



Delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de asesinato

Sumilla. Las pruebas de cargo permiten sustentar, la responsabilidad penal de los procesados en el delito incriminado.

La sola presencia en el lugar de los hechos en calidad de observador no es suficiente para imputarle una intervención en calidad de cómplice secundario.

La responsabilidad se “excluye” cuando esta es producto de una mera constatación de los hechos; y, se “atribuye” en mérito a un juicio valorativo, de imputación o atribución normativo entre “el hecho el autor y el tipo penal”, quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Lima, treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por los encausados Alfredo GAMARRA MARTÍNEZ, Ángel ATACHAGUA ORNETA y Miguel GAMARRA MARTÍNEZ contra la sentencia del veintisiete de abril de dos mil quince, de fojas novecientos veinticuatro, que los condenó en calidad de coautores y cómplice secundario del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de homicidio calificado por alevosía [artículo ciento ocho, numeral tres, del Código Penal], en agravio de Jacinto Marcial Tineo Cercedo, imponiendo a Alfredo Gamarra Martínez y Ángel Atachagua Ornetá veintiún años de pena privativa de libertad, y a Miguel Gamarra Martínez doce años de pena privativa de libertad, y fijó el monto de treinta unidades de referencia procesal por concepto de reparación civil a favor de los herederos legales del agraviado en forma solidaria bajo apercibimiento de embargo. De conformidad en parte con el dictamen del Señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo RODRÍGUEZ TINEO.

CONSIDERANDO

PRIMERO. Que, los encausados Alfredo GAMARRA MARTÍNEZ, Miguel GAMARRA MARTÍNEZ y Ángel ATACHAGUA ORNETA, en sus recursos de nulidad formalizado de fojas novecientos cincuenta y cuatro y novecientos setenta y cinco, respectivamente, sostienen lo siguiente:

- i) *Con relación a Alfredo Gamarra Martínez*
 - a) Que, se declare procedente la desvinculación del tipo penal de homicidio calificado por el de homicidio simple por haberse encontrado en estado de



ebriedad, en consecuencia debe rebajarse la pena en aplicación del artículo veintiuno del Código Penal referente a la responsabilidad atenuada.

- b) Que, su participación en los hechos responde a un ejercicio del derecho a la legítima defensa, producto de la gresca que se suscitó entre los procesados y el agraviado, en consecuencia, no ha existido planificación, preparación ni estudio para la perpetración del delito de homicidio. Asimismo, que los testigos Juan Marcos Cercedo Simón y Feliz Eduardo Tineo Cercedo, no han asistido al juicio oral para ratificar su incriminación.

ii) Con relación a Miguel Gamarra Martínez

- a) Que Félix Eduardo Tineo Cercedo y el menor Juan Marcos Cercedo Simón, testigos presenciales del hecho, en ningún momento lo sindicaron como la persona que agredió a Jacinto Marcial Tineo Cercedo. Asimismo, que estos testigos no prestaron sus declaraciones ni en sede judicial ni en el juicio oral. Agrega que, los procesados Atachagua Ormeta y su hermano Alfredo Gamarra Martínez no afirman que haya participado en el hecho delictivo.

- b) Que, la Sala Superior no ha permitido la presencia de Félix Eduardo Tineo Cercedo y Juan Marcos Cercedo Simón, a pesar que el abogado defensor del procesado Atachagua Ormeta los ofreció como testigos en el juicio oral.

iii) Con relación a Ángel Atachagua Ormeta

- a) Que, la declaración del testigo Tineo Cercedo referente a que en el momento de los hechos tenía en su poder piedras y botellas para atacarlos se contrapone con el acta de levantamiento y certificado de necropsia; asimismo que entre estos testigos existe contradicción con respecto a quien fue la persona que rompió las llantas de la moto, o si fue él o el procesado Miguel Gamarra; que en el caso hipotético de haber asesinado al agraviado éste lo hizo en legítima defensa.

