

Sumilla: Bien concedido el recurso de casación excepcional interpuesto por la defensa técnica del procesado, en el extremo de considerar como causal de justificación del delito de tráfico de influencias simuladas, el libre ejercicio de la abogacía, conforme con el inciso ocho del artículo veinte del Código Penal.

Lima, veintiocho de agosto de dos mil quince

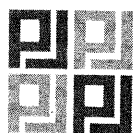
AUTOS y VISTOS: Es materia de

calificación el recurso de casación interpuesto por la defensa del sentenciado Aurelio Pastor Valdivieso; contra la sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones, del quince de mayo de dos mil quince, que confirmó la de primera instancia, que condenó a Aurelio Pastor Valdivieso por el delito contra la Administración Pública-tráfico de influencias, en agravio del Estado, a cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad, reformándola le 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.

CONSIDERANDO

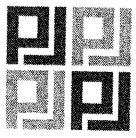
Primero. Conforme con el estado de la causa, y en aplicación a lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido y si, en consecuencia, procede conocer el fondo del mismo; señalándose que se ha cumplido con el trámite de traslados respectivos.



Segundo. El recurso de casación no es de libre configuración, por el contrario, para que esta Suprema Sala Penal pueda tener competencia funcional para casar una sentencia –como es el caso *sub exámine*–, luego de agotadas las dos instancias, debe cumplirse con las disposiciones previstas en el artículo cuatrocientos veintisiete, y normas concordantes del Código Procesal Penal, cuyos presupuestos deben satisfacerse acabadamente para que se declare bien concedido.

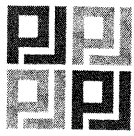
Tercero. En dicho orden de ideas, este Colegiado Supremo, previamente a la decisión que adoptará, debe verificar si se cumplió con los presupuestos de admisibilidad de esta clase de recurso extraordinario residual –casación–, y la superación de las causales de desestimación contempladas en el artículo cuatrocientos veintiocho del Código Procesal Penal, así como de sus normas concordantes del citado cuerpo legal, cuyos requisitos deben cumplirse en forma ineludible para posteriormente analizar las causales en que se sustenta y decidir si está bien concedido.

Cuarto. Resulta necesario previamente señalar que el sentenciado Aurelio Pastor Valdivieso, interpuso casación excepcional señalando cinco motivos para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, contra la sentencia de vista emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones del quince de mayo del dos mil quince, que confirmó la de primera instancia, en el extremo que lo condenó como autor por el delito de tráfico de influencias y revocó el extremo de la pena principal, imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad efectiva. El concesorio del tres de junio del dos mil quince declaró inadmisibles dicho recurso de casación excepcional respecto al segundo y tercer motivo, y admitió los motivos primero, cuarto y quinto que dan lugar a la presente casación.



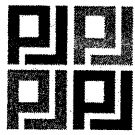
Quinto. La defensa de sentenciado Aurelio Pastor Valdivieso para fundamentar su pretensión invoca el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, el cual señala que excepcionalmente será procedente el recurso de casación cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

Sexto. El desarrollo de la doctrina jurisprudencial es un supuesto que no se encuentra limitado a las formalidades que se exigen para los recursos de casación que se basan en el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, sin embargo, sí exige el apartado tercero del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal, que el recurrente consigne las razones que justifiquen el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; en ese sentido, esta Sala Penal Suprema se ha pronunciado en el recurso de queja número ciento veintitrés-dos mil diez, La Libertad, del dieciséis de mayo de dos mil once, que esta especial fundamentación está referida a: i) Fijar el alcance interpretativo de alguna disposición. ii) La unificación de posiciones disímiles de la Corte. iii) Pronunciarse sobre un punto concreto que en la jurisprudencia no ha sido suficientemente desarrollado para enriquecer el tema con nuevas perspectivas fácticas y jurídicas. iv) La incidencia favorable de la pretensión doctrinaria frente al caso y la ayuda que prestaría a la actividad judicial. Asimismo, el auto de calificación del recurso de casación número ciento sesenta y cinco-dos mil diez-Lambayeque, señala que el recurso de casación que se basa en el desarrollo de la doctrina jurisprudencial "expresará de manera lógica, sistemática, coherente y técnica por qué considera que es necesario el desarrollo de la doctrina jurisprudencial e identificará de manera clara las razones que apoyan la necesidad de un pronunciamiento".



