

automotriz; a no ser que se trate de víctimas estructuralmente débiles, como las señaladas en el inciso 1 del artículo 196^o-A del Código Penal; o, que exista un acto de bloqueo de la información normalmente accesible.

VIGÉSIMO PRIMERO: Respecto de esto último, la existencia de un acto de bloqueo –por parte de la procesada Chacaltana Pacheco; por ejemplo, a través de la falsificación de documentos- que hubiese impedido a los agraviados Jorge Jesús Salas Gutiérrez, Juan Pablo Pérez Olivos y Giancarlo Sarria Iraola, agenciarse de la información que en principio les era normativamente accesible, queda descartada a partir del contenido del dictamen fiscal acusatorio N° 309-2011, de folios siete mil doscientos uno, donde el Ministerio Público sostiene que: «en autos no se ha llegado a determinar que la procesada Chacaltana Pacheco haya falsificado y/o adulterado algún documento que perjudique a los agraviados, cuando estos últimos adquirieron en supuesta “compra-venta” los vehículos (...), tanto más si se tiene en cuenta que en autos no aparece alguna pericia grafotécnica en la cual se acredite que se haya falsificado algún documento con relación a la compra-venta de vehículos». A ello, cabe agregar que la procesada ofertaba la venta de los vehículos a título personal y en la cochera de su propio domicilio; siendo ella misma quien se vinculaba contractualmente con los adquirientes. Distinto hubiese sido el caso, por ejemplo, si la procesada hubiera conseguido que el Registrador expida una certificación falsa, según la cual el bien mueble (vehículo) se encontraba bajo su titularidad; en tal caso, se produciría un bloqueo que determina el nacimiento para el autor, de un deber de veracidad respecto a esa información; deber que debe cumplirse antes de que la víctima (adquiriente de los vehículos) realice el acto de disposición¹⁴.

VIGÉSIMO SEGUNDO: «Puede que la configuración de un contacto social competente no sólo al autor, sino también a la víctima, y ello, incluso, en un doble sentido: puede que su comportamiento fundamente, que se le impute la consecuencia lesiva a ella misma, y puede que se encuentre en la desgraciada situación de estar en la posición de víctima, por obra del destino; por infortunio. Existe, por tanto, una competencia de la víctima»¹⁵. En el caso de los agraviados Jorge Jesús Salas Gutiérrez, Juan Pablo Pérez Olivos y Giancarlo Sarria Iraola; éstos han dado con su propio comportamiento, la razón para que la consecuencia lesiva –perjuicio patrimonial- les sea imputada a ellos mismos; como consecuencia de una lesión de su deber de autoprotección.

VIGÉSIMO TERCERO: Los compradores Jorge Jesús Salas Gutiérrez, Juan Pablo Pérez Olivos y Giancarlo Sarria Iraola, adquirieron los vehículos sin comprobar previamente su titularidad registral. La información sobre la titularidad de un vehículo, estaba normativamente accesible al comprador, pues, se encontraba a su disposición en el Registro de la Propiedad, que es público; y el acceso al Registro no les suponía a los compradores un esfuerzo desproporcionado. En consecuencia, en este caso, la conducta de la procesada no puede ser considerada engaño típico, ya que no tenía un deber de veracidad respecto a los compradores; en la medida en que incumbía a estos últimos tomar la medida de acudir al Registro de la Propiedad para acceder a la información sobre la titularidad de los vehículos. La cuestión, por tanto, deberá dilucidarse en la vía extra penal que corresponda.

VIGÉSIMO CUARTO: De otro lado, corresponde hacer una precisión respecto al delito de estafa, cometido en el contexto de relaciones contractuales (actos jurídicos en general). Al respecto, es necesario señalar que, «lo que aisladamente considerado es una estafa, no deja de serlo si se acompaña de otro pactos válidos. Si no, se abriría una sencilla vía para la elusión de la pena: acompañar la estafa de otros pactos razonables y con causa, integrándolos todos en un negocio complejo. (...) Hay sin duda estafa, en los casos de negocios vacíos o puramente aparentes que sólo encubren un fraude; pero también pueden darse estafas en el seno de una relación negocial real»¹⁶.

VIGÉSIMO QUINTO: La delimitación entre delito de estafa e ilícito civil, derivado del incumplimiento de obligaciones contractuales, no se encuentra supeditada al elemento subjetivo; esto es, resulta incorrecto establecer una delimitación atendiendo a si el autor tenía dolo antes o después de celebrar el contrato. Esta posición resulta incorrecta, por cuanto la determinación de la relevancia penal de un comportamiento, no empieza por la esfera interna del autor. El Derecho Penal, recién se pregunta por la esfera interna –dolo, imprudencia y culpabilidad en sentido estricto- después que ha tenido lugar un comportamiento externo socialmente perturbador. En otras palabras, la delimitación entre estafa e incumplimiento contractual se verifica en el ámbito de la tipicidad objetiva.

VIGÉSIMO SEXTO: El engaño es un elemento que se presenta, no solamente en la estafa sino también en las relaciones contractuales civiles o de carácter mercantil. En estos casos, el operador de justicia tiene que delimitar quien es competente por la situación de error de la víctima; esto es, si incumbía a esta última agenciarse de la información normativamente accesible; o si era competencia del autor, en virtud de un deber de veracidad, brindarle a la víctima los

conocimientos necesarios para su toma de decisión respecto de la disposición de su patrimonio. En el primer caso, no se configurará el delito de estafa, por cuanto el perjuicio patrimonial es competencia del propio disponente (competencia de la víctima); por tanto, los hechos serán ventilados en la vía extrapenal que corresponda. En el segundo caso, una vez verificado que ha existido la infracción a un deber de veracidad, y la realización del riesgo en el resultado, entonces podrá imputarse la comisión del delito de estafa, atendiendo a criterios objetivos como la idoneidad del contrato, o su forma de celebración, para bloquear el acceso de la víctima a la información normativamente accesible; o para generar en aquella una razón fundada de renuncia a ciertos mecanismos de autoprotección relevantes para su toma de decisión.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: En consecuencia, no habiéndose acreditado la comisión del delito de Estafa ni la responsabilidad penal de la referida acusada; cabe absolverla de la acusación fiscal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 284^o del Código de Procedimientos Penales.

VIGÉSIMO OCTAVO: Dada la trascendencia de este caso, que resuelve un tema jurídico que continuamente se presenta en nuestros Tribunales, y vista la doctrina que desarrolla; es pertinente aplicar lo dispuesto en el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, para afirmar su efecto de precedente vinculante.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, DECLARARON: I. HABER NULIDAD en la sentencia de fecha once de mayo de dos mil quince, obrante a folios once mil novecientos cincuenta y cinco, emitida por la Segunda Sala Penal para procesos con reos en cárcel de Lima, de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que condenó a Hilda Cecilia Chacaltana Pacheco como autora del delito contra el patrimonio -Estafa-, en agravio de Jorge Jesús Salas Gutiérrez, Juan Pablo Pérez Olivos y Giancarlo Sarria Iraola; imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad efectiva; y, fijó en la suma de cinco mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar la condenada a cada uno de dichos agraviados; sin perjuicio de devolver lo estafado; con lo demás que contiene; y REFORMÁNDOLA, la absolvió de la acusación fiscal por el delito contra el patrimonio -Estafa-, en agravio de Jorge Jesús Salas Gutiérrez, Juan Pablo Pérez Olivos y Giancarlo Sarria Iraola; MANDARON anular los antecedentes policiales y judiciales de la absuelta, que se hayan generado con motivo del presente juzgamiento; archivándose definitivamente el presente proceso; II. ESTABLECIERON que los fundamentos jurídicos décimo primero, décimo segundo, décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto, décimo octavo, vigésimo quinto y vigésimo sexto, de esta Ejecutoria, constituyen precedente vinculante para todos los órganos jurisdiccionales correspondientes del Poder Judicial. III. ORDENARON se publique esta Ejecutoria Suprema en el Diario Oficial “El Peruano” y en la página web del Poder Judicial; y los devolvieron.

S.S.

HINOSTROZA PARIACHI

VENTURA CUEVA

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA

¹⁴ Cfr. Pastor Muñoz, Nuria, La determinación del engaño típico en el delito de estafa, *Marcial Pons*, 2004, p. 240.

¹⁵ Jakobs, Günther, La imputación objetiva en Derecho Penal, (trad. Cancio Meliá), 3ra reimpr., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 38.

¹⁶ Dopico Gómez-Aller, Jacobo, «Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación», en *De-rito*: Revista jurídica da Universidad de Santiago de Compostela, vol. 21, N° 1, 2012, p. 12.

J-1522442-1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 499-2014/AREQUIPA

Sumilla. La solución de anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia es excesiva, pues una de las facultades de la Sala de Apelaciones frente al recurso respecto a la sentencia absolutoria es confirmarla, conforme con el artículo 425 del Código Procesal Penal.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dieciséis de marzo de dos mil dieciséis

VISTOS: los recursos de casación interpuestos por los procesados Manuel Jesús Ascuña Chavera y Luis Alberto Moscoso Valencia, contra la sentencia de vista de fecha catorce de julio de dos mil catorce, de fojas doscientos sesenta y cinco, que declaró fundada en parte la apelación interpuesta por el representante del Ministerio Público; y en uno de sus extremos, revocó la mencionada sentencia, en cuanto absolvió a Manuel Jesús Ascuña Chavera y Luis Alberto Moscoso Valencia de los cargos formulados en su contra por el delito de omisión a la asistencia familiar, en agravio de la menor Gisell Alejandra Valdivia Villalba, representada por su madre Karina Irene Villalba Condori y del Estado, representado por el Procurador Público encargado de los asuntos del Poder Judicial; y reformándola declararon a Manuel Jesús Ascuña Chavera y Luis Alberto Moscoso Valencia, cómplices primarios del delito de omisión a la asistencia familiar, en agravio de la menor Gisell Alejandra Valdivia Villalba, representada por su madre Karina Irene Villalba Condori y del Estado, representado por el Procurador Público encargado de los asuntos del Poder Judicial.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

ANTECEDENTES

Primero. Por requerimiento acusatorio del 08 de febrero de 2012 el Fiscal Provincial acusó a: i) Miguel Ángel Valdivia Colana como autor del delito contra la Familia- omisión a la asistencia familiar y contra la Administración de Justicia-fraude procesal, previstos en los artículos 149 y 416 del Código Penal, respectivamente; en agravio de Gisell Alejandra Valdivia Villalba, representada por su madre Karina Irene Villalba Condori y del Estado. Por lo que solicita siete años de pena privativa de libertad. ii) Jova Colana Sosa como autora del delito contra la Administración de Justicia-fraude procesal, en agravio del Estado. Por lo que solicita tres años de pena privativa de libertad. iii) Manuel Jesús Ascuña Chavera, Luis Alberto Moscoso Valencia, Isauro Raymundo Colana Sosa y Marco Antonio Saavedra Jilapa como cómplices primarios del delito contra la Administración de Justicia-fraude procesal, en agravio del Estado. Por lo que solicita tres años de pena privativa de libertad.

Segundo. Se realizó la audiencia preliminar de control de acusación el 20 de agosto de 2012, obrante a fojas veinticuatro, donde el Fiscal pide se suspenda por cinco días, para cambiar la tipificación. Hecho esto, se reabrió la sesión.

Tercero. Por resolución del 10 de septiembre de 2012 se declaró saneada la acusación fiscal; en consecuencia dictó auto de enjuiciamiento contra Miguel Ángel Valdivia Colana como autor del delito contra la Familia- omisión a la asistencia familiar, previsto en el segundo párrafo del artículo 149 del Código Penal, y contra Jova Colana Sosa, Manuel Jesús Ascuña Chavera, Luis Alberto Moscoso Valencia, Isauro Raymundo Colana Sosa y Marco Antonio Saavedra Jilapa como presuntos cómplices primarios del delito de omisión a la asistencia familiar, previsto en el segundo párrafo del artículo 149 del Código Penal, en agravio de Gisell Alejandra Valdivia Villalba, representada por su madre Karina Irene Villalba Condori y del Estado.

Cuarto. Emitido el auto de citación a juicio, se inició el juicio oral el 30 de abril de 2013, como obra del registro de fojas 49. En la sesión del 09 de mayo de 2013 el Juzgado declaró la extinción de la acción penal por muerte de Miguel Ángel Valdivia Colana.

Quinto. Por resolución del 05 de julio de 2013 se dispuso suspender los plazos procesales y señala fecha para continuar el juicio oral el 09 de julio de 2013, como se hizo.

Sexto. Es así que mediante sentencia del 23 de septiembre de 2013, de fojas ciento treinta y uno, se absolvió a Jova Colana Sosa, Isauro Raymundo Colana Sosa, Manuel Jesús Ascuña Chavera, Luis Alberto Moscoso Valencia y Marco Antonio Saavedra Jilapa de los cargos de la acusación fiscal por delito contra la Familia-omisión a la asistencia familiar (segundo párrafo del artículo 149 del Código Penal), en agravio de la menor Gisell Alejandra Valdivia Villalba, representada por su madre Karina Irene Villalba Condori y del Estado, representada por el Procurador Público encargado de los asuntos del Poder Judicial.

Séptimo. Apelada esta resolución por el Ministerio Público, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa por sentencia de vista del catorce de julio de dos mil catorce, revocó el extremo de la sentencia de primera instancia que absolvió a Jova Colana Sosa, Manuel Jesús Ascuña Chavera y Luis Alberto Moscoso Valencia de los cargos de la acusación fiscal por delito contra

la Familia-omisión a la asistencia familiar (segundo párrafo del artículo 149 del Código Penal), en agravio de la menor Gisell Alejandra Valdivia Villalba, representada por su madre Karina Irene Villalba Condori y del Estado, representada por el Procurador Público encargado de los asuntos del Poder Judicial; y reformándola los condenó como cómplices primarios del delito y agravados citados, a dos años y seis meses de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende por el plazo de dos años, bajo reglas de conducta y fijó en tres mil soles el monto que de forma solidaria deben abonar a favor de la agraviada Gisell Alejandra Valdivia Villalba y mil soles a favor del Estado.

Octavo. La defensa de los sentenciados Manuel Jesús Ascuña Chavera y Luis Alberto Moscoso Valencia interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista –ver fojas trescientos–, el mismo que fue concedido por resolución del 06 de agosto de 2014, obrante a fojas trescientos doce.

Noveno. Cumplido el trámite de traslado a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación del 06 de marzo de 2015, que declaró bien concedido el recurso de casación por la causal comprendida en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial en cuanto a la sentencia condenatoria dictada por la Sala de Apelaciones de un procesado absuelto en primera instancia.

Décimo. Producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública –con las partes que asistan–, en concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día 29 de marzo de 2016, a horas ocho y cuarenta y cinco de la mañana.

CONSIDERANDOS

1. Aspectos generales

Primero. Se imputa que el día 13 de septiembre de 2010, Karina Irene Villalba Condori, junto con su esposo Miguel Ángel Valdivia Colana, suscribieron un acta de conciliación de pensión alimenticia a favor de su hija Gisell Alejandra, por la cual éste se comprometía a una pensión de mil soles mensuales, además, del sesenta por ciento de las utilidades y liquidación que recibía.

Sin embargo, el 11 de octubre de 2010 Miguel Ángel Valdivia Colana, representado por su abogado Manuel Jesús Ascuña Chavera presentó un escrito de nulidad de la conciliación, luego, el 23 de noviembre de 2010, se emitió el auto de vista del 27 de enero de 2011, declarando improcedente el recurso de nulidad.

En ese contexto y conociendo los denunciados la conciliación aludida, Miguel Ángel Valdivia Colana y su madre Jova Sosa Colana, en forma concertada y con la finalidad que aquel se sustraiga a sus deberes, simularon una obligación alimentaria, procediendo la acusada a presentar demanda de alimentos el 25 de octubre de 2010 en contra de su hijo Miguel Ángel Valdivia Colana, la que fue declarada inadmisibles por el Juzgado de Paz de José Luis Bustamante; por lo que se presentó una subsanación el 8 de noviembre de 2010, autorizando el escrito el abogado Moscoso Valencia, para luego presentar en forma conjunta un escrito de transacción el 18 de noviembre de 2010, autorizando el mismo abogado Ascuña Chavera, transacción que fue aprobada. En la demanda la acusada Colana Sosa señaló domicilio en el inmueble de la urbanización Pedro Diez Canseco T-18 que resulta falso, ocurriendo lo mismo respecto al domicilio que se consignó para el demandado.

Segundo. Como se señaló en el auto de calificación de casación, habiéndose dado la condena de procesados, que en primera instancia fueron absueltos de los cargos atribuidos y que en virtud de dicha situación procesal, no plantearon recurso de apelación alguno, no habiendo en el caso específico, hecho uso de su derecho a la pluralidad de la instancia, merece la definición de un sentido interpretativo de la norma procesal contenida en el inciso 3 del artículo 425 del Código Procesal Penal. Por ello, indicó que en este caso excepcional, esta Corte Suprema de Justicia haciendo uso de su facultad discrecional considera necesario analizar la condena del absuelto.

2. La condena del absuelto

Tercero. El inciso 3 del artículo 425 del Código Procesal Penal establece una serie de poderes que tiene el Juez de Alzada frente a la impugnación contra la sentencia de primera instancia. El literal b) de la citada norma establece que si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a la enunciada por el Juez.

Cuarto. Esta causó una serie de pronunciamientos a nivel jurisprudencial y doctrinario¹ en cuanto a su constitucionalidad y viabilidad. Por ejemplo, la sentencia recaída en el expediente número 2008-01403-87-1308-JR-PE-1, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que revocó la sentencia de primera instancia absolutoria y reformándola condenó al acusado. En contra se puede citar la sentencia recaída en el expediente número 2008-12172-15 emitido por la Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que señaló que condenar al absuelto coloca al Tribunal Superior en una situación especial: emitiría una *reformatio in peius*. Por ello, declaró inaplicable, a este caso concreto, el apartado b) del inciso 3 del artículo 425 del Código Procesal Penal, elevando en consulta su decisión.

Quinto. Ello produjo que la Corte Suprema se pronunciara. La Consulta número 2491-2010-Arequipa, del 14 de septiembre de 2010, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social, señaló que la condena del absuelto no afecta la garantía de la doble instancia, pues reconoce condiciones de igualdad tanto a la parte acusada como a la parte acusadora, por lo que desaprobó la resolución consultada. En esa línea, la Sala Penal Permanente se pronunció en la sentencia de Casación número 195-2012-San Martín, del 05 de septiembre de 2013, que determinó que la condena del absuelto es posible sobre la base de actuación y valoración de prueba nueva en la audiencia de apelación, ya que no afecta el derecho a recurrir, por la posibilidad de acudir en casación, además, que no afecta la inmediación. Asimismo, estableció supuestos por los cuales es posible condenar al absuelto: i) Cambio de valoración de prueba que no requiere intermediación. ii) Cambio de valoración de prueba personal por actuación de prueba en segunda instancia. iii) Corrección de errores de derecho, lo que se estableció como doctrina jurisprudencial. Pese a todo este desarrollo, la decisión sobre el fondo fue declarar nula la sentencia de vista y de primera instancia, por afectación de la intermediación y motivación de las resoluciones, respectivamente. Este parecer tuvo eco en la sentencia de Casación número 40-2012-Amazonas, del 19 de septiembre de 2013, que reafirma la constitucionalidad de la condena del absuelto y, pronunciándose por el fondo del asunto, absolvió al recurrente.

Sexto. Posterior a ello, los pronunciamientos de la Sala Penal Permanente se fueron morigerando. La sentencia de Casación número 280-2013-Cajamarca, del 13 de noviembre de 2014, indica que al producirse la condena del absuelto se le deja al condenado sin un recurso eficaz, pues la Casación es muy restringida. En consecuencia, se debe crear un órgano jurisdiccional que tenga competencia para realizar un juicio integral de hecho y derecho sobre los aspectos que fundaron una sentencia condenatoria que en segunda instancia revoca una absolutoria. Por esto es que se declara nula la sentencia de vista y de primera instancia por vulneración al derecho a la motivación.

Séptimo. La Sentencia Casatoria número 385-2013-San Martín, del 05 de mayo de 2015, refirió que sí es posible condenar al absuelto, pero supeditado a la actuación probatoria en audiencia de apelación; no obstante, repite que se debe habilitar salas revisoras en cada Distrito Judicial que hagan el juicio de hecho y derecho en la condena en segunda instancia del absuelto o se habilite un recurso a este efecto. Sobre esa base, al pronunciarse sobre el fondo, se señaló que la sentencia de vista dio un sentido distinto a las declaraciones vertidas en el juicio oral, por lo que, actuando como sede de instancia confirmaron la absolución.

Octavo. La Casación número 194-2014-Ancash, del 27 de mayo de 2015, estableció que frente a la condena del absuelto el recurso de casación no es el adecuado, sino el de apelación; sin embargo, mientras no se habiliten Salas Revisoras en cada Distrito Judicial para que realicen el juicio del condenado por primera vez en segunda instancia o un medio impugnatorio adecuado para la condena del absuelto, se debe anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia para que, si en un nuevo juicio se le encontrara culpable del delito imputado, tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por medio de un recurso de apelación. Lo que es doctrina jurisprudencial, por lo que anuló las sentencias materia de recurso. Estas consideraciones fueron tomadas por la Casación número 542-2014-Tacna, del 14 de octubre de 2015 y repetidas como doctrina jurisprudencial en la Casación 454-2014-Arequipa, del veinte de octubre de 2015.

Noveno. En todas las sentencias se ha establecido la afectación que podría causar al derecho al recurso condenar al absuelto, pues, luego de la condena, la única posibilidad de impugnar que tiene el imputado es a través del recurso de casación, que es extraordinario², limitado al conocimiento de aspectos puntuales y tasados³, que no posibilitan la revisión de la valoración probatoria, vicios procesales, cuestiones de hecho y derecho⁴, como lo exige la normativa (artículo 14. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8. 2. de la Convención Americana de Derechos Humanos) y jurisprudencia internacional (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Herrera

Ulloa vs. Costa Rica, del 2 de julio de 2004, Barreto Leiva vs. Venezuela, del 17 de noviembre de 2009), que sí se satisfacen con el recurso de apelación.

Décimo. En consecuencia, como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia recaída en el caso Mohamed vs. Argentina, del 23 de noviembre de 2012, al declarar al Estado argentino como responsable por la violación del derecho a recurrir del fallo, consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la inexistencia de un recurso judicial que garantizara la revisión de la sentencia de condena [...] y la aplicación de unos recursos judiciales que tampoco garantizaron tal derecho a recurrir del fallo implicaron un incumplimiento del Estado del deber general de adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida. En el mismo sentido se puede ver en la Observación General N° 32, del 23 de agosto de 2007, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Décimo primero. Es decir, el Estado debe otorgar al condenado por primera vez en segunda instancia (condena del absuelto) un recurso que revise esta primera condena. No obstante, a pesar que esto se dijo en las Casaciones 280-2013-Cajamarca y 385-2013-San Martín; aún no se ha previsto este mecanismo, por lo que, queda latente la posibilidad de afectar el derecho al recurso.

Décimo segundo. Habida cuenta que el Juez no puede dejar de resolver, la única solución provisional posible es declarar nula la sentencia recurrida, pues de otra forma se afectaría el citado derecho, proceder que encuentra refuerzo si se considera que en ningún caso esta Corte Suprema convalidó la condena del absuelto.

Décimo tercero. Sin embargo, la solución de anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia es excesiva, pues una de las facultades de la Sala de Apelaciones frente al recurso respecto a la sentencia absolutoria es confirmarla, conforme con el artículo 425 del Código Procesal Penal y esta Corte Suprema que lo hizo en las sentencias Casatorias número 385-2013-San Martín y 40-2012-Amazonas. Incluso en el Código de Procedimientos Penales, que prohíbe la condena del absuelto por exigencias de intermediación, también prevé que se confirme la absolución.

Décimo cuarto. Esto es así pues la presunción de inocencia es un principio que informa todo el proceso penal, orienta su actividad y le establece reglas: i) De tratamiento del imputado. ii) Probatoria. iii) De juicio⁵. La última tiene que ver con la decisión final, luego del debate probatorio, así, si es que la parte acusadora no logra acreditar sus afirmaciones al no existir medios de prueba suficiente, se deberá absolver al procesado, asimismo, si existe tanto prueba de cargo como de descargo y el Juez no llega a la convicción, absolverá por el principio *in dubio pro reo*.

Décimo quinto. Con mayor razón, si se establece que existe prueba de la inocencia o el hecho es atípico, justificado, no culpable o no concurre una condición objetiva de punibilidad (lo que tiene relación con el principio de legalidad), se deberá absolver al procesado conforme al artículo dos, inciso veinticuatro, apartado e) de la Constitución Política del Estado.

¹ Vide: SALAS ARENAS, Jorge. Condena al absuelto: Reformatio in peius cualitativa. Idemsa, Lima, 2011. NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente. La condena del imputado absuelto en instancia única y recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal. Grilley, Lima, 2013. MORALES PARRAGUEZ, Baltazar. "La condena del absuelto en instancia única del nuevo Código Procesal Penal peruano: a propósito de la Ejecutoria de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente". En: Jus Liberabit. Año 1 – N° 06. Corte Superior de Justicia de Lima, junio de 2011; ORE GUARDIA, Arsenio. "Opinión para el VI Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema: La Condena del Absuelto" En: Materiales del VI Pleno Jurisdiccional. Disponible en línea: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/incipp_condena_del_absuelto.pdf>; VELÁSQUEZ DELGADO, Percy. "¿Condena en segunda instancia? A propósito del principio de intermediación. En: Actualidad Jurídica. Tomo 178, septiembre de 2008; REYES ALVARADO, Víctor Raúl. "La Casación N° 195-2012-Moquegua (que establece los supuestos en que procede la 'condena del absuelto') vs. la sentencia de la Corte IDH en el caso Mohamed vs. Argentina". En: Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 69. Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2015; SÁNCHEZ CORDOVA, Juan Humberto. "La viabilidad de la aplicación de la condena del absuelto en la Jurisprudencia". En: Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 69. Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2015; VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. "El recurso eficaz y el derecho fundamental a la pluralidad de la instancia en el marco de la doctrina jurisprudencial sobre la condena del absuelto". En: Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 69. Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2015; VARGAS YSLA, Roger Renato. "La condena del absuelto en el CPP de 2004 y el derecho del condenado a un recurso amplio e integral: especial referencia a la Casación N° 195-2012-Moquegua". En: Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 69. Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2015.

² El Juez de casación no puede, por expresa prohibición de la Ley, juzgar el mérito de la causa, reservada a los jueces inferiores, sino que sólo puede conocer de los errores que el Juez de apelación haya cometido, sea está in iudicando, o también in procedendo; y por tanto, de los correspondientes vicios de que pueda estar afectada la sentencia. ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen II. Buenos Aires, Editorial Desalma, 1976, pp. 391 y 392.

³ GIMENO, Vicente. Derecho Procesal Penal. Thomson Reuters, Madrid, 2012, p. 837.

⁴ NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente. Ob. cit., p. 77.

⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. Prueba y presunción de inocencia. Iustel, Madrid, 2005, p. 150 y ss.

Décimo sexto. Esta facultad puede ser ejercida incluso por la Corte Suprema en sede de casación para no afectar al procesado que debe ser absuelto, pues de otra forma se vulneraría el principio de plazo razonable, que es un derecho para el procesado de que el tiempo en que se ve involucrado en un proceso penal, teniendo la carga de comparecer al proceso, no sea indefinido, o dure más allá de lo razonable, para analizar esta se deben valorar tres criterios: i) La complejidad de la causa (número de cargos, procesados, agravios, testigos, medios de prueba, la gravedad del ilícito, otras condiciones que harían demorar el trámite del proceso). ii) Actividad del agente estatal (Juez, Fiscal). iii) Actividad de la defensa del inculpado.

3. Análisis del caso concreto

Décimo séptimo. Conforme se advierte del *iter* procesal, el procesado en primera instancia fue absuelto y en la segunda, condenado, sin tener la posibilidad de recurrir esta primera condena como exige la normativa internacional, por lo que correspondería la nulidad de la resolución.

Décimo octavo. Sin embargo, al analizar las sentencias de primera y segunda instancia se advierte que se señala que Luis Alberto Moscoso Valencia actuó como abogado de Jova Colona Sosa en la causa contra Miguel Ángel Valdivia Colana, pero luego de dieciséis días actuó como abogado de este último; pero estos datos probados no son suficientes para dar por acreditado que dolosamente el imputado colaboraba para que la agraviada Gisell Alejandra Valdivia Villalba no recibiera sus alimentos; es decir, este solo hecho no corrobora su participación dolosa en la simulación del proceso de alimentos.

Décimo noveno. Respecto a Manuel Jesús Ascuña Chavera se indica que desde un inicio conoció la conciliación suscrita por Miguel Ángel Valdivia Colana reconociendo los alimentos a favor de su menor hija, pero que él presentó escrito de nulidad de aquella conciliación, haciendo participar en dicho proceso a Moscoso Valencia, para, inmediatamente, intervenir elaborando la transacción entre la acusada Colana Sosa y su hijo. Pero esto describe actos de abogacía, no se ha probado que haya actuado con dolo para ilegalmente restarle los alimentos a la agraviada.

Vigésimo. Además, se debe considerar que los hechos datan desde 13 de septiembre de 2010 y recién se acusó el 08 de febrero de 2012, desde esa fecha a la actualidad han transcurrido cuatro años, que es un exceso para un delito de una penalidad mínima, incluso en el transcurso del proceso falleció el autor del delito; por lo que el imputado no puede verse perjudicado por esta demora. En consecuencia, se debe resolver de acuerdo con el artículo 2, inciso 24, apartado e) de la Constitución Política del Estado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADOS** los recursos de casación interpuestos por los procesados Manuel Jesús Ascuña Chavera y Luis Alberto Moscoso Valencia, contra la sentencia de vista de fecha catorce de julio de dos mil catorce, de fojas doscientos

sesenta y cinco, que declaró fundada en parte la apelación interpuesta por el representante del Ministerio Público; y en uno de sus extremos, revocó la mencionada sentencia, en cuanto absolvió a Manuel Jesús Ascuña Chavera y Luis Alberto Moscoso Valencia de los cargos formulados en su contra por el delito de omisión a la asistencia familiar, en agravio de la menor Gisell Alejandra Valdivia Villalba, representada por su madre Karina Irene Villalva Condori y del Estado, representado por el Procurador Público encargado de los asuntos del Poder Judicial; y reformándola declararon a Manuel Jesús Ascuña Chavera y Luis Alberto Moscoso Valencia, cómplices primarios del delito de omisión a la asistencia familiar, en agravio de la menor Gisell Alejandra Valdivia Villalba, representada por su madre Karina Irene Villalva Condori y del Estado, representado por el Procurador Público encargado de los asuntos del Poder Judicial. En consecuencia: **nula** la citada sentencia de vista del catorce de julio de dos mil catorce.

II. Actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia que absolvió a Manuel Jesús Ascuña Chavera y Luis Alberto Moscoso Valencia de los cargos formulados en su contra por el delito de omisión a la asistencia familiar, en agravio de la menor Gisell Alejandra Valdivia Villalba, representada por su madre Karina Irene Villalva Condori y del Estado, representado por el Procurador Público encargado de los asuntos del Poder Judicial.

III. **DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes penales, judiciales y policiales que se hubieren generado en contra de los precitados encausados, a causa del presente proceso penal; y, archívese definitivamente el proceso.

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

V. **ESTABLECER** como doctrina jurisprudencial vinculante el sentido del fundamento décimo segundo y décimo tercero de la parte considerativa de la presente ejecutoria.

VI. **ORDENAR** se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal, para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial "El Peruano".

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

S. S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI

NEYRA FLORES

J-1522443-1

SUSALUD

TRIBUNAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

ACUERDO N° 005-2017

Los señores Vocales miembros del Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud –SUSALUD, en Sesión de Sala Plena N° 005-2017 de fecha 07 de marzo del 2017, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1) del artículo 26° del Decreto Legislativo N° 1158, por unanimidad, han emitido el siguiente precedente administrativo de observancia obligatoria, cuyo Acuerdo se transcribe a continuación:

Asunto: PRECEDENTE ADMINISTRATIVO DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA ACERCA DE LA IDENTIFICACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LAS IAFAS PREPAGADAS

ACUERDO N° 005-2017

La señora Presidenta del Tribunal expresó que, atendiendo a lo dispuesto en la Sesión de Sala Plena N° 004-2017 de fecha 20 de febrero del año en curso, la Secretaría Técnica del Tribunal ha presentado la propuesta del texto referido al precedente de observancia obligatoria sobre la Identificación

de Cláusulas Abusivas para las IAFAS prepagadas; el mismo que se pone a consideración de los miembros de la Sala Plena:

ANTECEDENTES

1. El Reglamento de Infracciones y Sanciones de SUSALUD - RIS contiene una serie de conductas calificadas como infracciones, debido a que contravienen el ordenamiento jurídico y los derechos de los usuarios del sector salud; no obstante, existen algunas conductas infractoras tipificadas que no cuentan con una disposición de SUSALUD sobre aspectos que son materia de su regulación. Tal situación no debe conllevar a vaciar de contenido las infracciones tipificadas, pues implicaría que conductas sancionables administrativamente no puedan imputarse por la falta de regulación propia de SUSALUD a las entidades bajo su competencia, pese a la existencia de normativa supletoria que sería aplicable para dar contenido a las conductas tipificadas en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de SUSALUD - RIS.

2. Por ejemplo, el numeral 8) del Anexo I: Infracciones Aplicables a las IAFAS, Anexo I-A: Infracciones aplicables a las IAFAS contempladas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9 y 10 del artículo 6° del D.L. 1158, Infracciones Graves, del Reglamento de Infracciones y Sanciones de SUSALUD - RIS, aprobado por Decreto Supremo N° 031-2014-SA, califica como una conducta infractora grave aplicable a las IAFAS, el incluir en sus contratos con los afiliados, empleadores o quienes

los representen, cláusulas abusivas o que contravengan la normativa vigente¹.

3. De otro lado, tenemos que dentro de la enumeración de Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud - IAFAS establecida en el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1158, se encuentran las Entidades de Salud que ofrecen servicios de salud prepagadas, las cuales no se encuentran bajo el ámbito de competencia de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones - SBS². En consecuencia, las referidas IAFAS se rigen por la regulación normativa emitida por SUSALUD conforme a lo establecido en el numeral 6) del artículo 8° de la Ley N° 1158, que dispone medidas destinadas al fortalecimiento y cambio de denominación de la Superintendencia Nacional de Salud, modificado por Decreto Legislativo N° 1289.

4. En el marco de dicha atribución, SUSALUD emitió diversas disposiciones aplicables a las IAFAS prepagadas, entre ellas, la Resolución de Superintendencia N° 047-2008-SEPS/CD, Normas para el contenido mínimo de los contratos que celebran las Entidades que Prestan Servicios de Salud Prepagados con sus afiliados, y el Texto Único Ordenado del Reglamento de Autorización de Organización, Funcionamiento y Registro de las IAFAS, aprobado por Resolución de Superintendencia N° 168-2015-SUSALUD/S. No obstante, no se advierte una disposición normativa específica aplicable a las IAFAS prepagadas, que defina las cláusulas abusivas y su alcance.

ANALISIS

1. El artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1158 modificado por el Decreto Legislativo N° 1289, contempla las funciones generales de la Superintendencia Nacional de Salud -SUSALUD, entre la que se encuentra la identificación de cláusulas abusivas en los contratos o convenios que suscriben las IAFAS con los asegurados o entidades que los representen, según las disposiciones legales en materia de Protección y Defensa del Consumidor, con excepción de las pólizas de seguros de las Empresas de Seguros bajo el control de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones - SBS³.

2. Por su parte, la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Superintendencia Nacional de Salud -SUSALUD, precisa que en todo lo no previsto por este Reglamento, se aplicará lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, así como la Ley N° 26842, Ley General de Salud, y la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en lo que resulten pertinentes; estableciendo con ello la aplicación supletoria de las normas citadas.

3. Por ende, estando a lo antes expuesto, este Tribunal considera que si bien la normativa propia de SUSALUD no establece la definición y alcance de las cláusulas abusivas, existen disposiciones especiales que permiten llenar ese vacío normativo, teniendo en cuenta que dichas disposiciones resultan de obligatorio cumplimiento, por lo que su contenido debe ser considerado para la delimitación y alcance de las infracciones tipificadas conforme a lo señalado en la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento de Infracciones y Sanciones de SUSALUD - RIS, aprobado por Decreto Supremo N° 031-2014-SA.

4. En tal sentido, en cuanto a la definición y alcance de las cláusulas abusivas, si bien la normativa propia de SUSALUD aplicable a las IAFAS prepagadas no la contempla; sin embargo, el artículo 49° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, brinda una definición y alcance de tales cláusulas abusivas⁴, la cual debe ser tomada en cuenta para llenar de contenido a la conducta infractora tipificada en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de SUSALUD - RIS.

5. Que el artículo 26° del Decreto Legislativo N° 1158, que dispone medidas destinadas al fortalecimiento y cambio de denominación de la Superintendencia Nacional de Salud, en concordancia con el artículo VI del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, otorga al Tribunal de SUSALUD la facultad de establecer precedentes de observancia obligatoria que interpreten de modo expreso el sentido y alcance de normas de competencia institucional; disposición recogida, también, en el inciso a) del artículo 27° del Reglamento Interno del Tribunal de SUSALUD, aprobado por Resolución de Superintendencia N° 172-2015-SUSALUD/Sz.

6. Sobre el particular, la potestad de emitir precedentes de observancia obligatoria es una manifestación del principio de predictibilidad que orienta los procedimientos administrativos, instaurándose como una garantía para que el administrado pueda conocer, desde su inicio, el resultado del procedimiento, contribuyendo de esta manera a disminuir los costos de transacción tanto para el particular como para el Estado.

ACUERDO:

Visto y considerando los fundamentos antes expuestos, luego del debate correspondiente, los vocales del Tribunal

reunidos en Sala Plena, por unanimidad, acordaron establecer el siguiente criterio de interpretación que constituye precedente de observancia obligatoria:

1. Cuando se verifique que las conductas calificadas como infracciones en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de SUSALUD - RIS, no cuenten con una disposición propia de la Superintendencia Nacional de Salud -SUSALUD sobre aspectos materia de su regulación, se analizará el contenido de las referidas conductas a través de la normativa de aplicación supletoria que resulte de obligatorio cumplimiento, en lo que fuere pertinente, conforme a lo señalado en la Primera Disposición Complementaria Final del citado Reglamento.

En ese sentido, si bien la normativa propia de SUSALUD aplicable a las IAFAS prepagadas no contempla la definición y alcance de las cláusulas abusivas; sin embargo, el artículo 49° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, brinda tales elementos que llenan de contenido la conducta infractora tipificada en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de SUSALUD - RIS, el cual resulta aplicable a los proveedores privados de cualquier sector. En consecuencia, la autoridad administrativa correspondiente debe tomar en cuenta lo estipulado en dicho marco normativo para analizar si se ha configurado o no la inclusión de cláusulas abusivas.

2. Disponer la publicación del presente Acuerdo que constituye precedente de observancia obligatoria en el Diario Oficial El Peruano y en el Portal web de la Superintendencia Nacional de Salud.

3. Encargar a la Secretaria Técnica del Tribunal comunicar este Acuerdo a la Superintendente Nacional de Salud.

Firmado:

MARLENE LEONOR RODRÍGUEZ SIFUENTES
Presidenta del Tribunal de SUSALUD

JOSÉ ANTONIO ARÓSTEGUI GIRANO
Vocal

JUAN CARLOS BUSTAMANTE ZAVALA
Vocal

CHRISTIAN GUZMÁN NAPURÍ
Vocal

JOSÉ HUGO RODRÍGUEZ BRIGNARDELLO
Vocal

LEYSSER LUGGI LEÓN HILARIO
Vocal

ENRIQUE ANTONIO VARSÍ ROSPIGLIOSI
Vocal

CECILIA DEL PILAR CORNEJO CABALLERO
Secretaria Técnica del Tribunal

¹ DECRETO SUPREMO 031-2014-SA. REGLAMENTO DE INFRACCIONES Y SANCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD - SUSALUD. ANEXO I. INFRACCIONES APLICABLES A LAS IAFAS. ANEXO I-A. Infracciones aplicables a las IAFAS contempladas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9 y 10 del artículo 6° del D.L. 1158. Infracciones Graves.

(...)
⁸ Incluir en sus contratos con los afiliados, empleadores o quienes los representen, cláusulas abusivas o que contravengan la normativa vigente.

² Cuya competencia se encuentra establecida en la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, así como en el Decreto Legislativo N° 1051, que modifica la Ley N° 27181, Ley General del Transporte Terrestre.

³ Actualmente, contemplado en el numeral 14 del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1158, debido a que tal dispositivo fue modificado por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1289, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 29 de diciembre de 2016.

⁴ LEY N° 29571. CODIGO DE PROTECCION Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 49.1 - Definición de cláusulas abusivas -
49.1 En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inaplicables todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos.
49.2 Para la evaluación de las cláusulas abusivas, se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.