SEGUNDO. Que, en la acusación fiscal de fojas cuatrocientos dos, se señala que con fecha ocho de enero de dos mil doce, aproximadamente a las dieciséis horas, el agraviado Jacinto Marcial Tineo Cercedo, conjuntamente con su hermano Félix Eduardo Tineo Cercedo y su primo el menor de edad Juan Marcos Tineo Cercedo, se encontraban disfrutando de una fiesta de aniversario en el caserío Sogobamba – Acomayo, y al promediar las veintitrés horas, el agraviado Jacinto Marcial Tineo Cercedo, se percató que en dicho lugar también se encontraban los procesados Alfredo Gamarra Martínez, Ángel Atachagua Martínez y Miguel Gamarra Martínez, siendo el caso que la víctima se dirigió hacia Alfredo Gamarra Martínez, a quien le grito “cuñado” situación que generó una gresca entre ambos.



Posteriormente, la víctima y sus mencionados acompañantes se quedaron en la referida fiesta, libando licor, y luego a las dos horas aproximadamente, del día siguiente, ellos decidieron retirarse del lugar a bordo de la motocicleta conducida por este último, y fueron esperados por los procesados antes de llegar a la curva a unos kilómetros de la carretera central Huánuco – Tingo María quienes les lanzaron múltiples piedras para obligarlos a detenerse, además aprovechando lo desolado del lugar, la oscuridad de la noche y la situación de ebriedad de los agraviados, los procesados Alfredo Gamarra Martínez y Atachagua Martínez atacaron y agredieron violentamente a Félix Eduardo Tineo Cercedo, seguidamente éste el inculpado Gamarra Martínez lesionó a este último en el pecho con un cuchillo – provocándole una herida punzo cortante de un centímetro, después de ello, le causó con esta misma arma al agraviado, Jacinto Marcial Tineo Cercedo, una herida punzo cortante en el tórax, en la pierna izquierda y varios golpes en el cuerpo, en tanto que su coacusado Atachagua Martínez aprovechando que tenía en su poder un pico de botella también infirió varios cortes en el cuerpo de la víctima ocasionándole la muerte. Asimismo, con la finalidad de que los agraviados no pudieran auxiliar al extinto agraviado Jacinto Marcial Tineo Cercedo, los encausados cortaron las llantas de la motocicleta del menor Juan Marcos Cercedo Simón con el cuchillo y pico de botella que llevaban, fugando del lugar conjuntamente con su co-inculpado Miguel Gamarra Martínez, quien estaba en el lugar en y en el momento que sucedieron los hechos, vigilando que nadie se acercara allí.

TERCERO. Que, respecto a la materialidad del delito se encuentra acreditado con: a) el acta de levantamiento de cadáver de fojas veinticinco, que hace constar las lesiones y heridas de la víctima, b) el certificado de necropsia de fojas veintisiete, allí se describe que la causa de muerte es herida punzocortante en tórax y miembro inferior izquierdo; y, c) el protocolo de necropsia de fojas ciento cincuenta y seis, ratificado a fojas ciento ochenta y siete, que concluye que el cadáver del agraviado Tineo Cercedo, sufrió de herida punzo cortante en tórax y miembro inferior izquierdo, lo cual le ocasionó pérdida masiva de sangre, desencadenando shock hipovolémico y muerte, siendo la causa de esta última: herida producida por arma blanca.