Séptimo. La defensa técnica, alega como primer motivo de desarrollo de doctrina jurisprudencial, que la falta de defensa eficaz justifica una interpretación constitucional del inciso dos del artículo cuatrocientos veintidós del Código Procesal Penal, conforme con los derechos fundamentales de defensa, prueba y verdad, para admitir como prueba nueva la que no ofreció el defensor a pesar de exigirle el tema de prueba establecido en el proceso.

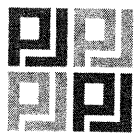
Octavo. Arguye como fundamentos que: **i)** La Sala de Apelaciones vulneró estos derechos al no admitir las pruebas ofrecidas por la defensa en el trámite de apelación de sentencia, habiéndose demostrado que Aurelio Pastor Valdivieso careció de defensa eficaz, porque el abogado que lo asistió en el juzgamiento no ofreció pruebas a pesar de conocer expresamente la necesidad de éstas. **ii)** En la audiencia de control de acusación, el abogado discutió la condición de prueba prohibida del audio de la conversación entre Pastor Valdivieso y la ex Alcaldesa de Tocache, por ser editado, a lo que el juez señaló que esto debía ser probado con una pericia. Ante ello, el abogado solicitó plazo para ofrecer pruebas porque debía cambiar su estrategia de defensa, sin embargo, el juez señaló que no es procedente, preguntó si es que ofreció pruebas al contestar la acusación, aceptó que no. **iii)** El abogado no tuvo en cuenta la oportunidad procesal para ofrecer pruebas y que en la investigación preparatoria hubo diligencia de escucha y transcripción del audio, a la que asistió con su patrocinado sin formular objeción o reserva alguna, por el contrario, reconocieron el contenido del diálogo. **iv)** En el juzgamiento no se ofrecieron pruebas, en su alegato de apertura la defensa señaló dos testigos que acreditarían que le tendieron una trampa al acusado, pero no fueron ofrecidos. **v)** El anterior abogado no aportó pruebas para demostrar que



los actos del acusado eran de abogacía. **vi)** La actual defensa en la apelación ofreció ochenta medios de prueba, sin embargo, la Sala no las admitió. **vii)** La Sala de Apelaciones arbitrariamente se negó a aplicar la interpretación constitucional de artículo trescientos setenta y tres del Código Procesal Penal, sobre nueva prueba en juzgamiento, que sí hizo la Sala Penal Permanente en las casaciones diez-dos mil siete y nueve-dos mil doce, para, a partir del derecho a la verdad, permitir que la Fiscalía pueda aportar testimonios que existían en la investigación preparatoria, que no ofreció en la acusación o lo hizo erradamente.

Noveno. De lo expuesto, se debe indicar que el inciso dos del artículo cuatrocientos veintidós del Código Procesal Penal, señala que solo se admitirán en segunda instancia, los medios de prueba: a) Que no se pudieron proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia. b) Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva. c) Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él. La defensa del recurrente argumenta que en función del derecho a la verdad y defensa eficaz, debería ser considerada como nueva prueba, la que a pesar de haber sido conocida por la defensa, no fue propuesta en el momento que correspondía –defensa ineficaz por parte de su primer abogado–, debiéndose interpretar que sería aplicable también al desconocimiento por parte del procesado –afirma que el condenado no conocía la prueba que necesitaba para su defensa, así también, porque no es abogado penalista y no fue debidamente informado–, y no solo del defensor de éste.

