

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2797 - 2009 / CAJAMARCA

Lima, veintidós de enero del dos mil diez.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor San Martín Castro; el recurso de nulidad interpuesto por los encausados Fulgencio Rodríguez Alvarado y Segundo Benedicto Cachay contra la sentencia condenatoria de fojas novecientos veintiocho, del diez de junio de dos mil nueve; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO: PRIMERO: Que el encausado Rodríguez Alvarado en su recurso formalizado de fojas novecientos cincuenta y ocho alega que se vulneró el debido proceso y la tutela jurisdiccional al dictarse la sentencia condenatoria en su contra, la que debe anularse; que el Vocal, Doctor Flores Arrascue, no participó en las sesiones del juicio, sólo lo hizo en la última sesión de lectura de la sentencia, con lo que se vulneró el principio de inmediación; que se condenó por el delito de proxenetismo a la prostitución y rufianismo, no obstante haberse investigado por sólo un delito, sin que corresponda acumular las penas. SEGUNDO: Que el encausado Ortiz Cachay en su recurso formalizado de fojas novecientos sesenta y cinco sostiene que, no se ha probado la existencia de los delitos acusados, que la descripción de las lesiones narradas por la agraviada no se corresponden con las que constan en la pericia médico legal, que no se ha tomado en cuenta tres declaraciones, que dan cuenta que observaron la discusión con la agraviada por su actividad en el local nocturno, que las actas de fojas veintiséis al cuarenta y uno revelan que la agraviada tenía una vida independiente y solvente, que no conoce a Rodríguez Alvarado, que no ha inducido por un error de la agraviada, que si bien estaba en posesión de un arma sin licencia la tenía sin intención y no la utilizó para obligar a la agraviada a tener sexo con él, y que respecto del delito contra la fe pública la propia agraviada la indujo a error. TERCERO: Que, en cuanto a los cargos formulados contra el acusado recurrente Rodríguez Alvarado, se tiene: a) que se le atribuye haber aceptado que la menor A.S.T. desempeñe la prostitución en el local nocturno "Bar Cantina El Chocho" y haber recibido una suma de dinero -cinco nuevos soles- cada vez que ésta utilizaba los ambientes del local que administra; b) que en la denuncia fiscal ampliatoria de fojas doscientos quince y en el auto ampliatorio de apertura de instrucción de fojas doscientos cuarenta, se hizo mención exclusivamente al artículo ciento ochenta, segundo párrafo, del Código Penal, que hace referencia al delito de rufianismo; c) que en la acusación fiscal de fojas setecientos dieciséis y en el auto de enjuiciamiento de fojas setecientos treinta y cuatro se recoge el hecho atribuido y se dijo "... delito de proxenetismo en su modalidad de favorecimiento a la prostitución, en su 'figura de rufianismo en agravio de la menor de iniciales A.S.T.'" [punto segundo de la parte resolutive del auto de enjuiciamiento]; d) que, siendo así, la referencia exclusiva al delito de rufianismo es evidente, más allá que los delitos de "favorecimiento a la prostitución" y rufianismo son figuras penales independientes, previstos en dos artículos distintos del Código Penal: ciento setenta y nueve y ciento ochenta, agrupados en el capítulo que hace regencia al proxenetismo, y que desde luego que la persona que se dedica a explotar la ganancia deshonesta derivada de la prostitución también sea a la vez, el proxeneta de la persona prostituida; e) que, sin embargo, en la sentencia recurrida de fojas novecientos veintiocho se condenó al citado imputado por dos delitos favorecimiento a la prostitución y rufianismo invocándose los dos tipos legales correspondientes; f) que, en consecuencia, la sentencia ha excedido el ámbito de la imputación e incorporado un delito que