CUARTO. Que, para llegar a la certeza respecto a la responsabilidad penal o no del encausado, el Juzgador tiene que generar una minuciosa y ponderada actuación probatoria suficiente, y no de manera aislada o fragmentaria; que, *en el caso sub examine*, compulsado los agravios esgrimidos por los acusados Alfredo Gamarra Martínez y Angel Atachagua Ormota dentro de un contexto probatorio y lo valorado en el juicio oral, de autos se tiene que ha quedado acreditada fehacientemente la responsabilidad en la comisión del ilícito penal de “Homicidio calificado-alevosía” tipificado en el inciso tres del artículo ciento ocho del Código Penal. Que, el juicio de imputación normativo ha quedado acreditado, si bien el



procesado Gamarra Martínez, en su manifestación policial de fojas diecinueve, en presencia del representante del Ministerio Público, así como en su declaración instructiva obrante a fojas ciento setenta y siete, niega su responsabilidad en los hechos, también es cierto que en el plenario, en la audiencia de juicio oral obrante a fojas ochocientos cuarenta y ocho, aceptó su responsabilidad penal, señalando que el día en que sucedieron los hechos se encontraba en una fiesta conjuntamente con sus co-procesados y el agraviado libando licor, que posteriormente cuando se dirigían a su casa han sido alcanzados por el agraviado y otras personas produciéndose una gresca, que el agraviado con un cuchillo ha lesionado al procesado Atachagua Ornetá, y ante tal situación ha intervenido en la pelea logrando quitarle el cuchillo al agraviado para luego introducirlo en el cuerpo de éste último, encontrándose arrepentido de su accionar.

QUINTO. Por otro lado, si bien el procesado Atachagua Ornetá en su manifestación policial de fojas once, reconoce que existió una pelea con el agraviado, y en sesión de audiencia de juicio oral obrante a fojas ochocientos dieciocho, afirmó que el agraviado le dio una patada y que luego lo hincaron con un cuchillo a la altura de la costilla izquierda, no observando quién fue el que lo lesionó con el arma cortante, no recordando que pasó luego, en autos obra lo señalado por el testigo Juan Marcos Cercedo Simón, quien en su manifestación policial obrante a fojas siete, en presencia del representante del Ministerio Público, afirmó que el día de los hechos se encontraban en una fiesta, y que su primo el agraviado Tineo Cercedo le dijo de broma "cuñado" al procesado Alfredo Martínez Gamarra ocasionándole una molestia a éste; que posteriormente cuando todos se habían retirado del lugar, estos en una moto se dirigieron camino a su casa y cuando se encontraban por una curva de la carretera central, una piedra cayó en el tanque del vehículo, otra en la cabeza del agraviado, ante tal situación éste último tuvo que detenerse, momentos en que el procesado Alfredo Gamarra Martínez atacó al agraviado incrustándole un cuchillo, y que el procesado Atachagua Ornetá lo ayudó en todo momento e incluso le infirió cortes con una botella al agraviado; que, dicha versión inculpativa se corrobora con lo señalado por el testigo Félix Eduardo Tineo Cercedo, quien en su manifestación policial de fojas tres, en presencia del representante del Ministerio Público, afirmó que los actuantes son estos procesados y que además el encausado Atachagua Ornetá, portaba piedras, botellas de cerveza en la mano y les impidió el pase vial para auxiliar al agraviado; que, lo últimamente señalado por el testigo, tiene un respaldo probatorio con el acta de inspección técnico policial de fojas veintiséis, donde consta que en el lugar de los hechos, se halló un vehículo automotor color negro, el mismo que presenta cortes punzo cortantes en la parte trasera y delantera de las llantas, ocasionado al parecer por un arma blanca, de igual forma, se encontraron restos de botella de vidrio, asimismo con las fotografías que obran a fojas ciento cinco a ciento nueve, observándose que en el lugar de los hechos se hallaron dos piedras manchadas de sangre; en este



sentido, se advierte que estos procesados se encontraron ante la presencia de una comunidad objetiva de intervinientes donde cada uno de ellos realiza una aportación objetiva esencial fundada en un reparto de trabajo de tal forma que en la relación objetiva de los aportes *“se produce una comunidad, pero tan sólo debido a la prestación de los aportes en un contexto que les acredita como referidos los unos a los otros, producidos colectivamente”* (LESCH, Heiko H., Intervención delictiva e imputación objetiva, traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez – Trilles, Bogotá mil novecientos noventa y cinco, página noventa y ocho); en consecuencia, habiéndose enervado la presunción de inocencia que le asiste a todo justiciable, lo resuelto por el Colegiado Superior en este extremo se encuentra conforme a ley.

