

NULIDAD DE LA SENTENCIA. PARÁMETROS DE ACTUACIÓN PROCESAL TRATÁNDOSE DE UN TESTIGO PROTEGIDO

1. Al presentarse en la argumentación vicios de motivación insubsanables, se genera la nulidad de la sentencia; máxime si se advierte una falta de realización de determinadas pruebas. Ante ello, debe realizarse un nuevo juicio oral por otro Colegiado.

2. El Código Procesal Penal prevé una serie de normas relacionadas con el testigo protegido, brindándole garantías a la persona en su concreción integral; además, garantizan que se cumplan los objetivos razonables y necesarios para la tutela judicial efectiva en el contexto de la lucha contra la criminalidad y el reto de emitir decisiones jurisdiccionales con la debida motivación, sin incurrir en arbitrariedades, evitando la impunidad, al ser ambos objetivos centrales e ineludibles en un estado constitucional y democrático de derecho.

3. No puede admitirse institucional ni jurídicamente el hecho de que la propia Fiscalía invoque la declaración de un testigo protegido para efectuar una sindicación incriminatoria, y luego sostenga que desconoce la identidad del mismo y que por eso no se le puede llamar al juicio. Se deben realizar las diligencias necesarias y razonables para que se le identifique –con la reserva del caso–, y así pueda ser llamado al plenario, claro está, con las medidas de seguridad que el caso amerite.

Lima, diecinueve de setiembre de dos mil veinticuatro

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por **Alex Piere Arca Vizcarra**¹ contra la sentencia del treinta de noviembre de dos mil veintitrés (fojas 2271-2280), expedida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima. Mediante dicha resolución, se le condenó como autor del delito de robo con subsecuente de muerte, en perjuicio de Gloria Idolia Aguirre Vega. Como consecuencia, le impusieron la pena de cadena perpetua; con lo demás que al respecto contiene.

Con lo expuesto, en el Dictamen del fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente el juez supremo **Guerrero López**.

CONSIDERANDO

PRIMERO. MARCO LEGAL DE PRONUNCIAMIENTO

El recurso de nulidad está regulado en el artículo 292 del Código de Procedimientos Penales (en adelante, C de PP) y constituye el medio de impugnación de mayor jerarquía entre los recursos ordinarios de aquel

¹ De acuerdo con la ficha Reniec de folio 323, nació el 5 de agosto de 1988, de modo que a la fecha de los hechos tenía 28 años, aproximadamente.

ordenamiento procesal². Está sometido a motivos específicos y no tiene (salvo las excepciones de los artículos 330 y 331) efectos suspensivos, de conformidad con el artículo 293 del mismo texto procesal. El ámbito de análisis de este tipo de recurso permite la revisión total o parcial de la causa sometida a conocimiento de la Corte Suprema, tal y como lo regula el contenido del artículo 298 del C de PP.

SEGUNDO. IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

2.1. HECHOS

Conforme con el requerimiento acusatorio (fojas 1437-1472), los cargos contra el recurrente consisten en lo siguiente:

El 27 de julio de 2016 a las 17:20 horas, aproximadamente, en inmediaciones de las avenidas Las Begonias (cuadra 4) con la calle Dean Valdivia (cuadra 3), distrito de San Isidro, se constituyó personal policial a ese lugar de los hechos, donde se encontró tendida en el piso a la agraviada Aguirre Vega (cambista de moneda extranjera), quien estaba herida, haciéndose presente la ambulancia que la trasladó al hospital Casimiro Ulloa con diagnóstico: "Herida penetrante por proyectil de arma de fuego en el hemitórax izquierdo (área cardíaca), empero, llegó cadáver a mérito de un "impacto por PAF sin orificio de salida". En ese lugar, se encontraba juntamente con su hermana María Aguirre Vega quien al momento del hecho pudo refugiarse en las instalaciones de la tienda Ripley, no llegando a ser víctima del asalto. Asimismo, producto de este ilícito resultaron heridos de bala Wilber Jaime Zapata (personal de seguridad) y Moisés Baygorrea Tenorio (transeúnte), quienes fueron conducidos a la Clínica Internacional de San Isidro, donde le diagnosticaron: "Herida por PAF tercio inferior cara externa del muslo derecho". Finalmente, producto de la investigación, personal policial pudo identificar que el recurrente Arca Vizcarra fue uno de los autores de ese robo.