no ha sido objeto de instrucción, acusación y juicio, por lo que en el extremo del referido delito de favorecimiento a la prostitución se ha incurrido en vulneración del principio acusatorio y, concurrentemente, afectado la garantía de defensa procesal, por lo que resulta de aplicación la causal de nulidad insanable prevista en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales; g) que como en la sentencia recurrida, con arreglo al artículo cincuenta del Código Penal, se impuso al encausado Rodríguez Alvarado dos años de privación de libertad por favorecimiento a la prostitución y tres años por rufianismo, es del caso ratificar que sólo puede estar vigente la pena de tres años; h) que estando a la forma y circunstancias de la comisión del delito, las características del hecho - que denota una actividad con cierto nivel de estabilidad y permanencia- y la personalidad del autor -quien incluso tiene una condena en su haber por delito contra el patrimonio, aunque de fecha catorce de junio de mil novecientos ochenta y dos (fojas doscientos setenta y uno), y dos procesos pendientes por delitos de receptación y desobediencia a la autoridad recientes, de marzo de dos mil cuatro y junio de dos mil siete (fojas doscientos sesenta y ocho y doscientos sesenta y nueve)-, no es posible suspender la ejecución de la pena no sólo por razones de prevención general, sino de prevención especial: no existe, en este último caso, un razonable pronóstico de no reiteración delictiva, como exige el artículo cincuenta y siete inciso dos del Código Penal. CUARTO: Que el otro agravio del encausado Rodríguez Alvarado se centra en el hecho de que en el curso del juicio oral se produjo el cambio de un Juez Superior, lo que viola -según él- el "principio de inmediatez" (sic); que, sin embargo, el cambio en mención, como consta del acta de fojas ochocientos cincuenta, se debió a una licencia y tal situación está expresamente contemplada en el artículo doscientos sesenta y seis, tercer párrafo, del Código de Procedimientos Penales, lo que importa, en puridad, una excepción razonable al principio de identidad física del juzgador; que es de precisar que el reemplazo del Juez Superior Bazán Cerdán por el Juez Superior Flores Arrascue se produjo en la sesión del seis de mayo de dos mil nueve, luego de la cual se han realizado cuatro sesiones, en las que se llevaron a cabo los pasos de oralización de prueba documental y alegatos de las partes, por lo que el Juez reemplazante tuvo la oportunidad de intervenir en uno de los momentos de la actividad probatoria y en todo el periodo de alegatos orales. QUINTO: Que, en lo concerniente al acusado Ortiz Cachay, se tiene que ha sido condenado por cinco delitos: violación sexual de menor de edad, favorecimiento a la prostitución, rufianismo, falsedad genérica y tenencia ilícita de armas de fuego; que la vinculación del referido imputado con la agraviada no está en discusión, quien fue controlada por aquél al punto no sólo de prostituirla y obtener dinero de esa actividad deshonesta sino que además incurrió en falsedad documental para obtener una constancia de pérdida de documento nacional de identidad que no le correspondía a fin de que trabajara en el bar "El Chocho", 'así como que tenía en su poder un arma de fuego sin autorización de la autoridad, arma con la cual intimidaba a la agraviada para que continuara en el ejercicio de la prostitución —constancia de fojas cincuenta y dos, acta de recojo de arma de fuego de fojas veintiuno, dictamen pericial de restos de disparo de fojas doscientos veintidós (da cuenta que el imputado habla hecho uso de esa 'arma de fuego), informe de fojas ochocientos noventa y siete (la Dirección General de Control de Servicios de Seguridad, control de armas de fuego, Munición y Explosivos de Uso Civil precisó que la licencia del arma incautada corresponde a otra persona)-. SEXTO: Que aún-cuando el imputado Ortiz Cachay niega haber prostituido y explotado las ganancias de la menor agraviada y afirma una relación sentimental con ella, el hecho de que adulteró dolosamente su identidad para hacerla

aparecer con más edad de que la que tenía importa no sólo la comisión del delito de falsedad genérica -usurpación de nombre- sino también que conocía de su minoría de edad; que la versión de la menor, de dieciséis años cuando los hechos según el acta de nacimiento de fojas ochocientos cincuenta y cinco, repetida a fojas ochocientos ochenta y cuatro, posibilitó el esclarecimiento de los hechos, pues luego de producirse una agresión y amenazas por parte del acusado Ortiz Cachay el ocho de agosto de dos mil siete se descubrieron los actos de proxenetismo de este último -así consta del Parte Policial transcrito a fojas tres, que revela la intervención policial desarrollada con motivo de la conducta agresiva del citado encausado-; que ese acto inicial de desvelamiento de los hechos acreditó que la agraviada había sido lesionada, tal como consta de la pericia de fojas cincuenta y tres-; además, en sede preliminar - a fojas diez- ha sido precisa en sindicarlo, quien la conminó a ejercer el meretricio y explotar las ganancias deshonestas producto de esa actividad; que no existe duda alguna de que la menor agraviada ejercía el meretricio en el Bar "El Chocho" -la inspección ocular de fojas ciento veintiuno, en concordancia con el acta de visualización del video de esa diligencia de fojas ciento noventa y uno, son definitivas y dan cuenta del acondicionamiento de habitaciones para el ejercicio de la prostitución-, y su relación y vinculaciones con el acusado Ortiz Cachay permite colegir que mediante intimidación promovió o favoreció el ejercicio de la prostitución de una menor de edad y explotó la ganancia obtenida por esta última. SÉPTIMO: Que, sin embargo, en lo atinente al cargo por delito de violación sexual, de autos no aparece acreditado a plenitud que con violencia o amenazas el encausado Ortiz Cachay hizo sufrir, una o reiteradamente, el acto sexual a la menor agraviada; que el citado procesado aduce que las relaciones sexuales que tuvo con la víctima fueron consentidas o de mutuo acuerdo - inestructiva de fojas setenta y nueve y declaración plenarial de fojas setecientos noventa y siete-, y aún cuando la víctima mencionó actos de violencia constantes no obran en autos pruebas objetivas que la sustenten, pues a la negativa del imputado se une la falta de coherencia de su sindicación -no es posible que diga que la tuvo encerrada varios días en una habitación de un hotel y que le traía comida, y que no se escape y de cuenta a la policía, así como que permanezca muchos meses con el imputado ejerciendo el meretricio; que con arreglo al Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho / CJ - ciento dieciséis, cuyos fundamentos se reproducen, se tiene por acreditado un supuesto de consentimiento de una joven de dieciséis años de edad, lo que le resta relevancia punitiva a la conducta objeto de imputado. Octavo: Que, siendo así, es del caso absolver al acusado Ortiz Cachay del delito de violación sexual de menor de edad, y ratificar el juicio de culpabilidad respecto de los cuatro delitos restantes cometidos en concurso real: favorecimiento a la prostitución, rufianismo, falsedad genérica y tenencia ilícita de armas de fuego; que como por imperio del artículo cincuenta Código Penal se produce una suma de las penas concretas por cada delito cometido, es del caso excluir de esa adición la pena del delito de violación sexual, por lo que, más allá de lo ilegal de las penas fijadas para estos cuatro delitos al fijarse una pena concreta por debajo del mínimo legal, sin justificación alguna desde las reglas de medición de la pena, es del caso precisar que la suma por esos ilícitos con arreglo a la regla antes anotada sólo alcanza a los diez años -es imposible elevar esa cuantía en atención a las exigencias de la interdicción de la reforma peyorativa-. NOVENO: Que la víctima no ha recurrido el quantum de la reparación civil y no existen bases razonables, derivadas de la entidad del injusto y de los daños generados, para disminuirla. Por estos fundamentos: 1. Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas novecientos veintiocho, del diez de junio de dos mil nueve, en cuanto condenó a Segundo

Benedicto Ortiz Cachay correo autor de los delitos de proxenetismo en sus figuras de favorecimiento a la prostitución y rufianismo en agravio de la menor A.S.T., y contra la fe pública - falsedad genérica, contra la seguridad pública - peligro común - tenencia ilegal de armas de fuego en agravio del Estado; y, a Fulgencio Rodríguez Alvarado como autor del delito de proxenetismo en su figura de rufianismo en agravio de la menor A.S.T. II. Declararon NO HABER NULIDAD en la propia sentencia en el extremo que fijó en diez mil nuevos soles por concepto de reparación civil que abonarán solidariamente ambos condenados, y en quinientos nuevos soles por similar concepto que abonará Ortiz Cachay a favor del Estado. 111. Declararon NULA dicha sentencia en la parte que condenó a Fulgencio Rodríguez Alvarado como autor del delito de favorecimiento a la prostitución. IV. Declararon HABER NULIDAD en el extremo que condenó a Segundo Benedicto Ortiz Cachay como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de la menor A.S.T.; reformándola: lo ABSOLVIERON de la acusación fiscal formulada en su contra por dicho delito en agravio de la referida agraviada; DISPUSIERON se anulen sus antecedentes policiales y judiciales en cuanto a este delito y archive definitivamente la causa. V. Declararon HABER NULIDAD en la anotada sentencia en cuanto impuso como pena total para los encausados Ortiz Cachay y Rodríguez Alvarado las penas de veinticinco años de pena privativa de libertad y cinco años de pena privativa de libertad, respectivamente; reformándola: les IMPUSIERON las siguientes penas: a) a Ortiz Cachay, diez años de pena privativa de libertad, que con descuento de la carcelería que viene sufriendo desde el ocho de agosto de dos mil siete -y no erróneamente como se consignó en la sentencia, conforme obra en la notificación de detención de fojas cincuenta- vencerá el siete de agosto de dos mil diecisiete y, b) a Rodríguez Alvarado, tres años de pena privativa de libertad, que con descuento de la carcelería que viene sufriendo desde el diez de junio de dos mil nueve -conforme obra en la sentencia de fojas novecientos veintiocho- vencerá el nueve de junio de dos mil doce. VI. Declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que dicha sentencia contiene y es materia recurso y los devolvieron.-

S.S

SAN MARTIN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

PRINCIPE TRUJILLO

CALDERON CASTILLO