro que la persecución de delitos de corrupción constituye un principio constitucional y un interés primordial de nuestro Estado. Es en este sentido que el interés público que supone la detección y persecución de un caso de corrupción como el que Aurelio Pastor podría estar protagonizando, prima a todas luces por encima de un derecho fundamental como lo es el derecho a la intimidad o privacidad. Esto, con mayor razón si se comprende que lo que Pastor habría hecho en realidad al mantener las conversaciones grabadas con De la Cruz sería cometer el delito de tráfico de influencias y no ejercer su derecho a la intimidad.

⁶ Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 0009-2007-PI/TC, de fecha 29 de agosto de 2007. Disponible en: [Sentencia del Tribunal Constitucional 0009-2007-PI/TC, 0010-2007-PI/TC \(Acumulados\)](#).