SEXTO. Que, con relación a los demás agravios esgrimidos por la defensa del procesado Alfredo Gamarra Martínez y Ángel Atachagua Ornetá, referidos a la legítima defensa, su estado de ebriedad en el momento de los hechos, la desvinculación del tipo penal y el deber de presencia de los testigos de cargo en el juicio oral; agregando el procesado Ángel Atachagua que los testigos Tineo Cercedo referente a que estuvo con piedras y botellas para atacarlos se contraponen con el acta de levantamiento y certificado de necropsia; del análisis de los actuados no se advierte la presencia de esta causa de justificación, que por el contrario el procesado Alfredo Gamarra actuó con alevosía conforme ha quedado acreditado por la propia versión de éste y las pruebas periféricas de los testigos antes analizadas; con relación a que se encontraba en estado de ebriedad, si bien afirma que el día de los hechos estuvo presente en la fiesta, también es cierto que en autos no obra la prueba de alcoholemia o toxicológica que permita acreditar tal afirmación; con relación a que no habría quedado acreditado que su accionar en el homicidio fue en modalidad de alevosía debiéndose desvincular del tipo de homicidio calificado a homicidio simple, en principio, la desvinculación de un tipo penal a otro más allá de que esté permitida por el legislador hasta antes de la sentencia y con conocimiento de las partes a efectos de no generar indefensión, ésta procede cuando los hechos materia de imputación se adecuarían a otra estructura normativa típica distinta a la propuesta en la acusación fiscal, claro está en la medida que se trate del mismo bien jurídico etc.; sin embargo, en el presente caso, de proceder una desvinculación del tipo penal, el delito al que finalmente los hechos se adecuarían debe ser otro, no obstante, se trata del mismo tipo penal “delito de homicidio”, en tanto que lo que en el fondo pretende el recurrente es la exclusión de la agravante de alevosía, situación que no se condice con el instituto procesal de la desvinculación, tal proceder no resulta atendible; no obstante ello, tampoco procede la exclusión de la agravante, toda vez que su responsabilidad como ya se ha analizado en el considerando anterior ha quedado acreditada; con relación a que los testigos debieron asistir al juicio oral, este argumento no es suficiente para dejar de enervar su presunción de inocencia, toda vez que estos testigos declararon ante el representante del Ministerio Público, sobre todo cuando el procesado Alfredo Gamarra Martínez en juicio oral reconoce que fue él



quien incrustó el cuchillo al agraviado y el en caso del procesado Ángel Atachagua Ornetá a nivel preliminar reconoce haber participado en la gresca y que ha lesionando al agraviado; y si bien en juicio oral sólo afirma que ha sido lesionando y no recuerda que pasó luego, este argumento es considerado como parte de su defensa; finalmente referente a que los testigos Tineo Cercedo y Cercedo Simón señalaron que el procesado Atachagua Ornetá estuvo con piedras y botellas para atacarlos se contraponen con el acta de levantamiento y certificado de necropsia; tal aseveración no resulta cierta, toda vez que conforme al acta de inspección técnico policial de fojas veintiséis y fotografía de fojas ciento cinco, se constata la presencia de tales objetos en el lugar de los hechos; finalmente, en autos obra también el acta de levantamiento de cadáver de fojas veinticinco, que hace constar las lesiones y heridas de la víctima, b) el certificado de necropsia de fojas veintisiete, allí se describe que la causa de muerte es herida punzocortante en tórax y miembro inferior izquierdo; y, c) el protocolo de necropsia de fojas ciento cincuenta y seis, ratificado a fojas ciento ochenta y siete, que concluye que el cadáver del agraviado Tineo Cercedo, sufrió de herida punzocortante en tórax y miembro inferior izquierdo, lo cual le ocasionó pérdida masiva de sangre, desencadenando shock hipovolémico y muerte, siendo la causa de esta última: herida producida por arma blanca; en consecuencia, estos agravios no resultan atendibles.