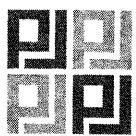
Décimo. Es necesario precisar que la normativa señalada es clara y contempla supuestos tasados para la admisión de prueba en segunda instancia; así, el artículo cuatrocientos veintidós del Código Procesal



Penal, que se refiere a prueba nueva, es por desconocimiento de su existencia por el recurrente y por tanto no pudo solicitar que se practicaran, o las que conociendo su existencia no pudo proponerla por carecer de disponibilidad sobre ella. Se excluyen los medios probatorios que estaban disponibles en el momento del juicio, que son supuestos de imposibilidad de prueba. Solo considerándose únicamente a la aparición de hechos nuevos acaecidos con posterioridad al trámite procesal de prueba en el juicio¹ (*nova producta*), o bien, a la existencia de hechos que no obstante ser de fecha anterior a dicho trámite preclusivo, hubiera llegado a conocimiento del recurrente en un momento posterior (*nova reperta*). Por lo que cabe concluir que lo relevante es la novedad del hecho (*nova facta*)¹, no del medio probatorio. A diferencia de los otros dos supuestos, los cuales encuentran su justificación en la existencia de defectos en la dirección procesal de la actividad probatoria.

Décimo primero. En consecuencia, la actividad probatoria en segunda instancia es de carácter excepcional y resulta procedente ante las circunstancias mencionadas en nuestra normativa procesal, como lo establece el inciso uno del artículo trescientos setenta y tres: "Culminado el trámite anterior, si se dispone la continuación del juicio, las partes pueden ofrecer nuevos medios de prueba. Sólo se admitirán aquellos que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de la acusación", y trescientos noventa y tres: "El juez penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio".

¹ GIMENO SENDRA, Vicente; CONDE PUMPIDO, Cándido y Barberí Llobregat, José. *Los procesos penales*. Tomo 6. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 444 y 445.



Décimo segundo. Por lo que no es posible considerar como uno de sus supuestos la defensa ineficaz. Así, cuando el recurrente invoca que el garante de la defensa eficaz no es el defendido, sino el defensor y en su defecto el juez, implicaría que el juez forme una estrategia de defensa en beneficio de alguna de las partes, lo cual contraviene el principio de imparcialidad reconocido en el artículo uno del Título Preliminar del Código Procesal Penal, excepto en casos groseros, evidentes y graves.

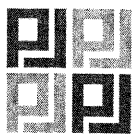
Décimo tercero. Asimismo, sobre el derecho a la verdad que argumenta la defensa, el Tribunal Constitucional² ya se ha pronunciado sobre sus dos dimensiones: a) Colectiva, como un derecho de la Nación, calificándolo como un bien jurídico colectivo inalienable. b) Individual, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados. Lo que en el caso materia de examen, resultaría inaplicable.

Décimo cuarto. Por tanto, esta argumentación de desarrollo de la doctrina jurisprudencial pretendida por el recurrente no es materia de controversia de tal forma que la Corte Suprema tenga que pronunciarse indefectiblemente sobre alguno de estos aspectos: a) No tiene relación con las casaciones citadas³ por la defensa del

² Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. N.º 2488-2002-HC/TC. FJ 9.

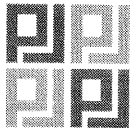
³ **Casación 10-2007:** En el proceso inmediato el fiscal ofrece se lea la declaración sumarial de un testigo, lo que se declara inadmisibile. En el juicio oral, en la fase de prueba nueva se ofrece la testimonial de este, lo que se admite. Si bien entre prueba documental y personal no existe identidad, el fiscal buscaba incorporar un medio de prueba vital, por lo que sí es posible admitir este medio de prueba por cuanto se inadmite la documental que es excepcional, pues se busca que el testigo concurra al juicio. Se deben superar las interpretaciones formalistas de la ley, pero sin lesión de los derechos de las partes.

Casación 9-2012: En la etapa intermedia el fiscal no ofreció la declaración de la víctima, en el juicio oral la ofreció como nueva prueba, la que se admitió, pese a no ser prueba nueva, al conocerse su versión desde antes del control de acusación. Sin embargo, la defensa no cuestionó ni se opuso a esta incorporación, no lo expresó como agravio en su apelación, la defensa ejerció contradicción en el juicio oral, por lo que se respetó su derecho de defensa y aún así no se admitiera, existían otros elementos de la culpabilidad del acusado (argumento principal).



recurrente. b) No es altamente necesario fijar el alcance solicitado, tampoco se acredita que se refiera a un punto concreto que en la jurisprudencia y la doctrina no haya sido suficientemente desarrollado, y no se indicó la ayuda que prestaría a la actividad judicial; por lo que resulta improcedente.

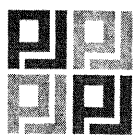
Décimo quinto. Sobre su cuarto motivo para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, alega el libre ejercicio de la abogacía como causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho conforme con el inciso ocho del artículo veinte del Código Penal; señala como causales el inciso uno y tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, por violación de la garantía de la presunción de inocencia y libertad en el ejercicio de la abogacía, afirmando que: **i)** La presunción de inocencia se destruye con prueba legal. **ii)** Los hechos institucionales como los actos que forman parte del ejercicio de la abogacía se tienen que probar con el procedimiento establecido por la Ley. **iii)** La Constitución Política establece que tratándose de actos de abogacía realizados fuera de un proceso judicial, 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 de documento público (resolución sancionatoria del CAL) **iv)** La Sala de Apelaciones, inducida por la Fiscalía, utiliza sus conocimientos privados para determinar qué actos son ejercicio de la abogacía y cuándo se viola el Código de Ética Profesional. **v)** No se ha aportado resolución sancionatoria del CAL y se rechazó el informe de este, emitido después de la sentencia condenatoria dictada en el juzgamiento. **vi)** Se rechazaron diversos informes jurídicos, que no fueron aportados por la defensa anterior. **vii)** El libre ejercicio de la abogacía forma parte del contenido constitucional del derecho a la defensa, sin este no hay



defensa técnica eficaz. La Constitución Política lo protege a través del Colegio de Abogados, al que se le asigna la función de garantizar su libre y correcto ejercicio. **viii)** Al ser el objeto del proceso un acto de abogacía, su criminalización exige pronunciamiento del Colegio de Abogados que determine si se ha violado el Código de Ética Profesional, que es la *lex artis* del ejercicio de la abogacía.

Décimo sexto. La defensa sostuvo que los actos de abogacía brindados por el condenado son legítimos debido a que el procesado fue "gestor de intereses" y realizó estrategias de un abogado dentro del marco legal. La Sala, en sentido contrario, señaló de fojas doscientos uno, que Aurelio Pastor Valdivieso no realizó realmente una defensa –indicó que este no presentó escritos, recursos, informes, no se acreditó como abogado con las copias del referido expediente, entre otros–. Por lo que, el recurrente fundamenta que por ser los actos de abogacía hechos institucionales, deben encontrarse regulados en el Código de Ética del Colegio de Abogados, y en función de ello determinar cuándo se realizan actos de abogacía y cuando no. En consecuencia, es trascendental determinar qué calidad laboral tiene el constituirse a hablar a favor de una persona, con autoridades judiciales, fiscales, del Jurado Nacional de Elecciones y otros.

Décimo séptimo. El inciso ocho del artículo veinte del Código Penal, señala como causa que exime o atenúa la responsabilidad penal: "El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo". En este sentido, la fuente principal de estos derechos, a los que alude la norma, es la Constitución Política y las diversas leyes, debido a que el catálogo de causas de justificación no es cerrado, por cuanto no es solo un

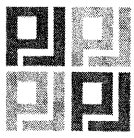


problema del Derecho Penal, sino general del Ordenamiento Jurídico⁴. Este ejercicio legítimo de un derecho, se constituye en prerrogativa para hacer o dejar de hacer algo. Por tanto, al fijar los límites de estos derechos se debe determinar la fuerza justificante de su ejercicio. Así, el ejercer un derecho, el cumplir con un deber, el realizar un acto en ejercicio de un cargo o de una profesión, no son factores suficientes para justificar un acto típico; esto depende de las circunstancias en las que se ejecuta el hecho concreto, las cuales están determinadas por las disposiciones legales que las regulan. Por eso, los incisos ocho y nueve del artículo veinte del Código Penal constituyen tipos abiertos o normas de reenvío, ya que su aplicación solo es posible en la medida en que sean complementadas por otras que deben ser buscadas en todo el ordenamiento jurídico⁵.