2.2. CALIFICACIÓN JURÍDICA

Este hecho fue subsumido en el artículo 188, invocándose los incisos 3 y 4 del primer párrafo y el último párrafo del artículo 189 del Código Penal (bajo los alcances de la Ley 30076):

Artículo 188. Robo

El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido [...].

Artículo 189. Robo agravado

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años, si el robo es cometido:

[...] **3.** A mano armada.

4. Concurso de dos o más personas.

² Cfr. MIXÁN MASS, Florencio, en SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley, 2014, p. 892.

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental.

TERCERO. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La defensa técnica del encausado **Arca Vizcarra**, al fundamentar su recurso de nulidad (fojas 2284-2293), alegó principalmente lo siguiente:

3.1. La Sala incurrió en una motivación aparente al pretender justificar la condena impuesta.

3.2. No es innegable la comisión del delito imputado, ya que existen pruebas suficientes que demuestran la materialidad de ese evento; sin embargo, no está acreditada la responsabilidad penal de recurrente en ese hecho.

3.3. Las sindicaciones preliminares de los coprocesados Cruz Risco y Tovar Sánchez no se encuentran corroboradas con elementos periféricos. La condena solo se ha fundado en esas versiones inculpativas y en actas de reconocimiento fotográficos que no han sido ratificadas en las otras etapas procesales, esto es, que los citados encausados se han retractado sobre esas diligencias.

3.4. No se han aplicado correctamente las garantías de certeza del Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116.

3.5. El coprocesado Cruz Risco a nivel preliminar solo refirió características físicas de quien sería el sujeto conocido como Bebe, mas no señaló datos de la identidad del recurrente; entonces, ¿cómo y quién introdujo su identidad en la investigación policial, especialmente en la diligencia de reconocimiento de ficha Reniec?, a esto se debe sumar que aquel sentenciado refirió no conocer al recurrente. Es incierto de dónde emergió su identidad.

3.6. La pericia psicológica practicada al coprocesado Cruz Risco concluyó que: "Brinda un relato de tal forma que su persona se vea favorecida, por lo que intenta minimizar su implicación".

3.7. Por último, se valoró el testimonio de un supuesto testigo protegido con clave 1-15; sin embargo, en el juicio no se lo ha podido identificar para que brinde su declaración en esa etapa procesal, por lo que el fiscal prescindió de esa prueba personal ofrecida.

CUARTO. SUSTENTO NORMATIVO

En forma previa a analizar la cuestión de fondo y que es materia de impugnación (si la sentencia condenatoria se encuentra debidamente motivada y, en consecuencia, conforme a ley), se deben considerar los siguientes preceptos legales:

4.1. El inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado prevé la garantía constitucional (de naturaleza procesal) de la motivación de resoluciones judiciales. Con este precepto se establece un deber jurídico atribuible al operador de justicia, mediante el cual se le exige que toda decisión judicial contenida en una resolución debe estar sustentada o amparada con argumentos suficientes y válidos. Por tanto, como señaló el Tribunal Constitucional³: “La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas, es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, es un derecho fundamental de los justiciables”.

A propósito de esta garantía, los jueces supremos integrantes de las salas penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Acuerdo Plenario 6-2011/CJ-116, fundamento jurídico decimoprimer, aclararon:

La motivación de las resoluciones es una exigencia constitucional específica reconocida por el artículo 139.5 de la Ley Fundamental [...]. La motivación, por cierto, puede ser escueta, concisa e incluso —en determinados ámbitos— por remisión. La suficiencia de la misma —analizada desde el caso concreto, no apriorísticamente— requerirá que el razonamiento que contenga constituya lógica y jurídicamente suficiente explicación, que permita conocer, aun de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión.

4.2. El artículo 298 del Código de Procedimientos Penales prevé las causas de nulidad; una de ellas (inciso 1) se produce cuando el acto procesal incurrió en graves irregularidades u omisión de trámites o garantías establecidas en la Ley Procesal Penal.

4.3. El artículo 280 del Código de Procedimientos Penales señala que la sentencia deberá apreciar las pruebas producidas en la audiencia, así como los testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción (en su caso, la confesión).

QUINTO. ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

CONTROL DE ADMISIBILIDAD Y DE LA VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL

5.1. La decisión cuestionada fue leída en audiencia el 30 de noviembre de 18 de octubre de 2023 (foja 2282). La defensa interpuso recurso de nulidad en

³ Exp. 2937-2009-PHC/TC; caso: Julio Antonio Fernández Becerra.

dicho acto, y lo fundamentó el 14 de diciembre de 2023 (folio 2284), esto es, dentro de los diez días establecidos por el numeral 5 del artículo 3000 del C de PP, por lo que, se encuentra dentro del plazo legal para su concesorio.