SÉPTIMO. Que, con relación a los agravios esgrimidos por la defensa del procesado Miguel Gamarra Martínez, estos resultan ser atendibles toda vez que en autos no ha quedado acreditada su responsabilidad penal por el delito de homicidio calificado con la agravante de alevosía; que, dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal. Por un lado, el artículo dos, numeral veinticuatro, literal c), de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo doscientos ochenta y tres del Código de Procedimientos Penales, que dispone que los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados por los Jueces con criterio de conciencia; estos deben de efectuarse sobre la base de una actividad probatoria concreta –nadie puede ser condenado sin pruebas y que estas sean de cargo–, jurídicamente correcta –las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles–, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia –determinadas desde parámetros objetivos– o de la sana crítica, razonándola debidamente.

OCTAVO. Que, en rigor a lo antes expuesto, un primer punto de reflexión está en analizar en qué consistió el análisis probatorio y el juicio de imputación normativo efectuado por el Colegiado Superior para arribar a la certeza sobre la responsabilidad penal de éste procesado en calidad de cómplice secundario; así, del análisis de la revisión de la sentencia de vista obrante a fojas novecientos



veinticuatro, respecto a la responsabilidad de Miguel Gamarra Martínez, éste consideró que *“ha quedado probada su responsabilidad por la declaración de Juan Marcos Cervedo Simón a fojas siete a fojas diez pregunta cinco donde señaló que Alfredo Gamarra Martínez y no a Miguel Gamarra como autor de los hechos, lo que significa que éste tuvo otra clase de participación (...) pudiéndose colegir que la participación de éste fue la de haber participado observando los resultados de la gresca todo ello se desprende de que sí estuvo en el lugar de los hechos pues él prestó auxilio al procesado Atachagua Ornetá cuando este fue herido y no haber prestado auxilio al agraviado permitiendo la muerte de éste, lo que se encuentra debidamente motivado con las declaraciones instructivas del propio procesado Miguel Gamarra, de fojas ciento setenta y cuatro, cuando señala que estuvo presente en la primera parte de los hechos y prestó auxilio al procesado Atachagua Ornetá, corroborado con la declaración de éste último quien acepta haber sido auxiliado por el procesado Miguel Gamarra”* concluyendo la Sala Superior que *“colaboró para facilitar al autor en la consumación del hecho, puesto que estuvo en la etapa de la preparación del mismo y en la etapa de ejecución, demostrándose también que su participación ha sido de campana habiendo el mismo señalado que se encontraba observando los hechos, lo que significa, que se encargaba de vigilar la eventual presencia de terceras personas que obstaculizaran la comisión del delito”*.

NOVENO. Que, expuesto así expresamente el análisis de la Sala Superior, se advierte que ésta realiza una errónea interpretación de los hechos, producto de un inadecuado juicio de imputación normativo así como una insuficiente actividad probatoria para adecuar la intervención delictiva de este procesado al instituto penal de complicidad secundaria en los hechos materia de imputación. En principio, el artículo veinticinco del Código Penal, respecto a la complicidad secundaria señala: *“El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena”*. Siendo así, el partícipe ni realiza él sólo un injusto diferente al del autor, ni colabora o auxilia en la realización por éste del injusto, sino que co-realiza, con y a través del autor, **“el único injusto”**, el definido por el tipo penal específico de que se trate, mediante su integración en el injusto del autor que, desde ese momento, ya no le pertenece sólo al autor sino a ambos; en este sentido, si el partícipe sabe que su aporte sirve a los planes del autor, que le ayuda, entonces está actuando como tal; en tal caso, la percepción que el sujeto tenga de que conforma una **“comunidad delictiva”** no le hace formar parte de él, sólo si socialmente se entiende que el único sentido de lo que hacía es de integrarse en el injusto de otro, puede entonces afirmarse que el injusto pertenece también al partícipe y no sólo al autor (MIRÓ LLINARES, Fernando. *“Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito”*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 144)