Décimo octavo. Resulta importante para establecer como causal de justificación del libre ejercicio de la abogacía determinar cuál es la norma o normas que dentro del Ordenamiento Jurídico regulan y delimitan las funciones del abogado y cuándo constituye su accionar un comportamiento legítimo e ilegítimo. Un sector de la doctrina ha señalado que la pretensión de influencia que invocaría el abogado se podría manifestar mediante argumentaciones racionales, lazos de amistad, estudios, familiares, favores, formando todo ello parte de un marco posible de actuación que al estar sujeto a un contrato de servicios profesionales alejaría la posibilidad de observar tipicidad por delito de tráfico de influencias, y en consecuencia, un acto ajustado socialmente. No descartándose la posibilidad que el abogado u otro profesional vinculado con la administración de justicia simulen una

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte general*. Octava edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 311.

⁵ HURTADO POZO, José y PRADO SILDARRIAGA, Víctor. *Manual de derecho penal*. Tomo I. Cuarta edición. Idemsa, Lima, 2011, p.550.

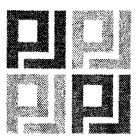


contratación laboral inexistente con el interesado para avalar una práctica de beneficios por actividades ilícitas de venta de influencias reales o aparentes⁶. Por ello, correspondería darle un alcance interpretativo a lo que constituiría una relación laboral de servicios profesionales de abogacía, en el que podría producirse una invocación de influencias que pase a ser considerada penalmente relevante, o en todo caso sea una conducta tolerable por el sistema.

Décimo noveno. El quinto motivo sustentado por la defensa en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal –si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material– referido a la observancia del principio de proporcionalidad de la pena en el delito de tráfico de influencias simuladas, afirma que se ha emitido la sentencia con violación de este principio constitucional. Señala que: **i)** La Sala considera como factor de determinación de la pena la gravedad del hecho que generaría la violación del bien jurídico protegido. **ii)** La sentencia no trata la causa del cuestionamiento de inconstitucionalidad del tráfico de influencias simuladas, su no afectación al bien jurídico protegido por el artículo cuatrocientos del Código Penal, y tampoco que haya configurado un caso de tentativa inidónea. **iii)** No se tiene en cuenta que conforme con la jurisprudencia, la pena privativa de libertad por delito de tráfico de influencias cometido por particulares siempre se ha impuesto con suspensión de ejecución o condena condicional.

Vigésimo. Al respecto, debe señalarse que no cumplió con lo prescrito en el inciso tres del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal

⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Cuarta edición. Grijley, Lima, 2007, p. 810.



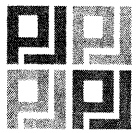
Penal, que no ha consignado las razones que justifiquen el desarrollo de doctrina jurisprudencial. Asimismo, no se pronuncia sobre la unificación de posiciones disímiles que esta Corte haya asumido o sobre algún asunto que en la jurisprudencia no ha sido suficientemente desarrollado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la defensa del sentenciado Aurelio Pastor Valdivieso; contra la sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones, del quince de mayo de dos mil quince, que confirmó la de primera instancia, que condenó a Aurelio Pastor Valdivieso por el delito contra la Administración Pública-tráfico de influencias, en agravio del Estado, a cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad, reformándola le impuso cuatro años de pena privativa de libertad efectiva; sustentado en inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código procesal penal, sobre vulneración a las garantías constitucionales de carácter material y procesal referidos a: **i)** Que la falta de defensa eficaz justifica una interpretación constitucional del inciso dos del artículo cuatrocientos veintidós del Código Procesal Penal, conforme con los derechos fundamentales de defensa, prueba y verdad, para admitir como prueba nueva la que no ofreció el defensor a pesar de conocer la necesidad de éstas. **ii)** Por vulneración al principio de proporcionalidad.

II. BIEN CONCEDIDO el recurso de casación excepcional interpuesto por la defensa técnica del procesado, respecto a establecer como causal de justificación del delito de tráfico de influencias simuladas, el libre



ejercicio de la abogacía, conforme con el inciso ocho del artículo veinte del Código Penal.

III. ORDENARON que la causa permanezca en Secretaría a disposición de las partes por el plazo de diez días; y vencido: **DISPUSIERON** se dé cuenta para fijar fecha la audiencia de casación. Hágase saber. Interviene el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo por vacaciones del señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

S. S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

NF/rlc

19 OCT 2015

PILAR ROXANA SALAS CAMPO
SECRETARIA SALA PENAL PERMANENTE
CORTE SUPREMA