5.2. En el caso en concreto, el tipo penal imputado sanciona la conducta con pena privativa de libertad de cadena perpetua; en ese sentido, de acuerdo a ley y a los lineamientos del Acuerdo Plenario 9-2007, el plazo ordinario de prescripción será de 30 años, y el extraordinario es de 45 años. Así, dado que el delito se produjo en julio de 2016, a la fecha la acción penal se encuentra vigente.

FUNDAMENTOS DE ESTE TRIBUNAL

5.3. Es pertinente establecer que este supremo Tribunal se limitará a resolver lo expresado en los agravios invocados en el recurso de nulidad, de acuerdo con lo descrito en el numeral 1 del artículo 300 del C de PP⁴ (principio conocido como *tantum devolutum, quantum appellatum*), teniendo en cuenta que el derecho a la impugnación constituye el ejercicio de un derecho fundamental y la competencia del órgano de revisión está delimitada, objetiva y subjetivamente solo por los cuestionamientos expresados en los medios impugnatorios (agravios), salvo los supuestos excepcionales de nulidades absolutas.

5.4. En ese sentido, uno de los cuestionamientos principales del recurrente es que la Sala superior habría incurrido en una indebida valoración de la prueba y motivación aparente, al afirmar que la condena solo se sustenta en sindicaciones preliminares efectuadas por dos coprocesados, las mismas que no están corroboradas ni fueron ratificadas en la instrucción y en juicio oral.

Entre otros cuestionamientos, refiere, además, que no se ha podido esclarecer cómo se incorporó su identidad en la investigación, si es que sus coencausados no lo conocían; y que tampoco se ha logrado dar con la identificación del testigo protegido para que pueda ser llamado al juicio a declarar, como así lo refirió el fiscal y, por ello, prescindió de esa prueba.

⁴ “Si el recurso de nulidad es interpuesto por uno o varios sentenciados, la Corte Suprema solo puede confirmar o reducir la pena impuesta y pronunciarse sobre el asunto materia de impugnación”.

5.5. En ese contexto, se tiene que la Sala superior para sustentar la condena contra el recurrente argumentó, esencialmente, lo siguiente:

- a)** A nivel preliminar y en la instrucción, el coprocesado Cruz Risco expuso una versión inculpativa contra el encausado, esto es, lo reconoció como el sujeto conocido como Bebe, con quien conjuntamente cometieron el evento delictivo.
- b)** Esta sindicación se encuentra corroborada con las siguientes instrumentales: **i)** Acta de verificación y reconstrucción. **ii)** Acta de reconocimiento fotográfico de fojas 317-318 y 311-312. **iii)** Pericia Psicológica 555/2016. **iv)** Declaración preliminar e instructiva del coprocesado Cruz Risco. **v)** Declaración preliminar y acta de reconocimiento fotográfico realizado por el coprocesado Renzo Tovar. **vi)** Declaración del efectivo policial José Paniura. **vii)** Acta de entrevista y Acta de reconocimiento del testigo con clave 1-15.
- c)** En aplicación del Recurso de Nulidad 3044-2004, el órgano jurisdiccional está facultado para considerar confiables las versiones inculpativas depuestas a nivel preliminar e instrucción, sobre la versión de carácter exculpativo.
- d)** En conclusión, sí se cumple con las garantías de certeza del Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116.

5.6. En ese sentido, habiendo observado el acervo probatorio y los fundamentos expuestos en la sentencia cuestionada que concluyó con una decisión condenatoria, este Tribunal supremo encuentra insuficiencia en la motivación que se hizo para sustentar dicho fallo judicial, por las siguientes razones puntuales:

a) La Sala superior indicó que existe una versión inculpativa realizada por el sentenciado Cruz Risco contra el recurrente, la misma que fue efectuada a nivel preliminar (tanto en su declaración como en el Acta de reconocimiento fotográfico) y que luego fue ratificada en su declaración instructiva. Sin embargo, aquí se ha presentado una motivación aparente, pues en primer lugar la Sala no refirió de qué manera ese coprocesado habría mantenido esa versión inculpativa en su instructiva.

Todo lo contrario, de esa declaración ante el juez instructor (ver fojas 1057-1063) se aprecia que este se retractó tanto en la propia sindicación como en el reconocimiento, sosteniendo que no conoce al encausado Arca Vizcarra y que en la dependencia policial los efectivos ejercieron coacción contra él para que firmara los documentos.

Es cierto que al inicio de dicha declaración instructiva, ante la pregunta de si ratificaba sus manifestaciones preliminares, respondió que "sí"; no obstante, más adelante, refirió que respondió de esa manera porque no había

entendido bien la pregunta; lo que significa que realmente no ratificó sus anteriores declaraciones, y esto es más evidente con sus propias respuestas que le dio al juez relacionadas a que no conocía al recurrente.

b) Entonces, no es cierto que en la instrucción el sentenciado Cruz Risco haya ratificado su versión inculpativa, como así lo sostuvo el Tribunal superior; lo que efectuó fue una retractación de lo que declaró a nivel preliminar, por lo que esa sindicación solo se mantuvo a nivel preliminar, ya que incluso en el **juicio oral** (fojas 2151-2156) dicho coprocesado, en su condición de testigo impropio, volvió a sostener que no conocía al recurrente Arca Vizcarra.

c) En esa misma línea, la Sala cuando afirma que le va dar más fiabilidad a las versiones inculpativas depuestas a nivel preliminar e instrucción, por encima de la versión exculpativa vuelve a transgredir el derecho a la motivación de resoluciones judiciales, ya que señala que además de lo declarado preliminarmente, también le da confiabilidad a su instructiva, pero ello resulta incongruente, pues esas dos declaraciones tienen una versión distinta respecto a la participación del recurrente; esto es, como ya se dijo líneas arriba, la manifestación preliminar (fojas 403-406 y 407-410) contiene una sindicación inculpativa contra el encausado, mientras que la declaración instructiva (fojas 1057-1063) es de carácter exculpativa a favor de este último. Por tanto, estamos ante una motivación incongruente el sostener que se le da fiabilidad a esas dos versiones al mismo tiempo.

Al respecto, resulta notorio en la evaluación probatoria que la Sala tampoco efectuó una debida evaluación de los *criterios de certeza* de una retractación, establecidas en el Recurso de Nulidad 3044-2004, ya que solo se limitó a analizar la versión inculpativa, pero prescindió de realizar también una valoración de la propia retractación que realizó en el juicio y en la instrucción, pues se suponía que era esta la que debía ser objeto de análisis.

d) Por su parte, la Sala superior, al momento de evaluar la verosimilitud (como parte del análisis del Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116) señaló que la inculpativa sí estaba corroborada, para cuyos efectos mencionó pruebas personales, documentales y periciales (detalladas específicamente en el considerando 5.5).

Sin embargo, no señaló expresamente de qué manera estas pruebas refuerzan la sindicación inculpativa del coprocesado Cruz Risco; solo se limitó a sostener que aquellas avalan la sindicación.

A esta acotación debe sumarse que dentro de ese acervo probatorio invocó como elemento corroborante la propia declaración de ese coprocesado, esto es, utilizó la misma declaración que es objeto de evaluación, lo que no es de recibo por ser implícita su ilogicidad.

Adicionalmente, invocó medios de prueba que no están vinculados a la inculpativa contra el recurrente, tales como las actas de reconocimiento fotográfico de fojas 311-312 y 333, ya que estas diligencias se realizaron para el reconocimiento de los otros coprocesados, específicamente se refieren a Oswaldo Edward Torres Falcón, Carlos Manuel Cruz Risco y José Luis Muñoz Chueca, respectivamente.

e) En ese sentido, la Sala superior no realizó una correcta valoración individual y conjunta de las pruebas que fueron ingresadas al contradictorio, no obstante la gravedad del delito imputado y la sanción penal que implica (cadena perpetua), con lo que también transgredió el derecho a la prueba.

5.7. Por su parte, en el desarrollo del juicio se aprecia la ausencia de cierta actividad probatoria, cuya actuación hubiese resultado importante para el cabal esclarecimiento de los hechos, como es la concurrencia del testigo protegido de clave 01-2015, al juicio oral (obviamente con las medidas de seguridad que el caso amerita de acuerdo con las normas concernidas), para que exponga sobre las circunstancias que presencié cuando los delincuentes habían descendido del primer vehículo utilizado en la fuga, para luego subir a otra unidad y así continuar con la marcha; asimismo, agotar la posibilidad de que explique si es que reconoce al recurrente como una de las personas que realizaban dicha fuga pasando de un vehículo a otro.

Si bien en el juicio el Ministerio Público ofreció como prueba a ese testigo protegido (ver audiencia de fojas 2125-2128), lo cierto es que en el desarrollo de las audiencias el fiscal solicitó que se prescindiera de su concurrencia, ya que no había podido establecer su identidad, porque de acuerdo con sus

averiguaciones no existe el acta de identificación respectiva en los actuados (ver fojas 2193-2196).

Ello no puede admitirse institucional ni jurídicamente, es decir, la propia Fiscalía, que invoca la declaración de un testigo protegido para efectuar una sindicación incriminatoria, no puede luego sostener que desconoce la identidad del mismo, y que por eso no se le puede llamar a juicio.

En consecuencia, deben realizarse todas las diligencias necesarias y razonables para que se cumpla ese cometido, de manera que pueda ser examinado en el juzgamiento aun con la posibilidad que dicha diligencia se efectúe con los mecanismos de seguridad previstos en la ley y sin perjuicio de las acciones concretas que debe tomar para estos efectos a través del Programa de asistencia de agraviados, víctimas y testigos del Ministerio Público y de la UDAVIT correspondiente, ya que estos órganos de prueba especiales tienen derecho, incluso, a la asistencia legal, psicológica y social, todo lo que se encuentra previsto en el Reglamento correspondiente⁵.

De igual manera, en la actuación procesal referida a los testigos protegidos⁶ ha de tenerse presente una serie de normas que brindan garantías a la persona en su concreción integral, no obstante también garantizan que se cumplan los objetivos razonables y necesarios para la tutela judicial efectiva en el contexto de la lucha contra la criminalidad y el reto de emitir decisiones jurisdiccionales con la debida motivación, sin incurrir en arbitrariedades, evitando la impunidad; al ser ambos objetivos centrales e ineludibles en un estado constitucional y democrático de derecho.

⁵ Puede verse esta importante herramienta normativa e institucional en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5234585/Reglamento%20del%20Programa%20de%20Asistencia%20de%20Victimas%20y%20Testigos.pdf?v=1696542046>.

⁶ La protección de testigos empezó a adquirir importancia por primera vez en los Estados Unidos de América en el decenio de 1970, como procedimiento legalmente autorizado que se debía utilizar junto con un programa para el desmantelamiento de las organizaciones delictivas de tipo mafioso. A los efectos de la protección, lo pertinente es la función del testigo (como persona en posesión de información importante para las actuaciones judiciales o el proceso penal) y no su condición jurídica ni la forma del testimonio. Ver en: "Manual de buenas prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada", Pp. 11 y 23. <file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/Manual%20de%20buenas%20practicass%20PARA%20TESTIGOS%20PROTEGIDOS.pdf>.

Esas normas son, por ejemplo, las contempladas en los artículos 158, 163 y 248 del CPP⁷ que se refieren a los criterios que se deben adoptar para la valoración probatoria, así como en las obligaciones del testigo y medidas de protección para determinados testigos. Preceptos legales que son aplicables supletoriamente a estos casos, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional⁸.

De igual manera debe tenerse en cuenta que, jurisprudencialmente, se han establecido los siguientes criterios en torno al testigo protegido:

- i) El artículo 247 del Código Procesal Penal establece quiénes pueden ser objeto de protección: testigos, peritos, agraviados, agentes especiales o colaboradores que intervengan en los procesos penales. Subyace, pues, una pluralidad de personas –con disímiles situaciones procesales– pasibles de ser objeto de medidas de protección. En efecto, el testigo protegido es aquel que presencié la comisión de un evento delictivo, indistintamente de su grado de participación al evento delictivo (testigo impropio) o a

⁷ Artículo 158. Valoración

1. En la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados.
2. En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, solo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria [...].

Artículo 163. Obligaciones del testigo

1. Toda persona citada como testigo tiene el deber de concurrir, salvo las excepciones legales correspondientes, y de responder a la verdad a las preguntas que se le hagan. La comparecencia del testigo constituirá siempre suficiente justificación cuando su presencia fuere requerida simultáneamente para dar cumplimiento a obligaciones laborales, educativas o de otra naturaleza y no le ocasionará consecuencias jurídicas adversas bajo circunstancia alguna.
2. El testigo no puede ser obligado a declarar sobre hechos de los cuales podría surgir su responsabilidad penal. El testigo tendrá el mismo derecho cuando, por su declaración, pudiere incriminar a alguna de las personas mencionadas en el inciso 1 del artículo 165.
3. El testigo policial, militar o miembro de los sistemas de inteligencia del Estado no puede ser obligado a revelar los nombres de sus informantes. Si los informantes no son interrogados como testigos, las informaciones dadas por ellos no podrán ser recibidas ni utilizadas.

Artículo 248. Medidas de protección

1. El fiscal o el juez, según el caso [...], de oficio o a instancia de las partes, adoptará según el grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad del protegido, su domicilio, profesión y lugar del trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asista al imputado.
2. Las medidas de protección que pueden adaptarse son las siguientes: **a)** Protección policial. **b)** Cambio de residencia. **c)** Ocultación de su paradero. **d)** Reserva de su identidad y demás datos personales en las diligencias que se practiquen, y cualquier otro dato que pueda servir para su identificación, pudiéndose utilizar para esta un número o cualquiera otra clave [...]. **e)** Utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal en las diligencias que se practiquen. **f)** Fijación como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede de la Fiscalía competente, a la cual se las hará llegar reservadamente a su destinatario. **g)** Utilización de procedimientos tecnológicos, tales como videoconferencias u otros adecuados, siempre que se cuenten con los recursos necesarios para su implementación. Esta medida se adoptará para evitar que se ponga peligro la seguridad del protegido una vez desvelada su identidad y siempre que lo requiera la preservación del derecho de defensa de las partes. **h)** Siempre que exista grave e inminente riesgo para la vida, integridad física o libertad del protegido o la de sus familiares y no pueda salvaguardarse estos bienes jurídicos de otro modo, se podrá facilitar su salida del país con una calidad migratoria que les permita residir temporalmente o realizar actividades laborales en el extranjero.

⁸ En la sentencia recaída en el Expediente 02748-2010-PHC/TC LIMA ALEXANDER MOSQUERA IZQUIERDO del once de agosto de 2010, el Tribunal Constitucional expresó en su fundamento 10: "Por otro lado, si bien el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 aún no está vigente en todo el país no cabe duda que este cuerpo legal contiene diversos dispositivos que contribuyen al perfeccionamiento del derecho procesal peruano que se erige como el programa procesal penal de la Constitución, y que, por tanto, pueden servir de parámetro interpretativo para la solución de otros casos en que sean aplicables".

su ajenidad al mismo. Tiene la obligación de declarar en el acto oral y es sometido al interrogatorio de las partes y, de ser el caso, del propio Tribunal de juzgamiento. Lo único que se protege es su identidad (pudiendo utilizar un número o clave), en aras de salvaguardar su integridad, pudiendo determinarse ciertas medidas de protección, conforme con el artículo 248 del mismo Código. En consecuencia, el testigo protegido no es un testigo anónimo. Este último está proscrito. La razón es que la autoridad sí conoce la identidad del testigo que es objeto de protección. Evidentemente, si el testigo protegido es de carácter impropio, su declaración debe ser valorada también con suma cautela (Recurso de Nulidad 588-2019/Nacional. Nociones sobre los testigos protegidos).

ii) El hecho de que el testigo protegido no haya revelado su identidad completa, no genera una situación de indefensión a los encausados, por cuanto lo esencial es la posibilidad de interrogarlos en el juicio oral. En ese sentido, la jurisprudencia, en forma reiterada, exige que para la validez del testimonio de un testigo protegido es necesario que la defensa de los encausados intervenga en el interrogatorio plenario, como una manifestación del principio de contradicción (Recurso de Nulidad 1050-2014/Lima. Sobre la validez probatoria de la declaración del testigo protegido).

Adicionalmente, se debe tener presente que mediante Casación 1658-2017/Huaura se establecieron los presupuestos para la oralización en juicio de las declaraciones brindadas en la investigación preparatoria, en caso aquellas personas no pudieron concurrir al juicio (testigos, agraviados y peritos, etc.). Se determinó que las actas que contienen las declaraciones de los testigos, brindadas en la investigación y que no concurren al juicio oral, pueden ser incorporadas al plenario si se cumple con las condiciones previstas en el artículo 383 del Código Procesal Penal. Es así que para su actuación y valoración se requieren los siguientes presupuestos: **a)** La intervención del fiscal. **b)** Que se haya garantizado la posibilidad de contradicción con el emplazamiento de la defensa del imputado para que pueda interrogar al testigo (esta exigencia dependerá si en el momento que se programó la declaración fue factible tal contradicción, conforme lo establecen las sentencias del Tribunal Constitucional español 94/2002 y 148/2005, entre otros aspectos.). **c)** La introducción del contenido de la declaración a través de la lectura del acta en que se documenta y sea sometido a contradicción en el juicio oral.

Pues bien, en este caso concreto, a pesar de las deficiencias anotadas precedentemente, la Sala superior valoró el testimonio y acta de reconocimiento que dicho testigo protegido efectuó a nivel preliminar (fojas 246-247 y 333, respectivamente), diligencias en las que no menciona directamente al recurrente, sino a quien reconoce es a Cruz Risco, empero en todo caso, su

declaración en juicio oral sería trascendente para verificar si puede reconocer al ahora concernido, es decir, a Arca Vizcarra.

Es por esa razón que resulta importante que se realicen todas las acciones legales para que se individualice al testigo protegido, lo que puede realizarse con la reserva que el caso amerita y luego que se agoten todos los esfuerzos para su concurrencia al juicio oral, pues su testimonio permitiría el esclarecimiento de la situación jurídica del procesado Arce Vizcarra, teniendo en cuenta que dicho testigo fue la persona que pudo ver el transbordo de los sujetos del vehículo conducido por el sentenciado Cruz Risco hacia el auto conducido por el sentenciado Tovar Sánchez, e incluso dio sus respectivas características, como consta en el acta de entrevista de fojas 246 y 247 (respuestas a la pregunta 4).

Es deber del Ministerio Público realizar esas acciones de individualización del mencionado testigo protegido, pues para la determinación de este tipo de órganos de prueba previamente se realiza un protocolo o procedimiento a nivel fiscal o policial, en el que debe obrar un acta donde se contenga los datos de identificación de esa persona; el mismo que serviría para su posterior citación y concurrencia al juicio oral, con las medidas de seguridad respectivas para garantizar su protección.

Para efectos de la ubicación de los antecedentes concernidos el Ministerio Público debe actuar con debida diligencia e incluso solicitar los informes y razón a los despachos competentes de primera instancia con los apremios correspondientes. En toda esta actuación procesal, debe concurrir el control diligente de la Sala superior en el contexto del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

Cabe precisar adicionalmente que en el Acta de entrevista y Acta de reconocimiento (fojas 246-247 y 333, respectivamente) se ha registrado la huella dactilar de aquel testigo protegido; la misma que, aplicando los procedimientos técnicos correspondientes, puede obviamente servir para los fines concernidos en este proceso.

En forma general en este tipo de casos, se debe tener presente la conveniencia consistente en que, por este tipo de problemas, resulta

recomendable que el examen de los testigos protegidos pueda eventualmente realizarse a través de la dinámica de la prueba anticipada, tal como se ha determinado en la sentencia de la Apelación 220-2022/Huancavelica:

(...) para declarar la procedencia de la solicitud de prueba anticipada es necesaria la concurrencia de los presupuestos previstos en la norma, principalmente la urgencia e irrepitibilidad del objeto de prueba, también debe tenerse en cuenta la naturaleza de la prueba a actuar. En el caso concreto se trata de un testigo protegido, es decir, que posee condiciones especiales que deberán ser valoradas conjuntamente con los presupuestos normativos al momento de evaluar la procedencia de prueba anticipada.

Ello significa, obviamente para otros casos, que las autoridades competentes, si advierten la concurrencia de un riesgo comprobado en la integridad del testigo protegido, entonces resulta razonable la necesidad y urgencia de anticipar su declaración, dado que existe el riesgo de que la información que pudiera dar se vea alterada o desaparezca en un futuro (verbigracia, cuando se le cite para el juicio), ante las amenazas que sufrió. En esos casos, ante este tipo de testigos, de hecho, es plausible legalmente la actuación de esa prueba de manera anticipada.

A propósito de todo lo expuesto, se advierte que, según el Parte Dactiloscópico 210/2016 (foja 182), se concluyó que en el vehículo camioneta marca Chevrolet de placa ACB-194 (el cual fue usado para la fuga desde el lugar de los hechos) existen: "Fragmentos de huellas dactilares **APROVECHABLES** para estudio comparativo; por lo que se sugiere a la unidad recurrente, remita muestras de comparación a fin de determinar la identidad del titular de las huellas analizadas".

Teniendo en cuenta la existencia de esas huellas y la posibilidad de que científicamente se determine quién es su titular, resulta imprescindible que se lleve a cabo la pericia correspondiente, se debe proceder a la obtención de las muestras de comparación del recurrente, las mismas que serán analizadas conjuntamente con las huellas dactilares encontradas en ese vehículo y que según ese parte dactiloscópico obran en el archivo del AIP-DEPCRI-DIRINCRI-PNP, debiendo emitirse el informe pericial correspondiente y la respectiva sustentación en el juzgamiento.

5.8. En esa misma línea, existe en el expediente información de un video en el que se visualizaría al recurrente, sobre el cual se realizó la diligencia de visualización en presencia del fiscal y con la participación del coprocesado Cruz Risco (ver acta de fojas 297-307).

Al respecto, es necesario que se practique una pericia para determinar si la persona que se ve en la imagen se trataría del recurrente, en la que se analizará la comparación facial y somatológica, así como la forma de caminar o sus características personalísimas a nivel antropológico, que fueran posibles, para cuyos efectos se efectuará la comparación biotipológica y somatológica de los segmentos visibles de las imágenes concernidas, tratando de ubicar peculiaridades y coincidencias en los planos morfométricos o, en su caso, descartarlas.

5.9. Por último, en el juicio la defensa técnica ofreció como prueba de descargo una constancia de trabajo suscrita por el gerente Luis Ricardo Portilla Casas (obra a foja 2123/v), donde sostiene que al momento de los hechos el recurrente laboraba en esa empresa. Ante ello, es necesario también que concurra esta persona al juicio para que declare ampliamente y sustente la veracidad de dicho documento sometiénndose al examen y contraexamen de los sujetos procesales.

5.10. Con lo expuesto, y de acuerdo con el artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, la sentencia recurrida transgredió los derechos de motivación y prueba, por lo que no se puede respaldar una condena; advirtiéndose además la falta de realización de determinada actividad probatoria trascendental que permitirá resolver mejor la situación jurídica del acusado.

Por tanto, deberá realizarse un nuevo juicio oral por un tribunal superior distinto al que emitió la sentencia recurrida, llamado por ley, que deberá tener en cuenta los fundamentos antes señalados para garantizar la tutela judicial efectiva, debiendo impulsarse (por todas las vías legalmente posibles) la concurrencia de los testigos antes descritos, y las demás pruebas que las partes y, adicionalmente, la Sala consideren pertinentes, necesarios e imprescindibles, según lo previsto en el ordenamiento jurídico vigente, para el cabal esclarecimiento de los hechos.

Teniendo en cuenta que el encausado se encuentra cumpliendo condena por estos hechos, se deberá disponer su inmediata libertad, implementándose las restricciones que el caso amerita, las que deberán ser cumplidas puntualmente bajo apercibimiento de revocarse y dictarse prisión preventiva de acuerdo con las normas vigentes.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República acordaron:

I. DECLARAR NULA la sentencia del treinta de noviembre de dos mil veintitrés, expedida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima. Mediante dicha resolución se condenó a Alex Piere Arca Vizcarra como autor del delito de robo con subsecuente de muerte, en perjuicio de Gloria Idolia Aguirre Vega. Como consecuencia, le impusieron la pena de cadena perpetua; con lo demás que al respecto contiene.

II. MANDAR se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado superior llamado por ley, el que deberá actuar con celo y celeridad en el ejercicio de sus funciones; y deberá tener presente lo expuesto en la presente ejecutoria realizando las diligencias anotadas en la presente resolución y las que eventualmente propongan las partes y disponga el Colegiado de acuerdo con sus facultades.

III. ORDENAR la inmediata libertad de **Alex Piere Arca Vizcarra**, la que se **ejecutará siempre y cuando no exista otro mandato de detención en su contra emanado de autoridad competente**; para cuyos efectos debe **oficiarse** en el día, ya sea vía fax o medio idóneo correspondiente, al órgano jurisdiccional de origen, para los fines legales correspondientes, así como para la notificación personal al procesado.

IV. DISPUSIERON que mientras dure la causa y para efectos del nuevo juzgamiento, el procesado **Alex Piere Arca Vizcarra**, debiendo cumplir las siguientes reglas: **a)** No variar de domicilio sin autorización del órgano jurisdiccional. **b)** Comparecer personal y obligatoriamente cada treinta días a la Sala superior para informar y justificar sus actividades, así como firmar el cuaderno respectivo y/o el registro en el control biométrico. **c)** Presentarse



puntualmente al nuevo juzgamiento las veces que el Tribunal superior lo requiera. **d)** No comunicarse con la parte agraviada ni con los testigos. Todo bajo estricto apercibimiento de revocársele el mandato de comparecencia y disponerse la prisión preventiva, de conformidad con lo estipulado en el ordenamiento jurídico correspondiente.

V. DISPONER se notifique la ejecutoria a las partes apersonadas en esta instancia, se devuelvan los actuados a la sala superior de origen y se archive el cuadernillo.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

GUERRERO LÓPEZ

ÁLVAREZ TRUJILLO

IGL/awza