DÉCIMO. Que, en este sentido, si bien el Colegiado Superior considera que la sola presencia en el lugar de los hechos, así como no auxiliar al agraviado y sí a uno de los procesados, resulta relevante para atribuirle tal comportamiento la calidad de cómplice secundario; sin embargo, no ha valorado tal comportamiento como una unidad de sentido jurídico-penal, sobre todo, cuando no estuvo atento al artículo VII. del Título Preliminar de los Principios Generales del Código Penal, establece con rigor que: *“La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”*; es decir, la responsabilidad penal debe revestir un adecuado juicio de imputación normativo (objetivo y subjetivo), así como un correcto juicio de la culpabilidad, ello con la finalidad de que la responsabilidad no sea una simple constatación fáctica de los hechos sino un juicio valorativo y normativo de “atribución entre los hechos, el autor y el tipo penal”. En este sentido, la sola presencia del procesado observando los hechos, así como auxiliar al procesado y no a la víctima, es un comportamiento causal en los hechos sin unidad de sentido típico, pues este no aporta la creación de un riesgo prohibido o la infracción de un deber negativo de colaborar dolosamente de cualquier modo prestando asistencia en el injusto penal, toda vez que, se requiere además de la simple presencia en el lugar de los hechos, un aporte que si bien no sea determinante, por tratarse de una complicidad secundaria, éste se configure dentro del injusto normativo del tipo penal y no un simple o eventual comportamiento natural o causal en el contexto de los hechos, esta delimitación entre lo natural y normativo, es recogida por el Código Penal en el artículo antes mencionado con carácter de sanción de proscripción o “de exclusión”, a toda forma de responsabilidad meramente objetiva. En consecuencia, no se ha logrado acreditar que el procesado Miguel Gamarra Martínez haya cumplido un rol de cómplice secundario, es decir que su aporte contribuya al injusto penal, en consecuencia no se ha enervado su presunción de inocencia que le asiste a todo justiciable debiendo absolvérsele de la cargos expuesto en la acusación fiscal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del veintisiete de abril de dos mil quince, de fojas novecientos veinticuatro, en el extremo que condenó a Alfredo Gamarra Martínez y Ángel Atachagua Ornetá como coautores del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de homicidio calificado por alevosía [artículo ciento ocho, numeral tres, del Código Penal], en agravio de Jacinto Marcial Tineo Cercedo, imponiendo a Alfredo Gamarra Martínez y Ángel Atachagua Ornetá veintidós años de pena privativa de libertad; **HABER NULIDAD** en el extremo que condena a Miguel Gamarra Martínez en calidad de cómplice secundario por el delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de homicidio calificado por alevosía [artículo ciento ocho, numeral tres, del Código Penal], en agravio de Jacinto Tineo Cercedo, a doce años de pena privativa de libertad efectiva, en agravio de Jacinto



Marcial Tinco Cercedo, reformándola **ABSOLVIERON** a Miguel Gamarra Martínez de la acusación fiscal en su contra por el delito y agravio antes mencionados, dispusieron la anulación de los antecedentes policiales y judiciales generados contra el referido procesado como consecuencia del citado ilícito, y el archivo del proceso; **ORDENARON** la inmediata libertad del absuelto Miguel Gamarra Martínez, que se ejecutará siempre y cuando no exista en su contra otra orden o mandato de detención emanado de autoridad competente; comunicando vía fax a la Sala Superior de Origen; con lo demás que contiene, y los devolvieron.

S. S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI

NEYRA FLORES

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra/ PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA