

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



UPLA
UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

TESIS

**LA LÓGICA DE LA COMPENSACIÓN EN EL
SISTEMA PENAL DESDE UNA PERSPECTIVA DE
CORTE DE DERECHOS HUMANOS Y
JURISPRUDENCIA NACIONAL**

Para optar	: El título profesional de Abogado
Autor (es)	: Bach. Isamar Roxana Palacio Rodriguez Bach. Uriel Alonso Quispe Yacavilca
Asesor	: Dr. Isaac Wilmer Montero Yaranga
Línea de investigación institucional	: Desarrollo Humano y Derecho
Área de investigación institucional	: Ciencias Sociales
Fecha de inicio y culminación	: 13-04-2022 a 26-12-2022

HUANCAYO-PERÚ

2022

HOJA DE DOCENTES REVISORES

DR. LUIS POMA LAGOS
Decano de la Facultad de Derecho

Dr. Palomino Vargas Jorge Luis
Docente Revisor Titular 1

Mg. Pacheco Arrea Pablo Bernardo
Docente Revisor Titular 2

Mg. Quiñones Inga Roly
Docente Revisor Titular 3

Mg. Llanos Gamarra Rafael Omar
Docente Revisor Suplente

DEDICATORIA

A nuestros padres por ser pilares fundamentales en nuestras vidas y habernos apoyado incondicionalmente, pese a las adversidades e inconvenientes que se presentaron a lo largo de estos años.

AGRADECIMIENTO

Agradecemos a Dios por ser nuestro guía y acompañarnos en el transcurso de nuestras vidas, brindándonos paciencia y sabiduría para culminar con éxito nuestras metas propuestas. Asimismo, queremos expresar nuestra más sincera gratitud al Doctor Isaac Montero Wilmer Yaranga, Docente de la Universidad Peruana Los Andes, Facultad Derecho y Ciencias Políticas, asesor de la presente Tesis, por sus valiosas orientaciones, por apostar por nosotros y por el tema materia de la presenta investigación.



UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
 FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
 DIRECCIÓN DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



CONSTANCIA

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN POR EL SOFTWARE DE PREVENCIÓN DE PLAGIO
 TURNITIN

El Director de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, hace constar por la presente, que el informe final de tesis titulado:

"LA LÓGICA DE LA COMPENSACIÓN EN EL SISTEMA PENAL DESDE UNA PERSPECTIVA DE CORTE DE DERECHOS HUMANOS Y JURISPRUDENCIA NACIONAL."

AUTOR (es) : **ISAMAR ROXANA PALACIO RODRIGUEZ**
URIEL ALONSO QUISPE YACAVILCA

ESCUELA PROFESIONAL : **DERECHO**

FACULTAD : **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

ASESOR (A) : **DR. ISAAC WILMER MONTERO YARANGA.**

Que fue presentado con fecha: 25/01/2023 y después de realizado el análisis correspondiente en el software de prevención de plagio Turnitin con fecha: 27/01/2023; con la siguiente configuración del Software de prevención de plagio Turnitin:

- Excluye bibliografía
- Excluye citas
- Excluye cadenas menores a 20 palabras
- Otro criterio (especificar)

Dicho documento presenta un porcentaje de similitud de **23 %**

En tal sentido, de acuerdo a los criterios de porcentajes establecido en el artículo N° 11 del Reglamento de uso de software de prevención del plagio, el cual indica que no se debe superar el 30%. Se declara que el trabajo de investigación: *Si contiene un porcentaje aceptable de similitud.*

Se otorga la presente constancia a solicitud del interesado, para los fines convenientes.

Huancayo, 02 de febrero del 2023.

Dr. Antonio Oscuvilca Tapia
DIRECTOR DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN (H)
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CC.PP.

RESUMEN

Se partió del **problema** ¿Cuál es la perspectiva de la aplicación de la lógica de la compensación en el sistema penal, según las cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional?; **objetivo** analizar la perspectiva de la aplicación de la lógica de la compensación en el sistema penal según cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional; **hipótesis** la perspectiva de la aplicación de la lógica de la compensación según cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional en el proceso penal, es que se da ante la vulneración de: la medida de reserva de identidad de testigos, al principio de contradicción de la prueba y de un derecho fundamental, distinto a la libertad, en la ejecución de la pena. Como metodología el **enfoque** cualitativo, **postura epistemológica jurídica**, es el análisis objetivo, coherente y razonado de la jurisprudencia; **método** analítico - sintético, por la naturaleza de la investigación no se señaló un **escenario**, pues se utilizaron resoluciones emitidas por las cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional, **caracterización de sujetos y fenómenos**, se analizó 34 resoluciones nacionales e internacionales, **técnica** análisis documental e **instrumento** cuadro de análisis; **resultados** esta teoría se aplica ante vulneraciones procesales siguiendo las pautas establecidas por la jurisprudencia convencional para emitir una resolución con criterios adecuados; **conclusión** la perspectiva de esta teoría es proteger y prevenir a los sujetos ante vulneraciones procesales, analizando ciertas pautas; en el Perú, se aplica de manera errónea, debido a una falta interpretativa de las pautas convencionales contrario sensu a la jurisprudencia internacional.

PALABRAS CLAVES: Lógica, compensación, vulneración, contradicción, prueba, identidad, testigos, medida, reserva, pena ilícita, protegidos.

ABSTRACT

The present investigation started from the formulation of the problem: What is the perspective of the application of the logic of compensation in the penal system, according to the courts of human rights and national jurisprudence?; objective to analyze the perspective of the application of the logic of compensation in the penal system according to human rights courts and national jurisprudence; Hypothesis The perspective of the application of the logic of compensation according to human rights courts and national jurisprudence in the criminal process, occurs in the face of the violation of: the measure of confidentiality of witness identity, the principle of contradiction of evidence and a fundamental right in the execution of the sentence. As a methodology, the qualitative approach, legal epistemological position, is the objective analysis, coherence and reasoning of the jurisprudence; analytical - synthetic method, due to the nature of the investigation, a scenario was not suggested, since resolutions issued by human rights courts and national jurisprudence were used, characterization of subjects and phenomena, 34 national and international resolutions were analyzed, documentary analysis technique and analysis chart instrument; Results This theory is applied to procedural violations following the guidelines established by conventional jurisprudence to issue a resolution with adequate criteria; conclusion the perspective of this theory is to protect and prevent subjects from procedural violations, analyzing certain guidelines; in Peru, it is applied in an erroneous way, due to a lack of interpretation of the conventional guidelines contrary to the jurisprudence of human rights.

Keywords: Logic, compensation, violation, contradiction, proof, identity, witnesses, measure, reserve, wrongful sentence, protected.

CONTENIDO

HOJA DE DOCENTES REVISORES	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
CONSTANCIA DE SIMILITUD.....	v
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
CONTENIDO	viii
CONTENIDO DE CUADROS	xiii
CONTENIDO DE FIGURAS	xiv
INTRODUCCIÓN	xv
CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA	19
1.1. Descripción de la realidad problemática	19
1.2. Delimitación del problema	19
1.2.1. Delimitación espacial.....	20
1.2.2. Delimitación temporal.....	20
1.2.3. Delimitación conceptual	20
1.3. Formulación del problema	21
1.3.1. Problema General.....	21
1.3.2. Problemas específicos.....	21
1.4. Justificación de la investigación	21
1.4.1. Justificación Social	21
1.4.2. Justificación Teórica.....	22

1.4.3. Justificación Metodológica	23
1.5. Objetivos de la investigación	24
1.5.1. Objetivo General	24
1.5.2. Objetivos Específicos	24
1.6. Hipótesis de la investigación	24
1.6.1. Hipótesis general.....	24
1.6.2. Hipótesis específicas.....	24
1.6.3. Operacionalización de categorías.....	25
1.7. Propósito de la investigación	26
1.8. Importancia de la investigación	26
1.9. Limitaciones de la investigación	26
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO	28
2.1. Antecedentes de la investigación	28
2.1.1. Antecedentes nacionales.....	28
2.1.2. Antecedentes internacionales.....	31
2.2. Bases Teóricas de la Investigación.....	32
2.2.1 El sistema Penal en el Perú.	32
2.2.2 El proceso penal y el modelo continental.	32
2.2.2.1. Etapas del proceso penal	39
2.2.3 Aspectos generales de la lógica de la compensación en la prevalencia de los principios rectores del proceso penal.	40
2.2.3.1 Principales derechos vinculados con la lógica de la compensación.....	40
2.2.3.2. Definición de la lógica de la compensación.....	46
2.2.4 Aplicación de la compensación frente a la vulneración de utilización de la medida de reserva de la identidad de testigos en la investigación preparatoria	47
2.2.4.1. Prisión preventiva	47
2.2.4.2. Colaboradores eficaces	54
2.2.4.2.1. La colaboración eficaz como derecho premial	55
2.2.4.2.2 Reseña histórica de la colaboración eficaz	57
2.2.4.2.3 Definición de colaboración eficaz	58

2.2.4.2.4 Principios de la colaboración eficaz	60
2.2.4.3 Testigos protegidos	62
2.2.4.4. Medidas de compensación	65
2.2.5 Aplicación de la lógica de la compensación frente vulneración de la contradicción de la prueba.....	66
2.2.5.1 Revelación de la identidad del colaborador eficaz o testigo protegido.....	66
2.2.5.2 Interrogatorio y contrainterrogatorio	67
2.2.5.3 Valoración de la prueba no comprobada.....	69
2.2.5.4 Medidas de compensación	70
2.2.6 Aplicación de la lógica de la compensación frente a la pena ilícita en los establecimientos penitenciarios	70
2.2.6.1 Teoría de la pena.	69
2.2.6.2 El hacinamiento de los centros penitenciarios en el Perú .	71
2.2.6.3 Bienes Jurídicos distintos a la libertad vulnerados con el encarcelamiento en penales hacinados.....	79
2.2.6.4. Medidas de Compensación	80
2.2.6.5 Medidas de Compensación ante la aplicación de penas ilícitas.....	80
2.3. Marco Conceptual	81
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA	85
3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica	85
3.1.1 Enfoque metodológico.....	85
3.1.2 Postura epistemológica	85
3.2. Metodología	85
3.2.1. Método General	86
3.2.2. Método Específico	86
3.2.3. Método Particular	87
3.3. Diseño Metodológico	88
3.3.1. Trayectoria del estudio	88
3.3.2. Escenario de estudio	88
3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.	89

3.3.4. Técnica e instrumento de recolección de datos	90
3.3.5. Tratamiento de la información	90
3.3.6. Rigor científico.....	91
3.3.7. Consideraciones éticas	92
CAPÍTULO IV: RESULTADOS	93
4.1. Descripción de los resultados	93
4.1.1. Descripción del análisis de los resultados de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Corte Suprema de Justicia del Perú y Corte Superior de Justicia de Junín:	93
4.1.2. Descripción del análisis de los resultados de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Corte Suprema de Justicia del Perú y Corte Superior de Justicia de Junín, respecto de la aplicación de la lógica de la compensación tras la vulneración de la medida de reserva de identidad de testigos, en etapa de investigación.	102
4.1.3. Descripción del análisis de los resultados de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Suprema de España y Corte Suprema de Justicia del Perú, respecto de la aplicación de la lógica de la compensación frente a la vulneración del principio de la contradicción de la prueba en juicio oral	117
4.1.4. Descripción de la observación de los resultados de las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos humanos y Juzgado de Investigación Preparatoria respecto de la aplicación de la lógica de la compensación tras la vulneración de un derecho fundamental en la ejecución de la pena.....	160
4.2. Contrastación de las hipótesis.	164
4.2.1 Respecto a la primera hipótesis específica: La aplicación de la compensación frente a la vulneración de utilización de medida de reserva de la identidad de testigos en la investigación preparatoria conforme a las cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional, se da siguiendo las pautas, en algunos casos, con el criterio adecuado al emitir el fallo en un auto.....	164

4.2.2. Respecto a la segunda hipótesis específica: La perspectiva de la compensación en la vulneración del principio de contradicción de la prueba en el juicio oral nivel de cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional en el proceso penal, es que se sigue las pautas, en la mayoría de los casos con el criterio adecuado, al emitir el fallo en las sentencias, a diferencia del Perú.	166
4.2.3. Respecto a la tercera Hipótesis específica: La aplicación de la compensación tras la vulneración de un derecho fundamental en la ejecución de la pena conforme a corte de derechos humanos y jurisprudencia nacional, no se aplica.....	169
4.3. Discusión de Resultados	169
4.3.1. La aplicación de la compensación frente a la vulneración de utilización de medida de reserva de la identidad de testigos en la investigación preparatoria a nivel de cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional.	171
4.3.2 La perspectiva de la compensación en la vulneración del principio de contradicción de la prueba en el juicio oral nivel de cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional.....	175
4.3.3. La aplicación de la compensación tras la vulneración de un derecho fundamental en la ejecución de la pena conforme a corte de derechos humanos y jurisprudencia nacional.....	181
4.4. Propuesta de mejora	182
CONCLUSIONES	184
RECOMENDACIONES	186
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	198
ANEXOS	204
ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA	205
ANEXO 2: MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE CATEGORÍAS	207
ANEXO 3: INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS	208
ANEXO 4: EVIDENCIAS FOTOGRÁFICAS	220
ANEXO 5: DECLARACIÓN DE AUTORÍA	221

CONTENIDO DE CUADROS

DESCRIPCIÓN	Pág.
Cuadro 1 Matriz de operacionalización de categorías	25
Cuadro 2 Situación de la capacidad de albergues	73
Cuadro 3 Población penitenciaria	74
Cuadro 4 Matriz de análisis de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Corte Suprema de Justicia del Perú y Corte Superior de Justicia de Junín	¡Error! Marcador no definido.
Cuadro 5 Matriz de análisis de las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos humanos y Juzgado de Investigación Preparatoria	¡Error! Marcador no definido.

CONTENIDO DE FIGURAS

DESCRIPCIÓN	Pág.
Figura 1 Población de liberados	75

INTRODUCCIÓN

La presente investigación titulada “*La lógica de la compensación en el sistema penal desde una perspectiva de corte de Derechos Humanos y Jurisprudencia Nacional*”, tiene como propósito analizar, explicar y desarrollar la aplicación de la lógica de la compensación, desde el enfoque de la jurisprudencia de Cortes de Derechos Humano comprendida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como por la Jurisprudencia nacional.

El problema de la presente investigación radica en la compensación ante la vulneración de una garantía en el sistema penal pues ha de entenderse que el derecho procesal penal es un sistema cuasi perfecto debido a que, que existen vacíos procesales vulneratorios, por lo que, a medida que se sigue un proceso penal las partes procesales tienen una sensación de injusticia cuando se le vulnera algún derecho o garantía (igualdad de armas e integridad personal), ante ello nace la lógica de la compensación que a través de la cognición el juez equiparará esa vulneración proporcionalmente aplicando una medida de compensación, cuando el sistema penal permita la vulneración lícita de una garantía del proceso, sin embargo, en el Perú son muy pocas las jurisprudencias que han aplicado -de manera errónea- esta llamada lógica de la compensación haciendo que su conocimiento sea limitado a nivel nacional por todos los sujetos procesales, entonces, si persiste su inaplicación las garantías del debido proceso se verán violadas flagrantemente.

Frente a ello se formuló el **problema**: ¿Cuál es la perspectiva de la aplicación de la lógica de la compensación en el sistema penal, según las cortes de

derechos humanos y jurisprudencia nacional?, teniendo como **objetivo general**, analizar la perspectiva de la aplicación de la lógica de la compensación en el proceso penal según las cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional; sosteniendo como **hipótesis general** que la perspectiva de la aplicación de la lógica de la compensación a nivel de cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional en el proceso penal, es que se da ante la vulneración de: la medida de reserva de identidad de testigos, la vulneración al principio de contradicción de la prueba y de un derecho fundamental, distinto a la libertad, en la ejecución de la pena.

Empleándose como metodología paradigmática: el **enfoque metodológico** cualitativo, siendo la **postura epistemológica jurídica** el análisis objetivo, coherente y razonado de la jurisprudencia, como **metodología** se aplicó el analítico - sintético, en cuanto al **escenario** no fue posible citar un escenario en concreto debido a que se utilizaron sentencias emitidas por los defensores de derechos humanos en Europa y América, resoluciones emitidas por la Corte Suprema de Justicia del Perú y demás Jurisdicciones, en la **caracterización de sujetos fenómenos** se analizó 34 resoluciones nacionales e internacionales, la **técnica** empleada fue de análisis documental, y por ultimo como **instrumento** se utilizó la matriz de análisis documental.

La tesis está estructurado en cuatro capítulos: **el primer capítulo** trata de la determinación del problema, donde se desarrolla la descripción, formulación, delimitación y justificación, identificándose los tópicos que dan origen a la problemática de la presente investigación apreciándose la vulneración del principio de igualdad de armas y derechos fundamentales del reo, asimismo, se establece el objetivo general y específicos, planteándose como hipótesis que la perspectiva de la aplicación de la lógica de la compensación según cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional en el proceso penal, es que se da ante la vulneración de: la medida de reserva de identidad de testigos, al principio de contradicción de la prueba y de un derecho fundamental, distinto a la libertad, en la ejecución de la pena, asimismo, se desarrolla el propósito, la importancia y las limitaciones; **el segundo capítulo** desarrolla el marco teórico de la investigación analizando preliminarmente los antecedentes nacionales con la atingencia que al ser un tema

novísimo éstos son muy parvos por ello su estudio es demasiado limitado, posteriormente se desarrolla las bases teóricas, teniendo como inicio la descripción y desarrollo del funcionamiento del sistema penal, para luego explicar el modelo procesal penal que acepta nuestro país, para llegar así al kit del informe final de la tesis teniendo como primer punto los aspectos básicos de la lógica de la compensación y finalmente como es su aplicación en cada etapa del sistema penal, así como en su ejecución y como se han de adoptar las medidas de compensación frente a vulneraciones legítimas, y por último se da a conocer la definición de algunos términos que son fundamentales en la investigación. **El tercer capítulo** abarca la metodología de la investigación, donde se contempló el enfoque metodológico, postura epistemológica jurídica, metodología y el diseño metodológico comprendido por la trayectoria del estudio, escenario, caracterización de sujetos o fenómenos, la técnica, tratamiento de la información, rigor científico y consideraciones éticas. **El cuarto capítulo** está referido a la descripción de resultados obtenidos en la investigación a través de un análisis de la jurisprudencia nacional e internacional referente a la compensación procesal tras una vulneración, cabe resaltar que la información respecto del tema es limitada por ser un tema novísimo por lo que incluso se tuvo que traducir sentencias internacionales, datos que sirvieron para la contratación de las hipótesis y discusión de los mismos, en consecuencia se propone la realización de un acuerdo plenario cuya aplicación de la lógica de compensación sea de obligatorio cumplimiento para los administradores de justicia.

Una vez analizada la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, jurisprudencia internacional y nacional, se obtuvo como resultado que esta teoría se aplica ante vulneraciones procesales siguiendo las pautas establecidas por la jurisprudencia convencional para emitir una resolución con un criterio adecuado.

Luego del desarrollo de la investigación se llegó a la **conclusión** que la perspectiva de esta teoría es proteger y prevenir a los sujetos ante vulneraciones procesales, analizando ciertas pautas en cada caso específico; en el Perú, se aplicó la lógica de la compensación de manera errónea, debido a una falta interpretativa de las pautas convencionales, contrario sensu a la jurisprudencia de derechos

humanos, luego de ello se dio como recomendación la realización de un acuerdo plenario de la lógica de la compensación cuyo uso será de obligatorio cumplimiento para los administradores de justicia, todo ello con la finalidad de contribuir a la solución del problema materia de investigación

LOS AUTORES.

CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática

En un proceso penal muchas veces existen incidentes, los cuales no tienen un tratamiento contemplado en la norma de manera taxativa, incidentes que denotan una suerte de desigualdad procesal; por lo que, surge la lógica de la compensación, como una garantía establecida por primera vez en el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), donde mediante una resolución otorgaban facultades a la judicatura para que puedan establecer medidas de compensación, ante una garantía violada en el proceso penal u ejecución de la pena.

Ha de entenderse que la lógica de compensación, conforme a la jurisprudencia internacional y a la poca jurisprudencia nacional encontrada, tendría que ser aplicada en todas y cada una de las etapas del proceso penal; esto es, desde el inicio de diligencias preliminares hasta la ejecución de la pena, para así poder ejercer de manera plena el principio de igualdad de armas en el proceso penal.

Sin embargo, el problema que surge en el Perú es que son pocas las resoluciones que han aplicado dicho criterio a pesar que esta garantía fue reconocida por la CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) y si los magistrados peruanos siguen ignorando esta garantía procesal, se seguirán vulnerando el derecho a un debido proceso en su vertiente de igualdad de armas, ya sea en contra del imputado o de los demás sujetos procesales, es mas no solo se vulneraria dentro del proceso penal, sino, ante una eventual condena, sin embargo, existe la manera de solucionar este problema mediante la obligatoriedad de la aplicación de esta figura jurídica a través de un acuerdo plenario que obligue a los juzgadores aplicar la lógica de la compensación reconocida por las Sentencias de las Cortes de Derechos Humanos y jurisprudencia nacional, a fin de evitar que se sigan cometiendo vulneraciones por omisión -desconocimiento-.

1.2. Delimitación del problema

El presente problema es cualitativo; por lo que, la delimitación temporal tiene como rango de fechas 2001-2021, intervalo temporal en el que se ha desarrollado la teoría de la lógica de la compensación, en la jurisprudencia nacional e internacional, por lo que, la presente investigación se sustentó en decisiones de las Cortes protectoras de derechos humanos comprendida por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; así como, la jurisprudencia nacional, principalmente emitida por la Corte Suprema de Justicia del Perú y el Tribunal Constitucional.

1.2.1. Delimitación espacial.

En la investigación, no se precisa un ámbito de estudio geográfico, por la naturaleza del estudio, solo se acudió al análisis de las sentencias de las Cortes de Derechos Humanos comprendida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como, por la jurisprudencia nacional emitida por la Corte Suprema de Justicia del Perú, el tribunal Constitucional y otras jurisdicciones.

1.2.2. Delimitación temporal.

Para el estudio se eligió sentencias por su grado de importancia y coherencia que guardan relación con el problema de la aplicación de la lógica de compensación correspondiente a los años 2001 al 2021.

1.2.3. Delimitación conceptual.

Al hablar de la lógica de la compensación debemos de remitirnos a la doctrina elaborada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en la sentencia Al- Khawwaja y Tahery contra Reino Unido misma que **hace referencia a la compensación ante una vulneración de la contradicción de la prueba**; es decir que el imputado al momento de ejercer su derecho a la defensa en el proceso penal adversarial, no pudo defenderse o contradecir una prueba presentada por la fiscalía vulnerándose así sus derechos, de defensa, a la contradicción de la prueba, igualdad de armas; para lo cual el TEDH fijó unos criterios para la validez de esta vulneración y su compensación respectiva, criterios que fueron replicados en el Recurso de Nulidad 4202018/Cajamarca. Estas garantías violadas conjuntamente con la aplicación de la lógica de la compensación se desarrollaron en la presente investigación.

Cabe señalar que otra sentencia desarrollo esta garantía, pero en otro estadio del proceso penal, esto es, la resolución sobre medidas preventivas del Penal Placido, dicho instituto penitenciario tenía un 196% de hacinamiento y muchos internos murieron, la mencionada resolución se emitió el 22 de noviembre de 2018. El precedente en mención reflexiona sobre la pena lícita e ilícita, cuando el juez

sentencia la pena es lícita; pero cuando el reo es internado y vive en condiciones inhumanas, se convierte en una pena ilícita para lo cual la corte interamericana de derechos humanos menciona que se debe compensar 2 días de pena ilícita por 1 día de libertad.

En la presente investigación se desarrolló los conceptos sobre la lógica de la compensación, establecidos jurisprudencialmente por la Corte Europea de Derechos Humanos e internalizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aplicado someramente en el Perú; del mismo modo se desarrolló la conceptualización del proceso penal, principios, garantías y etapas; por último, desarrollamos la aplicación de la lógica de la compensación en cada una de las etapas del proceso penal, iniciando en la investigación preliminar, investigación preparatoria, juicio oral y culminando en la ejecución de sentencia, estableciendo el medio adecuado para que se pueda aplicar la lógica de la compensación en cada una de ellas.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema General.

¿Cuál es la perspectiva de la aplicación de la lógica de la compensación a nivel de las cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional en el sistema penal?

1.3.2. Problemas específicos.

1. ¿Cómo se aplica la compensación frente a la vulneración de utilización de la medida de reserva de la identidad de testigos, en la investigación preparatoria conforme a las cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional?
2. ¿Cuál es la perspectiva de la compensación tras la vulneración del principio de contradicción de la prueba en el juicio oral, según las cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional?
3. ¿Cómo se aplica la compensación tras la vulneración de un derecho fundamental en la ejecución de la pena, conforme a las cortes de derechos humanos?

1.4. Justificación de la investigación

1.4.1. Justificación Social.

Para Witker (2021) la justificación social es definida como:

La relevancia social, por su parte, tiene que ver con la importancia de la investigación en el campo social, y en la solución de problemas humanos en el contexto específico del Derecho, por ejemplo, estableciendo conexidades o relaciones con aspectos omitidos por investigaciones precedentes. (p. 133)

En el desarrollo de un proceso penal existen circunstancias que no están contempladas necesariamente en nuestro Código Procesal Penal, debido a ello se puede afirmar la existencia de vacíos o situaciones que pueden generar un sentimiento de desigualdad hacia una de las partes procesales, deviniendo en un sentimiento de injusticia causada por los juzgadores, sin embargo, con la lógica de la compensación se va a llenar cualquier vacío que se presente en el proceso penal, que vulnere alguna garantía procesal a alguno de los sujetos procesales que a criterio del juez tiene que ser compensada siempre y cuando este no sea un acto violatorio pero que no genere sensación de parcialización.

La trascendencia social que tendría la aplicación de la lógica de la compensación en el proceso penal, radica en la equiparación de igualdad entre los sujetos procesales, dándole al juez penal más facultades para que pueda desarrollar un mejor criterio, siempre y cuando este no resulte violatorio. Con la presente investigación se beneficiarán todos aquellos sujetos procesales que estén sometidos a un proceso penal y aquellos reos que sufren de penas inhumanas dentro de los establecimientos penitenciarios; compensando los derechos y garantías que se le vulneren en el proceso penal - en cualquier etapa -.

1.4.2. Justificación Teórica.

Para Zenteno (2015), la justificación social se determina de la siguiente manera:

Los criterios para evaluar el valor potencial de una investigación son en razón del (...) **valor teórico**. De esta manera, en las exposiciones de motivos de una iniciativa de ley o de una reforma, o cualquier otra forma de eliminación o producción de derecho, se deben exponer las razones que justifican la ley o sus reformas para que el legislador posea una visión clara de la problemática planteada, las aclaraciones

conducentes para una posible interpretación de la norma y el planteamiento de ejemplos para aclarar el sentido de ésta. (p. 52)

Con la presente investigación se tuvo como pretensión, el aporte de nuevo conocimiento jurídico al Perú, analizando la aplicación de la teoría de la lógica de la compensación; teoría que nace en Europa específicamente en el Tribunal Europeo de Derechos; la lógica de la compensación consiste en que el juez a su criterio discrecional puede compensar un derecho o una garantía previamente vulnerada, siempre y cuando no tenga una trascendencia de suma importancia o cuando esta medida de compensación no vulnere otra garantía procesal o derecho de alguna de las partes procesales.

Esta llamada lógica de la compensación es pasible de ser aplicada en distintas etapas del proceso penal; es más, se ha aplicado en la ejecución de la pena de los internos de un establecimiento penitenciario, al ser sometidos a condiciones inhumanas, que no solo restringían su derecho a la libertad, sino que vulneraban otros derechos esenciales como la salud, la dignidad, entre otros; estableciendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos la posibilidad de compensar dos días de pena ilícita por un día de libertad. Por lo que, para el desarrollo de esta investigación se va a tomar en cuenta la perspectiva de las sentencias según cortes de derechos humanos, así como jurisprudencia nacional.

1.4.3. Justificación Metodológica.

Para Álvarez (2019) la justificación metodológica

Implica describir la razón de utilizar la metodología planteada. Es indispensable que se resalte la importancia de usar la metodología. Así, por ejemplo, se explica que para determinar los factores de emprendimiento internacional se realizará un grupo focal de modo que pueda conocerse a fondo las razones que tienen los recién graduados. Se debe hacer énfasis explicando las ventajas de utilizar el grupo focal en comparación con otras metodologías. (p. 58)

En la presente investigación se propuso el cuadro de análisis documental como un instrumento para la recolección de datos, debido a que sirvió para el análisis de las sentencias recolectadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Jurisprudencia nacional,

asimismo, dicho instrumento de investigación servirá como guía para futuras investigaciones jurídicas.

1.5. Objetivos de la investigación

1.5.1. Objetivo General.

Analizar la perspectiva de la aplicación de la lógica de la compensación en el sistema penal, según cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional.

1.5.2. Objetivos Específicos.

1. Describir la aplicación de la compensación frente a la vulneración de utilización de la medida de reserva de la identidad de testigos, en la investigación preparatoria conforme a las cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional en el proceso penal.
2. Explicar la perspectiva de la compensación en la vulneración del principio de contradicción de la prueba en el juicio oral de acuerdo a las cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional en el proceso penal.
3. Describir la aplicación de la compensación tras la vulneración de un derecho fundamental, distinto a la libertad, en la ejecución de la pena conforme a las cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional.

1.6. Hipótesis de la investigación

1.6.1. Hipótesis general.

La perspectiva de la aplicación de la lógica de la compensación según cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional en el proceso penal, es que se da ante la vulneración de: la medida de reserva de identidad de testigos, al principio de contradicción de la prueba y de un derecho fundamental, distinto a la libertad, en la ejecución de la pena.

1.6.2. Hipótesis específicas.

1. La aplicación de la compensación frente a la vulneración de utilización de medida de reserva de la identidad de testigos en la investigación preparatoria conforme a corte de derechos humanos y jurisprudencia nacional, se da siguiendo las pautas, en algunos casos, con el criterio adecuado al emitir el fallo en un auto.
2. La perspectiva de la compensación en la vulneración del principio de contradicción de la prueba en el juicio oral nivel de corte de derechos humanos y jurisprudencia nacional en el proceso penal, es que se sigue las pautas, en la

mayoría de los casos con el criterio adecuado, al emitir el fallo en las sentencias, a diferencia del Perú.

3. La aplicación de la compensación tras la vulneración de un derecho fundamental en la ejecución de la pena conforme a corte de derechos humanos y jurisprudencia nacional, no se aplica.

1.6.3. Operacionalización de categorías.

Cuadro 1 Matriz de operacionalización de categorías

CATEGORÍA	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	SUB-CATEGORÍA	INDICADORES
LÓGICA DE LA COMPENSACIÓN	El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2009) En el caso Al-Khawaja y Tahery vs Reino Unido el tribunal define a la lógica de la compensación como mecanismos de reequilibrios adecuados para compensar en grado suficiente los déficits bajo los que actúa la defensa. (voto concurrente de los jueces Sajó y Karakas)	X1= Compensación tras la vulneración de la medida de reserva de identidad de testigos en la investigación preparatoria	A) La autoridad judicial debe conocer la identidad del testigo y tener la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio B) Debe concederse a la defensa una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en alguna de las etapas del proceso.
		X2= Compensación frente a la vulneración del principio de la contradicción de la prueba en juicio oral.	A) Si había un motivo justificado para la no contradicción en la actuación del acto de aportación de hechos.
			B) Si la declaración en cuestión serían el fundamento único o determinante para la decisión. C) Si había elementos de compensación, principalmente sólidas garantías procesales suficientes para contrarrestar las dificultades causadas a la defensa y asegurar la equidad del procedimiento

		X3= Compensación tras la vulneración de un derecho fundamental en la ejecución de la pena	A) Si en el establecimiento penitenciario se aplican penas ilícitas. B) Compensación de un día de libertad por dos de penas ilícitas.
--	--	---	--

1.7. Propósito de la investigación

La presente investigación tuvo como propósito desarrollar y explicar la perspectiva de la aplicación de la lógica de la compensación, tanto desde el punto de vista de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como desde la Jurisprudencia o pronunciamientos judiciales nacionales.

Una vez esbozada dicha perspectiva, se desarrolló las pautas y criterios para su aplicación, posteriormente se analizaron las situaciones especiales de aplicación y por último se analizó la factibilidad de su aplicación obligatoria a petición de parte y de oficio, proponiendo que se realice un acuerdo plenario a través del cual se obligue su aplicación en todas las judicaturas del Perú.

1.8. Importancia de la investigación

La importancia de este estudio reside en que, en el caso del derecho procesal penal, ésta figura resulta ser un elemento esencial para determinar cuándo una acción es merecedora de una compensación, no obstante, a pesar de su relevancia, aún faltan estudios que profundicen sobre ello y surtan de conocimiento a los operadores de justicia para que pueda ser aplicada objetivamente en favor de las partes procesales.

Esta importancia se agudiza, cuando se evidencia además que esta puede ser aplicada en cualquier etapa del proceso, sea investigación preliminar, juicio oral e incluso en la ejecución de la pena.

1.9. Limitaciones de la investigación

La presente investigación tiene como principal limitación los escasos antecedentes, como la falta de investigaciones previas respecto a la lógica de la compensación o investigaciones a fines, esto en vista a que, dicho tema es prácticamente nuevo en Latinoamérica, siendo aplicada en contables ocasiones por

la Corte Interamericana de Derechos Humanos; debido a que, es una teoría de procedencia europea; en el Perú es aún más limitada su aplicación, siendo que hasta el momento solo se ha aplicado en tres resoluciones de la Corte Suprema de Justicia del Perú; del mismo modo, otra limitación existente es en cuanto al material bibliográfico, por los mismos motivos ya mencionados.

Por último, las sentencias que han desarrollado el tema con mejor criterio fueron expedidas por el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), que por el lugar geográfico en el que se encuentra, sus resoluciones son emitidas en idiomas distintos al español, por lo que, para realizar la presente investigación tuvieron que ser traducidas a nuestro idioma.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

Antes de desarrollar los antecedentes encontrados para la presente investigación se debe recalcar que por ser un tema original y novedoso en Perú no se ha encontrado más antecedentes de los citados, habiendo buscado en los siguientes sitios web:

- ✓ <http://renati.sunedu.gob.pe/>
- ✓ <https://dialnet.unirioja.es/>
- ✓ <https://repositorio.continental.edu.pe/>
- ✓ <https://repositorio.upla.edu.pe/>
- ✓ <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/>
- ✓ <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/>
- ✓ <https://repositorio.ucv.edu.pe/>
- ✓ <http://diposit.ub.edu/dspace/>
- ✓ <https://raco.cat/raco/index.php/es/inicio/#gsc.tab=0>
- ✓ <https://www.tdx.cat/>
- ✓ <https://biblioteca.unizar.es/como-encontrar/tesis>

Habiéndose encontrado dos tesis nacionales, ninguna internacional; del mismo modo se encontró solo un artículo conforme al siguiente detalle:

2.1.1. Antecedentes nacionales.

Meléndez (2020) *“Consecuencia jurídica aplicable en la justicia penal peruana a la violación del derecho a ser juzgado en el plazo razonable”*. [Tesis Posgrado], para optar el grado académico de Maestro en Derecho Procesal, Universidad San Martín de Porres, Lima, Perú; llegó a las siguientes conclusiones:

- v. La consecuencia jurídica que se debe aplicar a la violación del derecho a ser juzgado en el plazo razonable originado en el proceso penal peruano es la de insubsistencia de la acción penal.
- vi. Declarar la insubsistencia de la acción penal; si bien consiste en dejar sin efecto legal todo lo actuado, también significa la no continuación de la causa judicial cuestionada por incumplir con el plazo razonable, no tiene efectos para atrás sino también impide su continuación del proceso. (p. 77)

El autor plantea que la manera de compensar la vulneración del derecho a un plazo razonable de la investigación penal o de todo el proceso penal sin que este

termine en una sentencia condenatoria firme, es con la declaración de insubsistencia de la acción penal, es decir que se cumple con los requisitos generales para la aplicación de la lógica de la compensación; pero dicha medida es muy radical puesto que en el Perú existe el Control de Plazo¹, regulado en el código procesal penal, con esta forma específica de tutela de derechos se protege al imputado de que la investigación se prolongue por un tiempo irrazonable, haciendo un sistema garantista. La tesis que se plantea en el citado discrepa con la que se desarrolló en la presente investigación debido a que si bien es cierto se vulnera una garantía procesal, la compensación es extremista más aun cuando existen mecanismos que se pueden plantear para la solución del problema, no cumpliendo con uno de los requisitos, que es la no vulneración de otro derecho con la compensación.

Huamán (2021) “*Vulneración del principio de igualdad de armas en la improcedencia de terminación anticipada en acusación directa*”. [Tesis Pregrado], para optar el título profesional de Abogado, Universidad Nacional de Piura, Piura, Perú; llevo a las siguientes conclusiones:

B. El derecho fundamental de Igualdad, en su manifestación de Igualdad Procesal, no es un derecho absoluto, lo que significa que no se concibe con la finalidad de materializar una Igualdad rígida, absoluta o aritmética, sino por el contrario; se busca una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de los derechos de acción y defensa de ambas partes. Por tanto, el ámbito de protección de este principio se extiende a la posibilidad de realizar distinciones o desigualdad de trato entre los sujetos procesales siempre que se funde en razones objetivas, justificables y constitucionales. Resulta trascendental que si bien, prima facie el Estado busca la igualdad de condiciones entre las partes de un proceso; la principal finalidad apuntará a proteger siempre a la parte más débil a través de la protección de sus intereses y el fortalecimiento de su defensa con mecanismos que le permitan material y no solo formalmente, actuar y defender sus derechos, pretensiones e intereses a una altura

¹ El control de plazos es una modalidad específica de la tutela de derechos, que ha merecido una regulación separada de ella, debido a su gran importancia en el actual sistema procesal

razonable con su contraparte. En resumidas cuentas: “La igualdad de los intervinientes en el proceso penal procura, sobre todo, mantener el equilibrio entre el poder del “Ius Puniendi”, a través de la acción penal y el Derecho de Defensa del imputado.”

C. La vulneración del Principio de Igualdad de Armas cobra lugar cuando la diferenciación de trato a una de las partes sufre de arbitrariedades o justificaciones no razonables. (p. 74)

El autor de la tesis citada, plantea que ante una acusación directa realizada por parte del Ministerio Público, se vulnera el principio de igualdad de armas, por cuanto, no se permite al imputado, someterse a una de las salidas alternativas del proceso penal, esto es, la terminación anticipada, el autor indica que no existe fundamento para dicha prohibición, pues contraviene con el derecho de defensa, así como los principios de las salidas alternativas del proceso penal, en cuanto a la celeridad y economía procesal, pues una persona que desea someterse a una terminación anticipada, es porque reconoce los hechos por los que se le imputa; sin embargo, en el numeral 4) del artículo 336° del código procesal penal señala que el fundamento por el cual existe esta institución jurídica es que existen suficientes elementos de convicción para que el persecutor del delito ejerza la acción, por lo que la confesión del imputado conjuntamente con su aceptación de cargos devendría en inútil, sin embargo, se ha de tener en cuenta que en juicio oral se puede dar una conclusión anticipada, por lo que el fundamente esbozado anteriormente pierde fuerza en su fundamento, resultando vulneratorio la prohibición de una terminación anticipada al existir una acusación directa; y es que esta investigación tiene una íntima relación con la presente investigación a razón que propone como medida compensatoria, ante la problemática establecida en líneas anteriores, que en el plazo de los diez días para que la defensa interponga observaciones formales y sustanciales, exista la posibilidad de solicitar la terminación anticipada como medida de compensación.

Moreno (2019). *“Los elementos de convicción graves y fundados en la medida de prisión preventiva. comunicaciones telefónicas y testigos protegidos”* [Artículo de Investigación], Lima, Perú; llegó a las siguientes conclusiones: (...) 4. En el caso de los testigos protegidos, estos no podrán sustentar una resolución de

prisión si no existen actos de corroboración sobre su versión, ello exige la lógica de compensación establecida por la CIDH. (p. 55)

Dicha conclusión coadyuva a la presente investigación; por cuanto, indica que la lógica de la compensación aplicable a los testigos protegidos radica en la posibilidad de poder interrogar o conainterrogar en algún estadio procesal al testigo impropio, para de esa manera poder ejercer el derecho a la defensa y que dicha prueba sea sometida al contradictorio para una adecuada valoración. En relación a lo planteado por el profesor Moreno en la que señala, que no se puede imponer una medida de coerción procesal cuando no existen elementos que corroboren la información brindada por el testigo protegido.

2.1.2. Antecedentes internacionales.

Antes de desarrollar el antecedente encontrado para la presente investigación se debe recalcar que por ser un tema original y novedoso no se ha encontrado más antecedentes del citado, habiendo buscado en los siguientes sitios web:

- ✓ <https://renati.sunedu.gob.pe/>
- ✓ <https://www.dart-europe.eu>
- ✓ <https://www.tdx.cat/>
- ✓ <https://search.ndltd.org/>
- ✓ <https://www.openthesis.org/>
- ✓ <https://dialnet.unirioja.es/tesis>
- ✓ <https://oatd.org/>
- ✓ <https://www.red-redial.net/bibliografia-documento-tesis.html>
- ✓ <https://www.opengrey.eu/>

Gutierrez (2020) “*Los testigos protegidos como estrategia de lucha contra la corrupción*”. [Tesis Posgrado], para optar el grado de Master Iberoamericano en Políticas Anticorrupción, Universidad de Salamanca, Salamanca, España, llegó a las siguientes conclusiones:

- Se ha demostrado que la manera más eficaz de combatir la corrupción es con el aporte secreto que hacen las personas que conocen de un hecho de esa naturaleza, ello se debe a varios factores, miedo o temor de represalias, pero también desconfianza en las autoridades encargadas de la investigación (Policía, Fiscalía o el propio órgano de control de la entidad pública donde

se desempeña el funcionario, pérdida de tiempo, de dinero en traslados a la Fiscalía a rendir sus declaraciones), es por tal razón que prefieren contar lo sucedido a una persona de confianza quien será la que transmite esa información a los canales respectivos

- En esa etapa, en donde el testigo se decide a acudir a dar su testimonio que el Fiscal o Policía deben “captar” a su testigo y examinar si su versión corrobora la tesis inculpativa, de ser así es su obligación como funcionario que actúa en representación del Estado de informar sus derechos y deberes como testigo y realizar el procedimiento para incluirla en el programa de testigos protegidos.

El autor de la presente investigación, indica en primer lugar que, la colaboración eficaz responde a las represalias que pueden tomar los imputados sobre los que declara en contra; el colaborador eficaz, este factor responde -como se verá más adelante – al primer requisito de la lógica de la compensación, esto es si había un motivo justificado para la no contradicción en la actuación del acto de aportación de hechos; sin embargo, se ha de tener presente que este requisito ha de ser probado y no simplemente presumido; como segunda conclusión, el autor plantea como segunda conclusión, que el órgano persecutor del delito, está en la obligación de tomar la declaración del delator, siempre y cuando corrobore la tesis inculpativa, con la finalidad de incluirla en la investigación, afirmación que no concuerda con la presente investigación, ello debido a que no se toma en cuenta los dos últimos requisitos de la lógica de la compensación, no pudiendo evaluar el valor probatorio del presente testimonio, así como los elementos de compensación por la vulneración del derecho a la contradicción de la prueba; como se puede apreciar, el autor ha descrito de manera gaseosa algunos elementos indispensables de la colaboración eficaz ; sin embargo en la presente investigación se hizo un estudio pormenorizado de la validez de estos testimonios. Se ha de tener en cuenta que la investigación citada, no tiene relación directa con el tema de investigación, ni con la única categoría “Lógica de la compensación”.

2.2. Bases Teóricas de la Investigación

2.2.1 El sistema Penal en el Perú.

Preliminarmente se ha de dar algunas precisiones respecto del sistema penal peruano y cuáles son los principios que lo erigen, además de precisar las etapas del proceso penal en las que se ha aplicado la lógica de la compensación.

En primer lugar, tenemos que entender que nuestro sistema penal está compuesto por varias ramas, siendo multidisciplinaria, de esta manera Jescheck citado por Roxin (2000) indica que:

En esta misma perspectiva se hace mención a la “ciencia global del derecho penal”, que incluye no solo el derecho penal material - ciencia base de todo este campo jurídico— sino también el derecho procesal penal, el derecho de ejecución penal -cuya parte más relevante, aunque distinta, es el derecho penitenciario [Jescheck]- y el derecho penal juvenil, como ciencias normativas que se ocupan de reglas jurídicas y su aplicación—, así como la criminología, como ciencia de la realidad sector científico interdisciplinario [Jescheck]-, que representa el lado empírico de todas las disciplinas jurídicas antes citadas (p. 88).

En consecuencia, corresponde afirmar que el sistema penal peruano está compuesto por distintas ramas, como primer pilar tenemos al derecho penal sustantivo, que en el Perú tiene como principal fuente el Código Penal de 1991, que en su contenido se divide en dos grandes grupos, el primero recoge la parte general de derecho penal y el segundo la parte especial, en donde se describen todos los tipos penales. Como segundo pilar se encuentra, como parte adjetiva, al derecho procesal penal, en el cual se regula como se aplica el derecho penal y todos los procedimientos establecidos. En tercer lugar, está el derecho penitenciario, el cual regula la ejecución de una sentencia; estas tres ramas son las más importantes para la presente investigación, que en cada una de ellas permite establecer a la lógica de la compensación como parte solucionadora de los problemas existentes en el sistema penal.

Entendido ello se ha de tomar en cuenta que existen tres niveles en el sistema penal; como primer nivel tenemos a) la creación de normas penales, que consiste en el acto que hace el legislador para crear normas referentes al sistema penal, a este nivel se denominara normativo; b) como segundo nivel se tiene a la aplicación

de estas normas antes creadas, pudiendo distinguir dos subniveles como son la aplicación y la ejecución de las normas penales, este nivel se lleva a cabo por el derecho penal, el derecho procesal penal, el derecho penitenciario y demás, ; c) como tercer y último nivel se tiene el ámbito ideológico que consiste en la política criminal, que es la constante verificación que los anteriores dos niveles están funcionando correctamente por lo que se puede concluir que nuestro sistema penal está compuesto por diversas ramas. Llegando a esa misma conclusión el profesor Flores (2016):

Siendo así, podemos decir que el derecho penal establece las conductas incriminadas y su respectiva sanción; al derecho procesal penal le corresponde establecer la responsabilidad y el quantum de la sanción que le corresponde al agente infractor, dentro de los límites que establece el Código Penal para un caso concreto; y al derecho penitenciario le corresponde la ejecución de la sanción impuesta, la misma que está encargada a funcionarios de la administración penitenciaria (p. 53). De lo precisado en los párrafos anteriores se afirma que, en la íntima relación de derecho penal, procesal penal y penitenciario; se ha de llegar a establecer un círculo infinito de constante evaluación por parte de la criminología que se ha de complementar con la política criminal para así poder llegar a establecer un sistema penal casi perfecto.

Ya habiendo establecido en que consiste nuestro sistema penal y lo amplio que es, ahora es momento de hablar el modelo procesal penal tomado por el legislador del código procesal penal del 2004.

2.2.2 El proceso penal y el modelo continental.

El derecho procesal penal en palabras de De La Oliva (2002) se define como “(...) aquel sector del derecho procesal que regula los presupuestos, requisitos y efectos del proceso penal: elementos subjetivos, objeto y actos procesales penales. Las normas que lo comprenden inciden jurisdiccional penal, concerniente al derecho penal, y dicha tutela”. (p. 225)

Es decir que el derecho procesal penal se ha de encargar de la aplicación del derecho penal, implementando propiamente un “proceso”, así como el objeto del proceso, y demás cuestiones.

En esa misma línea, Moras (1999) sostiene:

El Derecho Procesal Penal, es la rama del derecho público que establece los principios y regulación tanto de los órganos jurisdiccionales del Estado para la administración de justicia, como del proceso como medio para la concreción del derecho sustancial en el caso particular. (p. 13)

Entonces se puede afirmar -como ya se ha mencionado- que el proceso penal es una rama del sistema penal en general, de carácter público y tiene como finalidad poner en marcha o dar eficacia al derecho penal, ya que el proceso penal tiene como principal cuerpo normativo el Código Procesal Penal de 2004; siendo el proceso penal un sistema cuasi perfecto para llevar a cabo toda la investigación y juzgamiento de una persona que se le presume ha cometido un delito estableciendo cuestiones como las etapas del proceso, la jurisdicción, los recursos impugnatorios y demás.

Para efectos de la presente investigación es muy importante tener claro cuál es el modelo procesal penal peruano, algunos autores señalan que es un modelo acusatorio adversarial como por ejemplo Peña (2015) quien al respecto se hace la siguiente pregunta:

¿Qué significa entonces un modelo adversarial del proceso penal? En un proceso penal se confrontan dos partes o sujetos procesales: el Fiscal y el imputado, quienes a partir de las facultades probatorias que el CPP del 2004 les confiere, dirigen todos sus argumentos de defensa para que la resolución judicial acoja sus pretensiones. El proceso es visto como una contienda entre partes, en igualdad de condiciones, con un tercero, el juez, en funciones de árbitro (supra partes), aunque sin adoptar un rol protagónico. El juez en este caso se sitúa como un tercero imparcial, no interviene en la dinámica de la prueba, es decir, no interactúa en el proceso de investigación, solo interviene como garante de la legalidad y como encargado de imponer las medidas de coerción o medidas limitativas de derecho que sean necesarios para asegurar los fines del procedimiento. (p. 48)

Conviene subrayar que el referido autor indica que el sistema adversarial se caracteriza por la existencia de total igualdad de armas ahora bien en cuanto al principio acusatorio que define nuestro sistema Peña (2015) indica que:

La implementación de un sistema acusatorio no solo tiene que ver con la función investigadora del fiscal y su rol promotor de la acción penal, sino que también incumbe la facultades discrecionales que se le confiere, a partir de los criterios de oportunidad y otras fórmulas de consenso (justicia penal negociada) que se dirige a privilegiar la economía procesal, abreviando el proceso y personalizando la conflictividad social producida por el delito, atendiendo el interés del imputado y de la víctima (pareja criminal), dejando de lado la imagen de una justicia penal apegada estrictamente al principio de legalidad, de pretender perseguir todas las causas con apariencia de criminalidad y de sancionar penalmente a todos los transgresores de la norma jurídico-material. (p. 44)

Respecto del mismo punto la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú mediante el Recurso de Nulidad 610-2018 Lima del 07 de agosto de 2018 en su fundamento jurídico quinto indica que:

El orden constitucional encomienda exclusivamente al Ministerio Público la persecución del delito. Desde esta perspectiva, se ha sustraído a los jueces de la función de acusar para recuperar, en esencia, su exclusiva labor de juzgamiento, con lo que constitucionalmente se clausura la posibilidad de construir o permitir el funcionamiento de un sistema inquisitivo. El sistema acusatorio exige, conforme a la doctrina especializada, que alguien inste la constitución de un proceso penal, que la actividad jurisdiccional se promueva externamente al propio Poder Judicial y que, por tanto, queden separadas las funciones de acusar y de juzgar (p. 8)

Por otro lado, existe otra la posición – más acertada – que señala que el sistema penal peruano es acusatorio contradictorio como el Juez Supremo Neyra Flores (2015) quien indica que:

Existió confusión en la interpretación del Código Procesal Penal como un sistema acusatorio adversarial cuando se trata en realidad

un sistema acusatorio contradictorio, debido a que las fuentes de nuestro modelo no son anglosajones sino principalmente Europeo Continental: España, Italia, Alemania, Francia y Portugal, más de Sudamérica: Chile, Colombia y Costa Rica. Así, en un sistema acusatorio adversarial cada parte investiga por su cuenta, a diferencia del nuestro que contamos con un director de la investigación que es oficial, el Ministerio Público, a través del cual objetivamente se deben atender las solicitudes de elementos de convicción del denunciante o con mayor representación del actor civil, del investigado o imputado, siempre que estos sean conducentes, pertinentes y útiles a un proceso que busca garantías, el respeto de los derechos de los imputados, pero también la eficiencia, para que de esta forma, exista una respuesta a la víctima, a las partes y a la sociedad (p. 8)

Por lo que se debe de tener muy en claro que en el modelo procesal peruano es de orden acusatorio contradictorio, esto debido a que, el único dueño de la investigación es el fiscal representante del Ministerio Público, que tras formarse convicción y al concluir la investigación preparatoria, decide si acusara o sobreseerá el caso; siendo el único quien legítimamente ejerce la acción penal; ahora es contradictorio porque si bien es cierto en nuestro modelo penal no existe una investigación paralela por parte de la defensa técnica del procesado, este tiene muchos derechos dentro incluso de la investigación, haciéndolo valer a través de pedidos al fiscal, y si este último se los negara de manera infundada procederá al Juez de Garantías o Juez de Investigación Preparatoria para que este emita pronunciamiento al respecto. Esta posición era sumida y enseñada por el profesor Neyra (2010) desde años precedentes:

El Código Procesal Penal de 2004 se adscribe a un sistema acusatorio contradictorio, pues luego de los pasos que hemos dado desde un sistema inquisitivo a uno mixto para regresar a uno inquisitivo encarnado en el proceso sumario, el legislador ha creído conveniente tener un sistema respetuoso de los derechos fundamentales que se base en los adelantos de la ciencia en general

como de la jurídica, en ese sentido, el proceso penal desde la revolución francesa ha sufrido una evolución influida por sistema como el adversarial [y el acusatorio moderno] que como se evidencia ha llegado a estos días. (p. 111).

Desde esa misma idea Bernal, Montealegre señalan que el sistema procesal penal peruano:

(...) permiten calificar, desde las lógicas euro continentales, como acusatorio, sin otros adjetivos, el proceso penal nacional. Las características estructurales de la configuración orgánica y funcional del juez y del fiscal, bajo la idea fuerza de un juez objetivo, independiente e imparcial, y de un fiscal que integra un órgano autónomo de derecho constitucional, informado por los principios de objetividad y de obligatoriedad o legalidad, constituyen la base de un modelo acusatorio razonable, que garantice la lucha contra el delito con pleno respeto de los derechos individuales -expresión de la alta profesionalización de las labores jurídicas que entraña el proceso penal moderno, que lo ha convertido en una tarea sofisticadamente técnica (p. 311)

En consecuencia, se ha de tener en claro que este sistema procesal penal tiene la característica de ser acusatorio contradictorio o como otros lo denominan eurocontinental, puesto que es un sistema mixto, a diferencia de antes de la entrada del código procesal penal de 2004 que era un sistema inquisitivo; en nuevo modelo procesal penal es garantista ya que tiene como personaje principal al imputado sobre el que recaerá la acción penal para una ulterior condena. Es así que el sistema procesal penal del Perú es necesario la existencia de un fiscal, quien es el dueño de la investigación en ayuda de la Policía Nacional del Perú, también se tiene un juez de investigación preparatoria quien será el encargado de velar por la legalidad y el respeto a los principios en el proceso penal para por último llegar hasta el juez de juzgamiento, en donde se actuará todas las pruebas de cargo y de descargo recopiladas durante la investigación.

2.2.2.1. Etapas del proceso penal.

Ahora bien, se ha de precisar cuáles son las etapas del proceso penal, mismas que se han dividido en tres etapas sobresalientes, las cuales son; etapa de investigación preparatoria (investigación preliminar e investigación formalizada), etapa intermedia y etapa de juzgamiento.

Cabe señalar que la investigación preparatoria se divide en dos:

En las diligencias preliminares existen muchas formas en que la autoridad tome conocimiento de la noticia criminal, por lo que se genera una sospecha inicial o simple y se inician las diligencias preliminares, que tienen como finalidad la realización de actos urgente e inaplazables de investigación, todo ello con la finalidad de determinar si efectivamente los hechos materia de investigación sucedieron, por otro lado, se busca asegurar los elementos de convicción que se puedan encontrar en esta etapa. Las diligencias preliminares tienen una duración – en casos simples – de 60 días y se puede prorrogar por 60 días más, haciendo un total de 120 días. Las opciones que tiene el fiscal una vez terminado este plazo es archivar la causa o formalizar la investigación preparatoria.

En la investigación preparatoria formalizada el fiscal formaliza la investigación preparatoria porque en su convicción interna se ha generado una sospecha reveladora de la existencia del ilícito penal, por lo que el fiscal realiza nuevos actos de investigación ordenando se practiquen las diligencias necesarias con la finalidad de concluir la investigación que puede desplegarse en dos opciones, Sobreseer el caso con lo que concluye el proceso penal o Acusar lo que nos lleva a una etapa intermedia y posteriormente a un juicio oral. La presente etapa tiene una duración máxima -en casos simples - de 120 días prorrogables por 60 días, resultando en un total de 180 días.

La etapa intermedia se refiere a que cuando se concluye la investigación el fiscal emite la disposición de conclusión de la investigación preparatoria y tiene que decidir si acusa o sobresee la causa para lo cual el código procesal penal le otorga el plazo de 15 días para casos simples para presentar dicho requerimiento, con la finalidad de llevarse a cabo una audiencia ante un juez de garantías para que este vele que la acusación o el sobreseimiento se arregla conforme a derecho, en esta misma audiencia se realiza un filtro de legalidad de los medios probatorios que se

someterían al contradictorio en la siguiente etapa (juicio oral). Esta etapa – en caso el fiscal requiera la acusación- concluye con el auto de enjuiciamiento. El juicio oral es la etapa más importante de todo el proceso penal puesto que se decidirá la culpabilidad de los imputados; se realiza con base en la acusación y el encargado de dirigirla es el juez correspondiente quien tiene la función de director de debates, en el juicio oral el fiscal oralizará su acusación, narrando los hechos, el tipo penal imputado y haciendo un breve enunciado sobre los medios probatorios admitidos en la etapa anterior; por otro lado la defensa técnica de los imputados desarrollara sus alegatos de apertura que concluirá en una pretensión concreta; acto seguido se llega a la etapa de la actuación de pruebas en donde cada medio probatorio admitido por el juez de garantías se someterá al contradictorio de las partes con el fin de probar su teoría del caso; por último se llevara a cabo los alegatos de clausura que cada parte procesal en su perspectiva alegara lo desplegado durante la audiencia y reiterara su pretensión. Esta etapa concluye con la resolución expedida por el juez pudiendo ser una sentencia condenatoria o absolutoria.

2.2.3 Aspectos generales de la lógica de la compensación en la prevalencia de los principios rectores del proceso penal.

Antes de desarrollar la lógica de la compensación, se tiene que definir su significado; entonces, se ha de precisar que no existe un significado como tal brindado por la doctrina o la jurisprudencia, -por lo que la lógica de la compensación en palabras de Nakazaki (2020) es la expresión dinámica del principio de igualdad de armas (min.15:25). Por lo que se considera una excelente definición de la esencia de la lógica de la compensación. Se afirma que las medidas de compensación van más allá de la reafirmación del principio de igualdad de armas, sino que afecta otros principios procesales que a continuación serán desarrollados.

2.2.3.1 Principales derechos vinculados con la lógica de la compensación

Los principios que rigen el proceso penal, se definen como aquellas directrices, parámetros o las máximas guías para la aplicación del proceso penal; así se tiene que los más importantes para la presente investigación son el debido

proceso, la presunción de inocencia, y el derecho a la defensa que se pasa a desarrollar a continuación.

a) El derecho al debido proceso: En palabras de Bernal y Montealegre (2013) se define como:

Por la trascendencia de los bienes jurídicos protegidos mediante la ley penal, y por la importancia de los derechos y garantías constitucionales que pueden resultar afectados por la sentencia, el proceso penal no es solo el más minuciosamente reglado de los procesos, sino aquel en el cual deben hacerse efectivas más garantías constitucionales. En ese orden de ideas, el conjunto de facultades y garantías que componen el derecho al debido proceso penal debe ser más amplio que el de un procedimiento en el que no están de por medio, por una parte, el derecho a la libertad individual y, por la otra, la seguridad jurídica, la eficacia del sistema de justicia y la convivencia ciudadana (p. 916)

Es así que como sub principios del debido proceso Cubas (2009) señala que “este principio contiene a su vez: i) El principio del juez legal. ii) El derecho a ser oído. iii) El derecho al plazo razonable. iv) La publicidad del proceso. v) La prohibición de doble juzgamiento.” (p. 65-7)

Respecto de este principio eje, se tiene que indicar que deviene como principio de la teoría general del proceso, pero su aplicación en estricto al proceso penal, se da cuando se afirma que cada etapa del proceso penal tiene que ser llevada a cabo con las garantías previstas para que así se concluya en una sentencia condenatoria o absolutoria, pero siempre respetando los derechos de las partes procesales y sobre todo del imputado como el eslabón más débil.

b) El derecho a la presunción de inocencia: En cuanto al principio de presunción de inocencia, este es reconocido en el literal d) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución política del Perú, que básicamente hace referencia a que toda persona sometida a un proceso penal es inocente mientras no exista una declaración judicial de su culpabilidad, es así que este principio sumamente importante proviene

de diversos instrumentos internacionales, es así que para el jurista Ascencio (2010), lo define como:

(...) un derecho con un contenido superior y distinto al clásico principio de “in dubio pro reo”, este último solo protege la necesidad de absolver a todo aquel frente a quien no exista la certeza de ser el autor de un hecho. La presunción de inocencia es más amplia en tanto protege no solo esa necesidad, sino igualmente que exista prueba en sentido objetivo y que las misma está rodeada de todas las garantías legales (p. 267-268)

Ahora bien, este principio tiene absoluta importancia para la aplicación de la lógica de la compensación que se verá más adelante, contiene una diversidad de subprincipios.

Como primer subprincipio tenemos a la presunción de inocencia como derecho informativo que en palabras de Fernández (2005) se define como:

En tal sentido, la presunción de inocencia es un derecho fundamental que se le reconoce al imputado con la principal finalidad de limitar la actuación del Estado en el ejercicio del *ius punendi* en todo lo que pueda afectar a sus bienes o derechos, esto es, constituye un supuesto de inmunidad frente a ataques indiscriminados de la acción estatal. Por tanto, la presunción de inocencia tiene como fin encontrar el justo equilibrio entre esos dos intereses contrapuestos: por un lado, el interés del Estado en la represión de la delincuencia y, por otro, el interés del imputado en la salvaguarda de su libertad y su dignidad. (p. 120)

Este principio también es pasible de entendimiento como regla de tratamiento hacia el imputado, ante lo cual el profesor Ibañez (2007) indica que:

Al respecto señala Andrés Ibañez que el proceso penal trata no solo con culpables, y que, únicamente partiendo de una posición de neutralidad, es decir, de ausencia de prejuicios, es posible juzgar de manera imparcial. Por lo tanto, como regla de tratamiento del imputado, el principio de presunción de inocencia proscrib

cualquier forma de anticipación de la pena, y obliga a plantearse la cuestión de la legitimidad de la prisión provisional (p. 206)

Otra manifestación de este principio, es su función como regla probatoria, esta interpretación es fundamental para la investigación pues se evidencio que las pruebas tienen reglas por lo que, en la dogmática penal, un sector se ha dedicado a desarrollar la “teoría de la prueba”. Esta garantía está plenamente reconocida en nuestra Constitución política del estado en el inciso 1) del artículo 2º, cuando en la parte *in fine* hace referencia a la suficiencia de la actividad probatoria de cargo y que su obtención de la misma se realice con las mínimas garantías procesales, al respecto Ramos (2007) señala que:

Del principio de presunción de inocencia se colige la teoría de la mínima actividad probatoria, esto es, para enervar dicho estado jurídico-cognitivo, se necesita una suficiencia probatoria idónea, veraz y objetiva. La presunción de inocencia es una presunción “*iuris tantum*” que puede desvirtuarse con una mínima actividad probatoria, producida con todas las garantías procesales, que puede entenderse de cargo y de la que se puede deducir la culpabilidad del acusado. (p. 85)

De lo cual se puede afirmar que la prueba de cargo que ha sido practicada debe de ser suficiente para quebrar la presunción de inocencia y para ello esta prueba debe de acaecer al principio de contradicción de la prueba, en otros términos esto hace referencia a que cuando se llega a la etapa de actuación de pruebas en juicio, las pruebas deben de ser valoradas necesariamente tras haber sido sometidas a un debate netamente contradictorio entre la parte acusadora y su defensa, donde quien ofreció la prueba ha de demostrar la relevancia y significado, además de la relación con los hechos que desea probar, y todo ello debe de ser valorado por el juzgador, prevaleciendo de este modo el principio de contradicción de la prueba; otro punto muy importante a dilucidar es que la prueba haya pasado por todas sus etapas con el debido respeto a los derechos fundamentales que asiste al imputado, al respecto el profesor

Ascencio (2010) indica que: (...) que la prueba que tenga la potencialidad de desvirtuar la inocencia del acusado, ha de ser obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. Esto implica una incorporación de las pruebas respetando los principios de pertinencia, conducencia, utilidad, relevancia y por sobre todo principios de orden constitucional. Asimismo, dentro del juicio oral la prueba ha de actuarse bajo el respeto de los principios de oralidad, inmediación, publicidad y concentración. (p. 269)

Por último, el principio de presunción de inocencia se ve reflejado como una regla de juicio ante lo cual el pionero del derecho penal garantista Ferrajoli (1998) refiere que:

Esta regla se bifurca en dos supuestos: i) Insuficiencia de prueba. ii) Duda razonable. En el primer caso estamos ante el supuesto en el cual la acusación no ha podido ser acreditada, es decir, a pesar de los esfuerzos del Ministerio Público por acreditar en juicio la existencia del delito y la vinculación a este del imputado, las pruebas no acreditan sus afirmaciones, por ende, solo cabe absolver al imputado. En el segundo caso, la incertidumbre irresoluble, es la que determina la aplicación del expediente formal de decisión. La regla de juicio, pues, constituye una regla de clausura sobre la decisión fáctica. (p. 151)

Es de mucha importancia poder desarrollar el principio de presunción de inocencia, conjuntamente con todas las reglas correspondientes, en vista a que la lógica de la compensación incide mucho con esa parte del derecho subjetivo. Acto seguido y por último en cuanto a los principios profundamente relacionados con el tema de investigación tenemos del derecho de defensa.

c) El derecho a la defensa: El derecho de defensa es reconocido por diversos instrumentos internacionales, pero particularmente en el Perú, se encuentra reconocido en el inciso 4) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú de 1993, en el proceso penal en especial, este derecho se reconoce en estricto en el Título Preliminar del Código Procesal Penal en el artículo IX. Para Jauchen (2005)

De esta forma el derecho de defensa por la importancia y por el contenido que abarca se constituye en un principio que informa todo el ordenamiento procesal, un derecho subjetivo individual, de carácter público, de intervenir en el proceso penal en todo momento para decidir acerca de una posible reacción penal; y, una garantía que le asiste a todo imputado de ser asistido por un abogado defensor, a ser informado de la imputación en todos los estados del proceso, de poder ofrecer los elementos probatorios que considere necesarios, a contradecir prueba, invocar la existencia de prueba prohibida, y exponer los elementos fácticos y jurídicos que permitan al Tribunal declarar su absolución (p. 151)

Si bien es cierto el derecho de defensa puede ser dividido hasta en ocho manifestaciones, las que más importan para la aplicación de la lógica de la compensación son en puridad dos, en primer término, el derecho a ser oído y el derecho a la igualdad de posiciones.

En cuanto al derecho a ser oído se manifiesta en diversas formas, siendo importante para la presente el derecho a la imputación necesaria que se da durante el proceso al establecer indicios y elementos jurídicos que dan pie a la imputación; por otro lado, tenemos el derecho a que el procesado conozca su imputación para lo cual, el profesor Neyra (2015) señala que:

(...) el derecho a ser informado de la imputación no se cumple con la sola información de los cargos al imputado por parte del fiscal o de la policía, sino que se extiende a toda la información recolectada durante la investigación, llegando incluso a la etapa intermedia; es decir, el derecho a ser informado de la acusación formulada en su contra, y el deber del Ministerio Público de mostrar toda la información recolectada aunque sea contraria a su teoría del caso en cumplimiento de su deber de objetividad y sobre todo, para el debido respeto del derecho fundamental de defensa del imputado quien debe poder armar su teoría del caso y encontrarse en igualdad de armas con la parte acusadora, aunque no sea su deber demostrar su

inocencia ni desvirtuarla es un derecho irrenunciable el defenderse (p. 85)

Por última manifestación importante del derecho a ser oído es el derecho a probar y a controlar la prueba, por lo que durante la investigación preparatoria muy aparte que el imputado a través de su defensa técnica pueda solicitar diligencias al ministerio público, durante la etapa intermedia, puede ofrecer elementos de convicción que serán actuados en juicio; respecto al control de la prueba que se hace referencia, va referido a que el imputado a través de los mecanismos correspondientes hará valer sus derechos a que la prueba obtenida no sea ilícita o irregular.

Por último se tiene como última manifestación del derecho de defensa a la igualdad de posiciones, una de sus modalidades consiste en la famosa “igualdad de armas”, cuya importancia básicamente radica en la equiparación que debe de brindar el proceso a las partes procesales, en este caso a la parte persecutora y a quien se defiende de la imputación; otra modalidad es la producción de la prueba de descargo consistente en que la defensa técnica del imputado puede reafirmar su teoría del caso en el acervo probatorio recopilado.

Se debe precisar que actualmente existe un sistema procesal garantistas que va acorde con nuestra Constitución Política del Estado por lo que en un proceso penal se rige por un principio de igualdad de armas, que se entiende como aquella garantía que permite a los sujetos procesales tener las mismas oportunidades dentro del proceso, se manifiesta en mayor medida en un proceso penal, al momento en que se le permite tener las mismas oportunidades para realizar los actos procesales al Ministerio Público -como órgano persecutor- y al imputado -como el perseguido-; para Ramos (2005) se manifiesta de tres maneras:

Como generalidad, que es la consagración de la igualdad ante la ley a efectos de los derechos y deberes, así como de los procedimientos.
2. Como equiparación, que reconoce la igualdad entre hombres y mujeres, y de todos los cuidados entre sí. 3. Como diferenciación, que es la diferencia entre distintos. (p. 75)

2.2.3.2. Definición de la lógica de la compensación.

Entonces se entiende la lógica de la compensación como una manifestación de la igualdad de armas en cualquiera de sus manifestaciones, que, al ser dos sujetos procesales iguales, no tendría que existir vulneración alguna a sus derechos, pero de ocurrir ello, es que nace la lógica de la compensación, para que *post* vulneración de un derecho, garantía dentro del proceso, esta sea compensada a mejor criterio del juez mediante una figura jurídica y siempre y cuando no se vulnere otro derecho al ser compensado. En consecuencia, podemos distinguir dos características de la compensación, A) que se aplica después de la vulneración de un derecho -Es resarcitoria, no es preventiva; B) No se puede vulnerar un derecho con su aplicación.

2.2.4 Aplicación de la compensación frente a la vulneración de utilización de la medida de reserva de la identidad de testigos en la investigación preparatoria.

2.2.4.1. Prisión preventiva.

Loza (2013) ha señalado que:

La medida de prisión preventiva es una medida cautelar caracterizada por ser coercitiva, personal y provisional. Se impone mediante una orden judicial mediante la cual se priva al individuo durante un tiempo de su derecho a la libertad, con la finalidad de garantizar las resultas del juicio y evitar que el proceso que se le sigue no se vea obstaculizado, interrumpido o demorado de alguna forma (p. 6)

A su vez Ossorio (2010) lo entiende como como una “medida de seguridad adoptada por la autoridad judicial que entiende el asunto, a efectos de evitar que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia” (p. 797), la prisión preventiva denominada también como medida de seguridad o detención preventiva o prisión provisional es una medida cautelar que encuentra su base en los artículos 268 a 285 del Código Procesal penal, misma que es dictada por el órgano jurisdiccional competente y cuya finalidad es limitar temporalmente la libertad del imputado como una medida de seguridad a efectos de obtener la efectiva aplicación de la ley penal, empero, dicha figura jurídica preventiva se enfrenta a principios fundamentales relacionados con los derechos humanos, como el principio de

proporcionalidad, de presunción de inocencia, a la libertad personal puesto que su objetivo es privar de libertad a un individuo como medida de precaución, para garantizar los resultados del juicio y lograr una investigación efectiva y eficaz, el juzgamiento del imputado y el cumplimiento de la pena.

Al respecto Jara (2013) indica sobre la prisión preventiva que “sin dudas es la forma más grave que existe en el ordenamiento jurídico para restringir la libertad de un acusado en el marco del proceso penal” (parr. 05). Se evidencia que un gran número de detenciones en la etapa procesal devienen de medidas de prisión preventiva.

La prisión preventiva, como medida provisoria o cautelar, es pues la privación de su libertad al imputado, a pesar de que se le presume inocente, y en función al *ius puniendi* se le debe presumir inocente y no se le puede privar de su libertad si no se le ha declarado judicialmente culpable. Es así, que, frente a una medida de extrema coacción para el imputado, su imposición debe estar condicionada a la concurrencia de una serie de presupuestos relevantes, para evitar detenciones arbitrarias e irrazonables, por lo que siempre debe ser sometida, en todos los casos, al test de razonabilidad y proporcionalidad, y a las reglas del sistema probatorio en el caso de los testigos anónimos, siendo que esta revisión viene a compensar las afectaciones que puedan producirse.

De igual manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008) refiere que:

la prisión preventiva no es una verdadera sanción, una medida punitiva, sino que es precautoria y efímera, en tal sentido, no puede tener una naturaleza sancionadora, ni se entienda su internamiento en base a la culpabilidad del encausado, sino que fines legítimos para prevenir la fuga del acusado o que este interfiera con el desarrollo apropiado del proceso, por lo que se debe racionalizar la prisión preventiva y hacer más justas las medidas cautelares teniendo siempre presente la libertad del encausado y presumir realmente su inocencia. (parr. 12)

Así que, esta medida debe imponerse de manera excepcional, especialmente por la evidente afectación de principios fundamentales de derechos humanos que

deben prevalecer en cualquier proceso judicial en especial de índole penal, como el principio de favor libertatis o de indubio pro libertate, el de presunción de inocencia y el de proporcionalidad; por lo que para que puedan proceder debe verificarse el cumplimiento de ciertos supuestos expresamente previstos en la ley, en particular en el Código Procesal Penal de Perú, en esa misma línea Oré (2006) afirma que:

El nuevo Código Procesal Penal de 2004 dispone en su art. 243 inciso 3 que la prisión provisional se aplicará cuando fuera absolutamente indispensable para prevenir; según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida; así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva (p. 140).

A pesar de esta exigencia, se ha evidenciado una aplicación arbitraria e ilegal de la prisión preventiva generando un problema crónico en muchos países de la región. Efectivamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, destacó que existe un problema significativo en numerosos países de la región por la aplicación ilegal y arbitraria de la medida de prisión preventiva, incluso sin constatar el cumplimiento de los requisitos para su procedencia o basados en declaraciones que no pueden ser objeto de contradicción en la investigación preliminar, generando problemas de igual magnitud, como la afectación de la funcionalidad del sistema judicial penal y la operatividad en las cárceles. De acuerdo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013)

Lo más desalentador es que existe un aumento considerable de la aplicación de la medida de prisión preventiva o cualquier pena que consista en privativas de libertad, siendo que en nada han aportado para la disminución de los índices delictuales o niveles de violencia. Tampoco han resultado ser la vía idónea para cumplir con los fines de la seguridad ciudadana. (parr. 10)

Cabe agregar que la excepcionalidad de la prisión preventiva tiene un alcance supranacional, es así que el artículo 7.3 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos lo ha desarrollado en las garantías de la libertad personal al

igual que en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles agregando en cuanto al principio de excepcionalidad que las medidas limitativas de derechos deben aplicarse única y exclusivamente en situaciones específicas, ajustadas en rigidez a la naturaleza particular del proceso y no debe aplicarse más allá de los límites estrictamente necesario. Además, sólo se debe aplicar la medida como último recurso para cumplir los fines de la investigación, siempre y cuando su aplicación se encuentre supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos, como bien lo aclara Peña (2007)

Una medida de coerción procesal válida, cuya legitimidad está condicionada a la concurrencia de ciertos presupuestos formales y materiales, los que deben ser tomados en cuenta por el juzgador al momento de decidir su aplicación, que se encuentra taxativamente previsto en las normas que modulan. (p. 712)

Pues bien, al aplicar la mencionada medida cautelar establecida en el Código Procesal Penal se tiene que examinar el cumplimiento de los requisitos formales y materiales que condicionan la interposición de la medida de seguridad en cada caso en concreto. Cabe resaltar que los presupuestos o requisitos tienen que encontrarse en forma copulativa; y si en caso existiera la ausencia de uno de ellos, la prisión preventiva debe ser desestimada. El artículo 268 del Código Procesal Penal (2004) establecía originalmente los siguientes presupuestos materiales:

1. El juez podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:
 - a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo,
 - b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
 - c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u

obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

2. También será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en los literales a) y b) del numeral anterior, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad.

El mencionado artículo fue modificado mediante la Ley N° 30070, con la siguiente redacción:

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a)** Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- b)** Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
- c)** Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Modificación que se dio a fin de descartar la duda razonable por la sospecha grave pues esta es más fuerte en los momentos anteriores al emitir sentencia, a efectos de la investigación es necesario desarrollar someramente los requisitos para la aplicación de la prisión preventiva puesto que sirvió para analizar la aplicación de la lógica de la compensación en este estadio procesal específicamente ante la interposición de esta medida cautelar preventiva.

a) Existencia de fundados y graves elementos de convicción (fumus delicti comissi) Al respecto, Gimeno (2007) indica que:

la adopción de la prisión provisional requiere la observancia de los siguientes requisitos desde un punto de vista material, no es suficiente la imputación de cualquier infracción penal o contravención, sino de un delito (y de aquí que no se justifique limitación alguna del derecho a la libertad en las faltas) y, atendiendo a un criterio formal, es necesario no solo que exista constancia del hecho, sino también que el juez tenga motivos bastantes sobre la responsabilidad del imputado (*fumnus boni iuris*) (p. 445).

Como acertadamente señala el autor la intervención de la prisión preventiva no exige certeza de la imputación, sino que exista un alto grado de probabilidad de las circunstancias reales que las obtenidas en la etapa de formalización, valiéndose del uso de toda la información oral recopilada, así como, todas las sospechas, pistas, e investigaciones realizadas por el Ministerio Público en la etapa preliminar para proporcionar una estimación razonable de la comisión de un hecho delictivo relacionado con el perpetrador o participante, asimismo, para concluir que tal posibilidad existe, la evaluación de la confiabilidad y contribución del comportamiento exploratorio debe evaluarse individual y colectivamente, es decir, para satisfacer el primer requisito, todos los aspectos de la imputación deben ser ciertos con alta probabilidad. Siendo así, los medios de prueba utilizados debe complementar los hechos a probar o estar interrelacionados de tal manera que se refuerzan entre sí.

b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad. Prognosis de la pena.

La Rosa (2006) asevera:

La mera entidad del delito reprochado nunca puede por sí sola ser obstáculo a la libertad, sino que debe entenderse como una pauta más para valorar en el caso concreto la posibilidad de elusión. No basta entonces, con la seriedad de la imputación, para habilitar la procedencia de la prisión preventiva, dado que no puede constituirse sobre esta base una presunción *iuris et de iure* (p. 500).

Para que se cumpla el segundo requisito, debe realizarse un análisis de la pena que se espera imponer, con examen de las circunstancias generales atenuantes y agravantes estipuladas en el artículo 46, incisos 1 y 2 del Código Procesal Penal, así como de las causales de disminución o agravación de la punición.

Este análisis también debe considerar la regla del artículo 45 del Código Penal y las fórmulas del derecho premial, como son la confesión, la terminación anticipada, la conformidad del acusado con la acusación y la colaboración eficaz. Además, el juez puede fundamentar su decisión respecto a este presupuesto en otra circunstancia que modifique la pena, siempre y cuando lo justifique en la resolución.

Por último, no puede dictarse prisión preventiva a una persona que será sancionada con una pena de prisión suspendida, porque ello sería desproporcional.

c) Que el imputado, en razón de sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

De entre los cuatro presupuestos, este es el más importante, ya que la prisión preventiva se fundamenta en la necesidad de eludir el peligro de fuga y el peligro de obstaculización del proceso penal, en cuanto al primero lo encontramos prescrito en el artículo 249 del Código Procesal Penal que señala:

1. Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta:
2. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
3. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento;
4. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo;
5. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y

La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

Por su parte Del Río (2008), lo define como:

El establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas. La falta de arraigo no comparte por sí mismo un peligro de obstrucción del imputado a la acción de la justicia, pero sí permite presumirlo cuando se combina con la gravedad del delito y otros factores relevantes (p. 53).

Se puede interpretar que el arraigo del imputado está determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto, este requisito exige establecerse de manera permanente un lugar y vincula a personas y cosas; se debe señalar que los criterios del arraigo son relativos al igual que los criterios para establecer el peligro procesal por lo tanto no existe ninguna razón jurídica para entender que la presencia del algún tipo de arraigo (criterio no taxativo) descarta la utilización de la prisión preventiva.

Ahora en cuanto al peligro de obstaculización previsto en el artículo 270 del CPP, señala:

Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado: Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

Al respecto Binder (1999) asevera que:

El entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Es difícil creer que un imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: La policía, los fiscales, la propia justicia (p. 199).

2.2.4.2. Colaboradores eficaces.

Como se ha señalado, la lógica de la compensación tiene que ver con muchas instituciones procesales, siendo una de ellas la colaboración eficaz, por lo que en el presente apartado se brindara conceptos básicos sobre esta institución procesal, probatoria y cuál es la relación que tiene con el tema de investigación (Lógica de Compensación).

Entonces, se tiene que la colaboración eficaz nace como un instrumento practico ante la neo-criminalidad que aparece en un mundo globalizado, pues se tiene como uno de los primeros antecedentes, la legislación italiana, que mediante Decreto Ley N° 625 del año 1979, se ofrecían recompensas monetarias a aquellas personas que brinden información sobre la comisión de atentados terroristas, sin embargo, a través de los años se tuvo que ser más rígido por la gran cantidad de personas que brindaban información.

2.2.4.2.1. La colaboración eficaz como derecho premial.

Como se ha indicado en el párrafo anterior sobre el derecho premial, dicha definición puede calzar perfectamente a una visión general de lo que es un colaborador eficaz, sin embargo, resulta incompleta, pues se ha de entender como derecho premial -en nuestro concepto- a un conjunto de leyes, normas, que benefician con una reducción de la pena aquel imputado que confiesa su delito y colabora para el esclarecimiento de otros hechos delictivos.

El importante Autor Castillo Alva (2018) sostiene sobre el derecho premial que:

El Derecho penal premial no sólo tiene un innegable acento político criminal y de estrategia eficaz y útil en el combate contra las distintas formas de delincuencia, sino que se incardina dentro de una corriente de la filosofía jurídica moderna que insiste en recordar las sanciones impuestas por el ordenamiento jurídico pueden ser tanto de naturaleza negativa, en la medida que privan derechos y bienes, como puede haber también sanciones positivas que se caracterizan por establecer beneficios en virtud de la ejecución de determinadas conductas estimadas valiosas o útiles por el ordenamiento jurídico. Se sostiene que los beneficios por la colaboración eficaz no sólo encuentran su sustento y explicación en las variables político

criminales de un Estado de derecho y en criterios preventivos, sino que también se apoya en los lineamientos de la teoría del derecho contemporánea. (p. 331)

El fundamento práctico que tiene la colaboración eficaz, radica en el hecho que la criminalidad compleja como las organizaciones delictivas, son estructuras tan complejas y de difícil investigación, pues se encuentran tan compenetradas, que una de las formas en la que el investigador del delito puede conocer su estructura y los hechos que comete es a través de la colaboración de uno de sus integrantes, a cambio de un beneficio premial de reducción de pena, por lo que, la aplicación de un beneficio premial tiene respaldo tanto en instituciones nacionales como internacionales.

Por su parte Rojas (2012), expresa que:

La Colaboración Eficaz, en el tan llamado discurso de la premialidad se inscribe en los pliegues de una singular función de un derecho penal que pretende dar cara al difícil fenómeno del crimen organizado, ayudando especialmente, a dismantelar grandes redes criminales, con una pluralidad de delincuentes y donde cada uno de ellos tiene un rol definido, lo cual ha permitido prevenir un posible delito o descubrir uno ya cometido. (p. 05)

Si bien es cierto el autor no lo indica de manera textual, sin embargo, realiza una diferenciación de la naturaleza material de la colaboración eficaz, haciendo referencia a su subsunción dentro del derecho penal premial, sin embargo, desde el punto de vista criminalístico y probatorio, indica que la especial importancia de este proceso es la búsqueda de acervo probatorio en contra de las organizaciones criminales.

Al respecto la escuela de Investigación Societas Iuris (2011) señala que:

La colaboración eficaz, es un mecanismo procesal que enfoca dos perspectivas, ya sea desde la perspectiva material, es decir, es la expresión del Derecho Penal Premial en la lucha contra la criminalidad organizada, y desde una perspectiva adjetiva es un proceso especial tendiente a que el miembro de una organización criminal, este o no procesado o sentenciado, proporcione

información útil y valiosa para la persecución penal de determinados ilícitos penales a cambio de beneficios legales. (p. 11)

Pudiendo apreciarse que se menciona a la colaboración eficaz en un doble sentido, el primero como parte del derecho penal premial, el segundo, como una forma celerata de poder recolectar información para los procesos penales.

2.2.4.2.2 Reseña historia de la colaboración eficaz.

Así pues, se ha de tocar, como uno de los puntos medulares de la presente investigación, a los conceptos básicos de la colaboración eficaz, pues es uno de los escenarios donde más se ha aplicado el eje central de la tesis es en los procesos de colaboración eficaz; así pues, se tiene como un primer antecedente legislativo la Ley N° 24651 que en su artículo 2° , modifica el artículo 85-C del Código Penal, el cual versa sobre la remisión de la pena en los casos del terrorista arrepentido, quien coadyuve a la investigación e informe sobre otros eventos delictivos de la misma naturaleza; posteriormente mediante ley N° 25103, se dio la posibilidad de la exención de la pena a personas que se encontraban en etapa de investigación por el delito de terrorismo, bajo la condicionante que otorguen “información eficaz”, la diferencia con la anterior ley, es que en la legislación antecedente, se requería una sentencia condenatoria, mientras que con la ley citada, se podría realizar la entrega de información en etapa de investigación; esta última normativa fue modificada por el Decreto Legislativo 748°, evolucionando, la cual permitía al terrorista arrepentido se declare culpable, aun sin estar inmerso en una investigación, cuyo efecto era la remisión de la pena siempre y cuando, el arrepentido informe sobre un posible atentado de su organización.

Es así que esta figura, al tener grandes resultados, se trasladó al ámbito de la criminalidad organizada mediante Ley N° 27378, tratando a la colaboración de los delatores como un derecho penal premial y se otorgó diversos beneficios los cuales se encontraban prescritos en el artículo 4° de la norma citada, que contenía beneficios como la remisión de la pena, disminución de la pena y hasta la exención de la pena.

Posteriormente en el año 2004 se promulgo el “Nuevo Código Procesal Penal”, que en el año 2015 entro en vigencia en la región de Junín; el actual código procesal penal regula el proceso de colaboración eficaz en la sección VI, a partir

del artículo 472°; en la actualidad el proceso de colaboración eficaz se encuentra regulado por el Decreto Legislativo N° 1301.

2.2.4.2.3 *Definición de colaboración eficaz.*

Una vez explicado que la colaboración eficaz es un proceso que se enmarca dentro del derecho penal premial y cómo es que ha venido evolucionando a través de la historia hasta llegar al procedimiento actual; sin embargo, aún no se ha hecho un análisis más pormenorizado de su definición, elemento y el procedimiento que resulta de la ley.

Entonces, siguiendo con el desarrollo del presente tema, se ha de realizar una definición adecuada de lo que es un colaborador eficaz, siendo el actual presidente de la Corte Suprema de Justicia del Cesar San Martín (2015) quien indica al respecto lo siguiente:

El proceso por colaboración eficaz es un mecanismo de la justicia penal negociada, incardinada en el denominado por Emilio Resta Derecho Penal Premial. Descansa en la figura del arrepentido, quien debe admitir o, en todo caso, no contradecir ante la autoridad los hechos delictivos que se le atribuyen, y proporcionar información suficiente, eficaz e importante en orden a neutralizar una actividad delictiva, identificar las lógicas de actuación criminal de una organización delictiva y a sus intervinientes, y/o entregar bienes delictivos o ubicar su destino o paradero. (p. 871)

Como se puede apreciar, como primer *ítem* que se ha de tener presente para el análisis de esta figura procesal, es que el colaborador eficaz es un arrepentido, lo que quiere decir es que ha cometido un delito, cesa su intención criminal y se arrepiente de sus actos delictivos, mismos que confiesa, pero además de ello, se tiene que otra de las características es que el cómo se desprende de la naturaleza terminológica el arrepentido tiene que colaborar, esto es, que ha de brindar información eficaz para que otros delitos sean descubiertos, lo que comúnmente sucede con las organizaciones criminales, cuando uno de sus integrantes se somete a este procedimiento, otra característica esencial que tiene la colaboración eficaz, es que el beneficio premial se dará de acuerdo a la información que otorgue el

colaborador, en una relación cuantitativa y cualitativa, pues depende de la cantidad y calidad de la información.

Para lo cual la profesora De La Cruz (2004), señala que:

(...) la colaboración es uno de los instrumentos de investigación penal clave en el combate a la delincuencia organizada, porque ¿quién más puede tener información privilegiada de las estructuras, modos de operación, ámbitos de actuación e identidad de los delincuentes organizados que alguien que haya pertenecido a la delincuencia organizada. (p. 31)

Como ha podido establecer la profesora Concepción, una de las mejores formas de poder obtener información privilegiada respecto de una organización criminal, es que uno de los integrantes otorgue información que permita conocer como es la estructura y demás; al respecto Andrade y Carrión. (2008) afirman:

La Colaboración Eficaz, es un Procedimiento de Negociación entre el Fiscal y el Imputado y su Abogado Defensor que permite llegar a conocer cómo se realizó el delito, las personas que intervinieron, los medios que utilizaron para su ejecución, descubrir las pruebas y recuperar los bienes o el dinero apropiados o sustraídos que se encuentren fuera del país. Por otro lado, el nuevo Código Procesal Penal aborda el Proceso por Colaboración Eficaz desde el artículo 472, y siguientes hasta el artículo 481, los mismos que establecen sus Objetivos, ámbitos de aplicación, las diligencias propias de comprobación de la información aportada, los beneficios que se otorgan, el acuerdo, la Resolución Judicial aprobando o no el acuerdo, así como las Medidas de Protección al colaborador, agraviado, testigos y peritos que comprende. Se aplica tanto a Imputados que se encuentran siendo procesados ,como aquellos sobre los que recae una sentencia penal, y sobre la figura del arrepentido que admite la totalidad o solo algunos de los cargos realizados por el ministerio público sobre los que no se admiten se continua con el proceso afín de que sean resueltos con la sentencia .La decisión de colaborar y la información se dan ante el fiscal

porque este es quien evalúa la concesión de este beneficio y si considera procedente recurre al juez, afín de que apruebe el acuerdo celebrado entre el Ministerio Público y el arrepentido. Sin duda que es necesario que el arrepentido sea integrante de una organización delictiva puesto que este proceso está orientado a combatir el crimen organizado, la filosofía que anima este 36 procedimiento está determinada por la necesidad de combatir la impunidad reinante en aquellos procesos en los que no se ha podido identificar los autores o partícipes, romper la ley del silencio que impera en la criminalidad organizada y servir de instrumento de prevención de la comisión de delitos de gran dañosidad social (p. 129)

La presente definición conlleva un análisis más riguroso de lo que consiste la colaboración eficaz, pues indica en primer lugar que, el procedimiento inicia a tenor de un acuerdo arribado entre el persecutor del delito, el imputado y la defensa técnica de este último; quien se somete al procedimiento analizado indicara la forma de realización del ilícito, los autores, así como los bienes que pueden ser recuperados por el estado, también aportara elementos de convicción o indicara como hallarlos, posteriormente el autor da breves ideas del proceso de colaboración eficaz, tema que será abordado con posterioridad.

2.2.4.2.4 Principios de la colaboración eficaz.

Es así que una vez realizada una definición en lo que consiste un colaborador eficaz, se tiene que realizar un análisis pormenorizado de los principios que se han de seguir en el procedimiento de colaboración eficaz.

En primer lugar, se tiene el principio de eficacia, que tiene una relación íntima con la información que ha de brindar el colaborador, al respecto el actual Juez de la Corte Suprema del Perú San Martín (2015) indica lo siguiente:

El beneficiado debe brindar información que permita evitar la continuación, permanencia o consumación del delito o disminuir la magnitud o consecuencia de su ejecución. Asimismo, la información que proporcione ha de impedir o neutralizar acciones o daños como consecuencia de integrar una organización criminal (art. 474, inc. 1, literal a del NCPP), conocer las circunstancias de cómo se planificó

o ejecutó o se viene realizando el delito (art. 474, inc. 1, literal b. del NCPP), identificar a miembros de una organización criminal así como su funcionamiento, para desarticularla o disminuirla o, en su defecto, detener a sus integrantes, e identificar a autores o partícipes de delito que se cometió o está por cometer (art. 474, inc. 1, literal c, NCPP). (p. 873)

Como se puede advertir de la cita del Juez Supremo, se ha de considerar para la validez de este principio, en primer lugar que la información que brinde debe de evitar o disminuir las consecuencias del delito, algo parecido a lo que sucedía en el la legislación antiterrorista, en la que se solicitaba que la información prevenga un atentado, además la información ha de ser suficiente para que a través de la fuerza pública, los delitos que menciona el colaborador cesen, por último el colaborador debe de brindar la información suficiente que permita identificar los perpetradores del delito, así como la planificación, logrando la desarticulación de las grandes organizaciones criminales, estos presupuestos conllevan a que la información que brinde el delator, sea eficaz, de lo contrario, se contravendría este principio.

Otro principio que se ha de tener ha de tener en cuenta para la colaboración eficaz, es el principio de proporcionalidad, cuyo principal objetivo es que no se genere impunidad a cambio de brindar información pues como se ha explicado, la información tiene que ser eficaz, y habiendo un análisis cualitativo de la información es que el beneficio premial será mayor, al respecto Castillo (2018) indica lo siguiente:

El principio de proporcionalidad obliga a reparar en la relevancia y utilidad de la información que presta el colaborador en cuanto a precisión de hechos, circunstancias y demás pruebas que permitan descubrir la comisión del delito, la identificación de los autores, la evitación de los daños y la permanencia o continuidad de la consumación del delito, la averiguación o entrega de los bienes, efectos ganancias o instrumentos derivados del delito. Mientras más relevante y útil – o en palabras de la ley: eficaz - sea la información que se 33 brinda mayor deben ser los beneficios que pueden

concederse. La descripción de los hechos, situaciones o circunstancias es esencial en la medida que sirve para el descubrimiento del delito o uno de sus elementos agravantes. (p. 397)

Como se ha podido apreciar del argumento citado, mientras mayor sea la calidad de la información para que se pueda desarticular una organización criminal, se pueda prevenir un evento delictivo de gran magnitud o se permita conocer a los autores, cuando la información tenga calidad para cumplir cualquiera de los objetivos citados, el beneficio obtenido por el aspirante a colaborador será mayor.

Como tercer principio que se ha de tener en cuenta para un procedimiento de colaboración eficaz, es el principio de condicionalidad, referido principalmente a las condiciones que se imponen al colaborador eficaz tras el procedimiento, en palabras del profesor San Martín (2015) son las siguientes:

El beneficio premial está condicionado a la: i) no reincidencia en el delito dentro de los diez años de otorgado el beneficio; ii) imposición de obligaciones; iii) concurrencia a proceso materia de la causa; y, iv) caución en el caso de obligaciones. Es de precisar que el control del cumplimiento de obligaciones estipuladas en el art. 479, apdo.2, del NCPP está a cargo del Ministerio Público (art. 479, apdo. 4, del NCPP). (p. 874)

Es así que, el procedimiento de colaboración eficaz conllevará a la imposición de una pena, la cual definitivamente será proporcional a la información brindada, sin embargo, siempre ha de existir condiciones que ha de cumplir el colaborador eficaz, dichas condiciones están enmarcadas dentro del ordenamiento procesal penal en el artículo 479°, debiendo ser controlado por el ministerio público.

2.2.4.3 Testigos protegidos.

El testigo protegido es aquél que presencié la comisión de un evento delictivo, indistintamente de su grado de participación al evento delictivo (testigo impropio) o 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. En todo caso, el fiscal o el juez pueden adoptar las medidas de protección policial, cambio de residencia, ocultación de su paradero, de conformidad con el artículo 248 del Código Procesal Penal.

El testigo protegido puede ser aquella persona que ha presenciado la comisión de un evento delictivo, mismo que es llamado a concurrir a juicio para narrar los hechos que presencio y ser cuestionado por las partes y el juzgador si fuera necesario, pero su identidad se mantiene en reserva dándole un código de número, asimismo, se adoptarán según el grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, y si en caso alguna persona revelara su identidad se verá inmersa en responsabilidades penales.

Enfoque derecho (2018) adiciona que:

Al ser un testigo de la comisión del delito es una figura crucial en las investigaciones del sistema procesal penal peruano, especialmente en los casos que existan implicancias económicas del Estado, se pueden incorporar nuevas pruebas al proceso, proveniente de actores que estuvieron directamente vinculados con el hecho delictual, o que hayan presenciado estos hechos, esto en principio sin la necesidad de poner en riesgo o en peligro su integridad física, la de sus familiares o personas cercanas. (párr. 17)

Las críticas que se infieren a esta teoría se soportan en que la protección extrema que se le da puede vulnerar el derecho fundamental al debido proceso e incluso a la defensa de la cual goza la parte imputada, por cuanto la defensa de la contraparte no tiene la oportunidad de interrogar a dicho testigo, quien precisamente es quien realiza las acusaciones.

El artículo 247, numeral 1 del Código Procesal Penal indica que es testigo protegido aquel que se encuentre bajo el amparo de una medida de protección.

Con relación al anonimato del testigo, como uno de los instrumentos de protección, se ha entendido que, el uso de declaraciones efectuadas por testigos anónimos para soportar una condena penal, no siempre ha de entenderse contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero no debe soslayarse el hecho de que, ante una acusación fundada en testimonios anónimos, la defensa se ve

enfrentada a dificultades que no deberían aceptarse en el procedimiento, por lo que el acusado debe tener una oportunidad efectiva de someter a contradicción las pruebas que se dirigen contra él y en tal caso requiere que el acusado deba conocer la identidad de quien le acusa para poder cuestionar su fiabilidad y credibilidad, siendo esto la debilidad en la defensa inherente al testigo anónimo, por cuanto si se desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito y difícilmente la defensa podrá demostrarlo si no tiene la información que le permita fiscalizar la credibilidad del autor o ponerla en duda. De tal manera, para que la declaración de un testigo anónimo pueda ser incorporada al acervo probatorio se requiere ante los déficits de defensa el acusado sean compensado a través de la introducción de medidas alternativas que permitan la contradicción.

Cabe destacar que la protección al testigo o perito obedece a que pueda correr peligro como consecuencia de su colaboración en un proceso penal, no obstante, es claro que la declaración de una persona protegida, con las restricciones consiguientes relativas a su identidad, pueden limitar el derecho de defensa, de allí que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya establecido una distinción entre la utilidad y eficacia de las declaraciones de un testigo anónimo en la fase de instrucción y en la de enjuiciamiento.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1985) ha indicado:

En la fase de instrucción lo declarado por el testigo anónimo es válido y útil para obtener fuentes de prueba que permitan avanzar en la investigación y acaben aportando otras fuentes susceptibles de operar después con plenitud como medios de prueba en la fase de enjuiciamiento. En cambio, en ésta el testimonio anónimo no puede actuar como prueba decisiva o determinante para dictar una sentencia condenatoria. (párr. 28)

En tal sentido, en algunos ordenamientos jurídicos como en España. en la fase de instrucción se permite mantener el anonimato en todo en cambio, en la fase de enjuiciamiento se establece el principio general de que el Tribunal debe dar a conocer la identidad de los testigos que depongan en el plenario si la defensa lo solicita motivadamente. Ello obedece a que en la primera el testimonio anónimo

opera como diligencia de investigación y, en cambio, en la vista oral del juicio opera como una genuina prueba de cargo.

2.2.4.4. Medidas de compensación.

Teniendo en cuenta ello, se observa por otra parte que resulta necesario precisar el significado de la medida de reserva de identidad de testigos, a lo que San Martín (2020) indica que, “en orden a las medidas de protección adicionales, y cuando se trata de organizaciones criminales, el fiscal una vez finalizado el proceso decidirá la continuación de las mismas, salvo que se trate de reserva de identidad, que tendrán carácter permanente” (p. 893)

Dicho autor refiere que ante un proceso de crimen organizado existe la posibilidad de declarar la reserva de la identidad de los testigos, por lo que se entiende que esta medida es una forma de protección de un órgano de prueba que brindara datos relevantes para la investigación, a este testigo se le asigna un código y nadie más que el fiscal sabe su identidad. Con respecto a este punto se entiende que un procesado al no saber quién está declarando en su contra tiene que corroborar esa información para poder defenderse, es decir se tiene que contradecir dicho medio probatorio.

Respecto a la lógica de la compensación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se formuló tres preguntas: **a)** ¿Estaba justificada por una razón grave la imposibilidad de los solicitantes de interrogar o haber interrogado al testigo? **b)** ¿Cuál fue la importancia del testimonio anónimo para la condena de los solicitantes?; **c)** ¿Hubo garantías procesales suficientes para compensar las dificultades causadas a la defensa?

En consecuencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos nos ha indicado tres pilares para que una sentencia se funde en la declaración de un testigo anónimo, el primero referido a la grave imposibilidad, el segundo referido al grado de importancia que tuvo la prueba en la sentencia, mientras que el último -siendo el más importante – las garantías procesales para **compensar** las dificultades causadas hacia la defensa de los imputados, reconociendo de esta manera la teoría desarrollada en la presente investigación.

Se entiende entonces que en un proceso penal, en el que por su seguridad se reserva la identidad de un testigo, y esto al vulnerar el derecho a contradecir, refutar, se tiene que corroborar al órgano de prueba, la compensación se da en el hecho que

si se va a poder interrogar al testigo por alguien que no sea el fiscal, es decir para los imputados, pero esto no se hará de manera directa, en la jurisprudencia internacional no limita la posibilidad a su realización en un estadio procesal, solo señala que se puede hacer en algún estadio procesal, no definiendo en qué momento hacerlo; en la jurisprudencia citada se llega a la conclusión que se hará un pliego de preguntas escrito y el testigo en identidad en reserva las contestara de igual modo por escrito; además que se obliga que el juez conozca la identidad del testigo; además señala que ante una condena, esta no puede estar motivada únicamente en órganos de prueba que tienen su identidad en reserva. Pudiendo desarrollar de esta forma, como es que se ha aplicado la lógica de la compensación en la etapa de investigación preparatoria.

2.2.5 Aplicación de la lógica de la compensación frente vulneración de la contradicción de la prueba

2.2.5.1 Revelación de la identidad del colaborador eficaz o testigo protegido.

Este resulta ser un tema argüido, sin embargo, pues se ha discutido si el juez o tribunal puede acordar que el testigo permanezca en el anonimato durante la celebración del juicio, siendo que existen normas en derecho comparado, como en España, que se requiere desvelar la identidad de los testigos protegidos, siempre que lo solicite motivadamente la defensa, aunque con ello pueda comprometer la seguridad o la vida de quien racionalmente se encuentre en situación de peligro grave por el conocimiento de su identidad.

Sin embargo, se ha considerado que ésta es una interpretación cerrada poco razonable, pues en cualquier caso la solicitud no solo debe soportarse en la solicitud sino en la suficiencia y razonabilidad de la misma, pues la exigencia de motivación que se establece en la norma no puede constituir un requisito puramente formal, y una motivación insuficiente o arbitraria no puede considerarse una motivación materialmente válida.

Por lo que se ha determinado que el Tribunal debe ponderar entre los intereses contrapuestos, seguridad del testigo-derecho de defensa del acusado, que exige valorar la razonabilidad y suficiencia de la motivación expuesta por la solicitud de desvelar la identidad del testigo protegido, atendiendo, por un lado, a

las razones alegadas para sostener que en el caso concreto el anonimato afecta negativamente al derecho de defensa, y por otro a la gravedad del riesgo apreciable para el testigo y su entorno, en atención a las circunstancias del caso enjuiciado.

2.2.5.2 Interrogatorio y contrainterrogatorio.

En principio cabe desarrollar aquí lo referente al principio de contradicción. Al efecto se tiene que el nuevo modelo procesal penal tiene como uno de sus principios básicos la contradicción y no solo respecto a los sujetos procesales, sino también a la prueba, preliminarmente debemos de señalar que para que se considere una prueba se tiene que tener muy claro lo que señala el profesor San Martín (2020) cuando refiere que “Sin perjuicio de las características específicas que se predicen de cada uno de los medios probatorios, se reconoce que el procedimiento probatorio se desarrolla en tres fases sucesivas: proposición, admisión y ejecución o práctica.” (p. 832)

Entonces se ha de entender que la prueba tiene distintas fases las cuales son la averiguación, obtención, aseguramiento, proposición y presentación, admisión, recepción y valoración, en nuestro sistema procesal penal lo más sostenido es que la prueba cumple cuatro fases, obtención, admisión, actuación y valoración de la prueba, respecto a la fase de proposición probatoria el profesor San Martín (2020) enseña que: Sucede con arreglo al artículo 155.2 CPP, con el planteamiento que en la etapa intermedia. El fiscal en su acusación y las demás partes en los escritos respectivos presentados en esa etapa (artículos 349. Lh y 350.If CPP). Empero, el rigor preclusivo se ve mermado en la etapa de enjuiciamiento: 1) solicitud de nueva prueba al inicio del juicio oral, esto es, medios de prueba que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de acusación y los que fueron inadmitidos indebidamente por el JIP (artículo 373 CPP); y, 2) inspección o reconstrucción, y prueba adicional “indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad”, en ambos casos de oficio o a pedido de parte (artículos 155.3 y 385 CPP). Se admiten a solicitud del fiscal y de las demás partes. (p. 830). Ahora respecto a la fase de admisión el profesor San Martín (2020) indica que:

Es el acto del juez por el que, previo examen de los requisitos necesarios determina los medios de prueba que deben practicarse. Este acto de admisión debe fundarse en la observancia de los

requisitos exigidos, bien con carácter específico en relación con cada medio de prueba en concreto o bien aquellos de carácter general. Así:

- 1) Solo podrán admitirse los medios de prueba previstos legalmente.
- 2) Solo deberían admitirse los medios de prueba que comporten licitud en el procedimiento de obtención de las fuentes de prueba.
- 3) La admisibilidad se condiciona, en todo caso, a los requisitos de pertinencia y necesidad, así como de conducencia y no sobreabundancia. Es obvio que, en el juicio oral, por el rol que está llamado a desempeñar, el tribunal solo puede rechazar una prueba si está ante un manifiesto o relevante supuesto de impertinencia, innecesaridad o idoneidad. (p. 833)

Por último, en la fase de práctica el juez de la Corte Suprema de Justicia del Perú señala que:

Ha de efectuarse en el juicio oral, en la estación oportuna. Se inicia esa fase si no existe conformidad procesal (artículos 373.1 y 375 CPP). Las normas generales serán:

1. Que se respete la contradicción, oralidad, inmediación, concentración y publicidad, garantías que presiden el juicio oral; su práctica se realiza bajo la *cross examination*—interrogatorio cruzado—, el interrogatorio del acusado, formulando, en primer lugar, las preguntas las partes acusadoras y, posteriormente, la defensa, en una o varias sesiones consecutivas respetando el principio de concentración; con el mismo régimen se practicara la prueba testifical y demás medios de prueba.
- 2» Que se practiquen, por regla general, en la Sala de Audiencias, aunque excepcionalmente puede trasladarse a otros lugares; el orden será en el que fije el tribunal, salvo el caso de prueba documental que sigue el sistema de listas; en cuanto al tiempo, se practican en el juicio oral y según su naturaleza (declaración imputado, testifical, examen pericial, prueba material, prueba documental), salvo el caso de prueba anticipada.
3. El CPP introduce otra regla genérica (artículo 155.5 CPP), en cuya virtud en toda actuación probatoria debe tenerse en cuenta el estado físico y

emocional de la víctima (existen reglas específicas para testigos menores de edad y víctimas, así como testigos enfermos: artículos 171.2-3, 378.3 y 380.2 CPP). (p. 835)

2.2.5.3 Valoración de la prueba no comprobada.

En principio cabe señalar que, conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2019)

La posibilidad de contradicción, al menos potencial, mediante el conainterrogatorio del testigo de cargo, no es una regla de validez absoluta, sino un principio de elevado rango, susceptible de ser ponderado y modulado con otros intereses en virtud de las circunstancias de cada caso. Esta garantía es concebida no sólo como un requisito para la correcta valoración probatoria, sino asimismo como una garantía de defensa, por lo que, por vía de principio solo si se ha dado al acusado la posibilidad de contradecir la declaración prestada en fase anterior al juicio oral, podrá la misma erigirse en prueba de cargo. (párr. 31)

Ahora bien, se confirma que la regla de que no puede ser prueba única o decisiva no es catalogada como axioma o dogma absoluto, siendo que puede ser valorada si en el caso concreto se han tomado medidas que permitan la correcta evaluación de la fiabilidad de la declaración a partir de una perspectiva global y tras sopesar todos los intereses contrapuestos concurrentes. Los testimonios prestados fuera del juicio oral pueden, así, fundar una condena en ciertas condiciones, como, por ejemplo, cuando la ausencia de la única testigo esté sustentada en buenas razones. Cuando una condena está basada únicamente o de modo decisivo en pruebas ofrecidas por testigos ausentes, la imposibilidad de haber sometido a contradicción el testimonio no conllevará automáticamente una vulneración del derecho a un proceso equitativo. Dependerá de si en el caso concreto existen suficientes factores de compensación, incluyendo medidas que permitan una correcta y adecuada evaluación de la fiabilidad de esa prueba. Esto permitiría que una condena se fundara únicamente en dicha prueba solamente si es suficientemente fiable dada su relevancia en el caso.

Caba destacar que el artículo 158 del Código Procesal Penal del Perú, alude a lo relativo a la prueba por indicios. De acuerdo a ello, la Fiscalía debe postular expresamente la prueba indiciaria, por cuanto la culpabilidad nace a partir de la relación que tiene el hecho base con el hecho indiciado a través de un razonamiento deductivo. Así, los hechos refrendados en indicios suponen un tipo de defensa distinto al seguido mediante medios probatorios directos, por lo que el fiscal debe postularlos en su requerimiento acusatorio.

2.2.5.4 Medidas de compensación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llamado a ponderar las circunstancias concretas del caso, y a negar la lesión del derecho a la defensa si, pese a no haber existido la posibilidad de interrogar a los testigos, por los órganos judiciales se han introducido medidas que contrarresten el déficit de defensa. Existen por ejemplo casos, en que, si bien existía la oportunidad de contradicción, la defensa no quiso voluntariamente utilizar, no obstante, existen otras pruebas de claro contenido incriminatorio.

Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha establecido ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración. Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación. En principio, la deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia.

2.2.6 Aplicación de la lógica de la compensación frente a la pena ilícita en los establecimientos penitenciarios

2.2.6.1 Teoría de la pena.

En primer lugar, sin profundizar en el tema complejo de la teoría de la pena, se debe tener en cuenta que cuando una persona es sentenciada por algún delito que ha cometido, este solamente es privado de su libertad mas no de otros derechos fundamentales.

La pena en general tiene un fin de la cual derivan diversas teorías. Para algunas, teorías disuasivas, la finalidad es disuadir a potenciales infractores de delitos; otras, teorías preventivas, estiman que su fin es prevenir delitos futuros; por su parte, las teorías reparatoras, estiman que tienen como fin reparar la consecuencia del daño causado por el delito; y las teorías retributivas, consideran que otras, justifican el castigo para devolver el mal causado por un mal proporcional. Espinoza (2019) señala que “también existen las teorías de la rehabilitación o readaptación, que postulan como objetivo de la pena readaptar y reeducar a las personas infractoras con el fin de que éstas sean productivas en la sociedad una vez rehabilitadas.” (párr. 08)

La teoría de la pena tiene una gran influencia sobre los efectos que se generan en la individualización judicial de la penal, partiendo de la justificación de su imposición, todo lo cual va a depender de los factores y condiciones necesarios que justifiquen que ésta es legítima.

La Defensoría del Pueblo (2018) ha indicado que:

Para cierta parte de los especialistas en criminología, es prácticamente imposible determinar con exactitud cuáles penas poseen efectos preventivos generales o especiales, y completamente imposible que, los jueces realicen esos juicios de manera científicamente, seria u objetiva, por lo que recurren a solo intuiciones personales. (párr. 14)

Asimismo, evaluar y valorar el entorno personal del delincuente se estima igualmente como una función complicada, así como también establecer la necesidad social que conmine a disuadirlo de la reinserción del delito, ello ante la carga procesal de los órganos de justicia, por lo que los críticos de esta teoría estiman que los razonamientos judiciales sobre los que se podría asentar la asignación de una determinada medida de pena, resultarían pobres y variables. De allí que, para esta corriente lo relevante ante el acto de determinación judicial de la pena, es comprobar el exacto contenido de los siguientes elementos que han sido desarrollados por Silva (2007) “1. Un hecho injusto, 2. Existencia de la culpabilidad. 3. Y la clara punibilidad de un hecho determinado, que se traduce en una determinada medida de pena.”

2.2.6.2 El hacinamiento de los centros penitenciarios en el Perú.

Los órganos de protección de los derechos fundamentales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, hasta el Máximo Tribunal del Perú, destacan continuamente el respeto por las garantías y derechos constitucionales contenidos, en principio, en el derecho internacional humanitario, y consecuentemente en el derecho interno de cada país. De allí que, en general, sostienen la necesidad de que las medidas privativas de libertad deben ser otorgadas bajo juicio de idoneidad, y la ejecución de la pena debe desarrollarse en garantías de estos derechos. Para la privación a la libertad, se involucran un amplio abanico de principios y derechos fundamentales que pudieran verse vulnerados durante su ejecución, por lo que la excepcionalidad es un principio fundamental en el derecho penal y representa una garantía jurídica para el individuo y un postulado de obligatoria aplicación en los Estados que velen por el respeto de los derechos humanos.

Cabe destacar que, conforme a los principios y buenas prácticas de la protección de los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas, los Estados son los garantes de los derechos fundamentales de las personas bajo su custodia, por lo que deben asegurar la adopción de medidas concretas e inmediatas para garantizar sus derechos a la vida, integridad personal y salud.

Ahora bien, cabe destacar que, en el caso peruano, de acuerdo a los datos obtenidos para el 31 de julio de 2012, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013), arrojó que en este país existía para ese entonces 58,681 personas privadas de libertad, siendo que de ellos el 58.8% (34,508) estaba en el estatus de procesados y el 41.2% (24,173) apenas estaban sentenciados. Estos datos hacen evidenciar que la cantidad de detenidos durante el proceso superaban a los efectivamente condenados.

Para el año 2020, ante el nivel de hacinamiento que prevalece en las cárceles peruanas, que de acuerdo a lo reportado por las autoridades penitenciarias peruana a los medios de comunicación consistía en un 142%, el Estado adoptó a lo inmediato acciones o medidas para reducir la población carcelaria, contenidas especialmente en el Decreto Legislativo No. 1459 de 14 de abril de 2020, dirigido a la conversión automática de las personas condenadas por omisión de asistencia familiar; el Decreto Supremo No 004-2020-JUS de 22 de abril, sobre indultos

comunes y humanitarios, y conmutaciones de la pena, produciéndose para ese año un egreso de 321 personas detenidas por omisión de asistencia familiar, y de 37 personas privadas de libertad mediante la concesión de gracias presidenciales. Asimismo, mediante las Resoluciones Administrativas N° 117, 118, 119, 120-2020-CE-PJ, el Poder Judicial habilitó a las autoridades penitenciarias para que procedieran a revisar los casos en que resultasen aplicables medidas alternativas u otorgarse beneficios penitenciarios, teniendo una especial atención a los hechos que ocurrían con la crisis sanitaria del Covid-19.

No obstante, y a pesar de las medidas, para mayo de 2021, de acuerdo al Informe Estadístico del Instituto Nacional Penitenciario, subsiste un hacinamiento considerable en los establecimientos penitenciarios, conforme al siguiente cuadro resumen:

Cuadro 2 Situación de la capacidad de albergues

SITUACIÓN ACTUAL DE LA CAPACIDAD DE ALBERGUE, SOBREPOBLACIÓN Y HACINAMIENTO DE LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS SEGÚN LAS OFICINAS REGIONALES

Total	Capacidad de Albergue (c)	Población Penitenciaria (POPE)	Sobrepoblación (s=POPE-c)	% Sobrepoblación	% Hacinamiento (%H)
69 Establecimientos Penitenciarios	40,899	86,812	45,913	112%	92%

Nota: Cuadro resume para evidenciar hacinamiento y sobrepoblación de los establecimientos penitenciarios peruano a nivel nacional. Instituto Nacional Penitenciario (2021).

Considerando la aplicación de las medidas adoptadas para el año 2020, señaladas con anterioridad, en el año 2021 se obtuvo el siguiente registro:

Cuadro 3 Población penitenciaria

POBLACIÓN PENITENCIARIA INTRAMUROS Y EXTRAMUROS DEL SISTEMA PENITENCIARIO NACIONAL

Población Total: 126,216				
Establecimientos Penitenciarios 86,812		Establecimientos De Medio Libre 39,404		
Procesados	Sentenciados	Liberados por Semilibertad, Liberación condicional y Remisión condicional de la pena	Sentenciados a Penas Limitativas de Derechos	Sentenciados a Medidas Alternativas
30,984	55,828	6,131	31,531	1,742

Nota: Al mes de mayo 2021, la población penitenciaria a nivel nacional, es de 126,216 personas; de los cuales, 86,812 se encuentran en los establecimientos penitenciarios por un mandato de detención judicial o prisión preventiva o sentencia con pena privativa de libertad efectiva; y 39,404 asisten a establecimientos de medio libre al haber sido sentenciados a penas limitativas de derechos o dictaminas a medidas alternativas de internamiento, o liberados con beneficio penitenciario de Semilibertad o Liberación Condicional. Instituto Nacional Penitenciario (2021).

Cabe destacar que para el año 2013, conforme se indicó anteriormente, la población penitenciaria en el Perú alcanzaba a 58,681 personas, siendo que, para mayo de 2021, como se evidencia, la población penitenciaria a nivel nacional, es de 126,216 personas, lo que denota su incremento significativo, sin que se haya evidenciado un incremento de los centros penitenciarios en la actualidad. No obstante, cabe observar que el mes de mayo de 2021, los procesados representan el 36% y los sentenciados el 64% respecto a la población total (Instituto Nacional Penitenciario, 2021)., lo cual se diferencia al año 2013 cuando la cantidad de detenidos durante el proceso superaban a los efectivamente condenados.

Ante todo este escenario, que no deja de ser preocupante para el sistema penitenciario peruano, surge la necesidad de analizar todas las herramientas que permita la norma para minimizar el número de privados de libertad en situaciones que pueden ser precarias, por la situación de hacinamiento, la alimentación, el alojamiento, los servicios de salud y la violencia, por ejemplo, y que conducen inevitablemente a la violación de derechos humanos, como el derecho a la salud, a la dignidad, a un trato digno, entre otros.

Una de las figuras que resultan ser relevantes en el ámbito penal, es la figura de la lógica de la compensación, que resulta ser una garantía establecida por primera vez en el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, mediante la cual se otorga la

facultad a la judicatura para que pueda establecer medidas de compensación, ante una garantía violada en el proceso penal o ejecución de la pena.

Es decir, resulta innegable que existan personas privadas de libertad que puedan estar sufriendo una pena que a su vez les impone un sufrimiento antijurídico que puede ser mayor que el inherente a la mera privación de libertad, por situaciones como el hacinamiento, por lo que parece ser ajustado y equitativo reducir su tiempo de encierro, previo u cálculo razonable, para compensar de algún modo la pena hasta ahora sufrida en la parte antijurídica de su ejecución, lo cual pasa a llamarse las penas ilícitas por cuanto durante su ejecución se conduce a un sufrimiento adicional al que por sí sola la privación a la libertad genera, circunstancia que no puede obviarse para llegar a una solución lo más racional posible dentro del marco jurídico internacional, por lo que existen casos en tribunales que, ante esta pena realmente sufrida, se les computa a razón de dos días de pena lícita por cada día de efectiva privación de libertad en condiciones degradantes.

En el caso del Perú, las cifras antes señaladas indican claramente que existe una sobrepoblación en el sistema penitenciario, cuya densidad es del 112%, de lo cual se deduce que es igualmente alta la inflicción antijurídica sobrante de dolor de la pena que se está ejecutando, lo que impondría que el tiempo de pena o de medida preventiva.

Aun así, resulta difícil conseguir casos que concurren a la lógica de la compensación para minimizar estos efectos; de hecho, las estadísticas solo recogen las medias alternativas para eludir o limitar la aplicación o la ejecución de penas privativas de libertad, de corta o mediana duración, como la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio, el procedimiento especial de conversión de penas y la vigilancia electrónica personal, más no la aplicación de esta herramienta.

Al efecto se tiene:

Figura 1

Población de liberados

POBLACIÓN DE LIBERADOS POR SEMILIBERTAD, LIBERACIÓN CONDICIONAL Y REMISIÓN CONDICIONAL DE LA PENA, SEGUN TIPO DE LIBERTAD (Distribución porcentual)



Nota: En el mes de mayo 2021 se registran 6,131 liberados, de ellos 3,897 se encuentran con beneficio de semi libertad, 1,788 con beneficio de liberación condicional y 446 con beneficio de remisión condicional de la pena. Instituto Nacional Penitenciario (2021).

Aparentemente son pocas las resoluciones en la jurisprudencia peruana que han aplicado la lógica de la compensación, a pesar de que esta garantía fue reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cabe destacar en todo caso, el criterio primigenio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la República en el Recurso de Nulidad 420-2018 Cajamarca, de fecha 22 de mayo de 2018, en la cual en su fundamento jurídico séptimo ha reconocido el uso de elementos de compensación al analizar los criterios de comprobación en los testimonios objeto de prueba.

En todo caso, al realizarse un control de convencionalidad, la aplicación de esta figura jurídica tendría que ser de obligatorio cumplimiento. Es decir, ha de entenderse que la lógica de la compensación, conforme a la jurisprudencia internacional y a la poca jurisprudencia nacional encontrada, tendría que ser aplicada en todas y cada una de las etapas del proceso penal; esto es, desde el inicio de diligencias preliminares hasta la ejecución de la pena, para así poder ejercer de manera plena el principio de igualdad de armas, entre las partes, caso contrario se vulnerarían diversas garantías procesales.

Si los magistrados peruanos siguen ignorando esta garantía procesal, podría generarse flagrantes vulneraciones a los derechos de los sujetos procesales, más aún cuando existe un sistema universal de protección a los derechos humanos además de los instrumentos específicos relacionados con los derechos humanos de las personas privadas de su libertad física, y en especial existen las Reglas Mínimas

para el Tratamiento de los Reclusos y el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, que establecen importantes estándares y normas para el tratamiento de los detenidos; y cuando se ha evidenciado que en el Perú muchas de estas condiciones no se han dado del todo, como por ejemplo al evidenciarse los hechos de violencia - condenados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por arrojar incluso muerte de reclusos- ocurridos en diversas cárceles del Estado peruano para el año 2020, derivados de protestas ante reclamos por atención médica para evitar el contagio del virus del Covid-19 y garantizar los derechos a la vida, integridad personal y salud de las personas bajo su custodia, ante la carencia de equipos para evitar el contagio, adecuado tratamiento médico para atender el virus, entre otras necesidades que vulneraban derechos fundamentales durante la ejecución de la pena, y que podían ser analizados bajo la figura de la lógica compensación en su momento para conducir un menor sufrimiento para el procesado o condenado.

Esto además hace evidente que, la vulneración no sería únicamente dentro del proceso penal, sino que, ante una eventual condena; de allí que la lógica de la compensación también se tendría que aplicar en la ejecución de sentencia, en el momento en que el estado peruano violenta los derechos de los sentenciados. La obligatoriedad de la aplicación de esta figura jurídica -lógica de la compensación-, radica en el control de convencionalidad, que tendrían que realizar los jueces nacionales; el cual, obliga a los mismos a aplicar los criterios, garantías, principios reconocidos por las Sentencias de la CIDH.

Para poder evitar que se sigan cometiendo vulneraciones por omisión - desconocimiento-; la lógica de la compensaciones en el proceso penal tendría que ser aplicada de manera obligatoria; para lo cual, existen diversas figuras jurídicas que permiten que se establezca como criterio vinculante, lo cual obligará a las judicaturas penales, Ministerio Público y otras instituciones involucradas en el proceso penal a nivel nacional, a aplicar la lógica de la compensación; las figuras jurídicas que permitirán este fin son: acuerdos plenarios, sentencias casatorias con carácter vinculante, plenos jurisdiccional regionales o distritales, etc.

De allí, ante la situación planteada, con los múltiples problemas que presenta el sistema penitenciario en el Perú, resulta necesario estudiar esta figura tan

importante para el derecho penal, y que está siendo acogida en el derecho internacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 22 noviembre de 2018 sobre medidas provisionales respecto de Brasil Asunto del Instituto Penal Plácido De Sá Carvalho ha señalado que:

En principio, y dado que es innegable que las personas privadas de libertad en el IPPSC pueden estar sufriendo una pena que les impone un sufrimiento antijurídico mucho mayor que el inherente a la mera privación de libertad, por un lado, resulta equitativo reducir su tiempo de encierro, para lo cual debe atenderse a un cálculo razonable, y por otro, esa reducción implica compensar de algún modo la pena hasta ahora sufrida en la parte antijurídica de su ejecución.

Las penas ilícitas, no por su antijuridicidad dejan de ser penas y, lo cierto es que se están ejecutando y sufriendo, circunstancia que no puede obviarse para llegar a una solución lo más racional posible dentro del marco jurídico internacional. Lo anterior es concordante con el mandamus del Supremo Tribunal Federal establecido en la Súpula Vinculante No. 56. El Tribunal concluye que las autoridades nacionales deben crear inmediatamente una apelación o una combinación de apelaciones que tengan efectos preventivos y compensatorios y, de hecho, garantizar un remedio efectivo de las violaciones a la Convención resultantes del hacinamiento en las prisiones en Italia. Tales apelaciones o recursos deben cumplir con los principios de la Convención, como se menciona en particular en esta sentencia (ver, entre otros, los párrafos 50 y 95 anteriores), y deben implementarse dentro de un año a partir de la fecha en que esto se habrá convertido en definitivo (...) Por consiguiente, la Corte entiende que la reducción del tiempo de prisión compensatoria de la ejecución antijurídica, conforme al cómputo antes señalado para la población penal del IPPSC en general, en el caso de imputados o condenados por delitos contra la vida, la integridad física o sexuales,

deberá quedar supeditada en cada caso a un examen o peritaje técnico criminológico que indique, según el pronóstico de conducta resultante y, en particular, con base a indicadores de agresividad de la persona, si corresponde la reducción del tiempo real de privación de libertad en la forma señalada del 50%, si éste no es aconsejable en razón de un pronóstico de conducta totalmente negativo o si debe abreviarse en menor medida que el 50%. (p. 25)

Entonces aquí se aplica la lógica de la compensación al momento en que el estado tiene que descontar un día de pena lícita por cada dos de pena ilícita, es decir cuando se vulneren derechos fundamentales distintos a la libertad se considera una pena ilícita por lo que esta debe ser compensada, pudiendo así analizar cómo es que se aplica la lógica de la compensación en el sistema penitenciario.

2.2.6.3 Bienes jurídicos distintos a la libertad vulnerados con el encarcelamiento en penales hacinados.

La Convención Americana de Derechos Humanos en los numerales 2) y 6) del artículo 5° regula lo siguiente:

Artículo 5 Derecho a la Integridad Personal.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados. (p. 05)

Se ha evidenciado que, durante la ejecución de la pena de los internos de un establecimiento penitenciario, se pueden cometer la vulneración de derechos fundamentales de las personas. Aria (2020) adiciona que “al ser sometidos a condiciones infrahumanas no solo se restringe su derecho a la libertad, sino que también se vulneran otros derechos fundamentales como la salud, la dignidad.” (p. 38) Al respecto Choquechua (2020), indica que:

Resulta esencial no solo aplicar medidas estipuladas en el ordenamiento jurídico en beneficio del condenado, sino aquellas medidas compensatorias que disminuyan el tiempo de sufrimiento de estas personas y que permitan el disfrute efectivo de estos otros

derechos que están siendo vulnerados de manera paralela al derecho a la libertad. (párr. 52)

En ese entendido, se puede indicar que la vulneración de derechos fundamentales, distintos a la libertad, ocurre principalmente por el hacinamiento penitenciario, por lo que en el análisis convencional, se determinó que la vulneración de mayor frecuencia de daba a la integridad personal, ya sea física o psicológica, esto debido a que el hacinamiento conlleva a que los reos vivan en condiciones infrahumanas, pues dentro de una celda en la que tendrían que vivir cuatro personas, llegan a vivir hasta doce, desnaturalizando la finalidad de la pena, establecida en el ordenamiento convencional, como el propio.

2.2.6.4. Medidas de Compensación.

El Estado debe adoptar medidas orientadas directamente a proteger los derechos a la vida e integridad de los condenados, particularmente en relación a las deficientes condiciones de acceso a la salud, así como a las condiciones de seguridad y controles internos de los centros penitenciarios.

Ante el incumplimiento de ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, apuntando a la prevalencia del cumplimiento de una condenado en observancia a los derechos fundamentales, consideró la posibilidad de reducir el tiempo de encarcelamiento de un condenado considerando el sufrimiento experimentado durante su condena por la violación de derechos fundamentales, para lo cual debe propiciar el atender a un cálculo razonable, es decir, esa reducción implica compensar de algún modo la pena hasta ahora sufrida en la parte antijurídica de su ejecución; ha establecido la posibilidad de compensar, en este caso, dos días de pena ilícita por un día de libertad.

2.2.6.5 Medidas de Compensación ante la aplicación de penas ilícitas.

El Estado debe adoptar medidas orientadas directamente a proteger los derechos a la vida e integridad de los condenados, particularmente en relación a las deficientes condiciones de acceso a la salud, así como a las condiciones de seguridad y controles internos de los centros penitenciarios.

Ante el incumplimiento de ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, apuntando a la prevalencia del cumplimiento de una condenado en

observancia a los derechos fundamentales, consideró la posibilidad de reducir el tiempo de encarcelamiento de un condenado considerando el sufrimiento experimentado durante su condena por la violación de derechos fundamentales, para lo cual debe propiciarse el atender a un cálculo razonable, es decir, esa reducción implica compensar de algún modo la pena hasta ahora sufrida en la parte antijurídica de su ejecución; ha establecido la posibilidad de compensar, en este caso, dos días de pena ilícita por un día de libertad.

2.3. Marco Conceptual

Colaborador eficaz

Arias (2019) señala que es la persona que, siendo imputada de un delito o que sufre condena, busca conseguir ciertos beneficios a cambio de brindar información oportuna y eficaz al Estado, particularmente referida a la organización delictiva, así evitar los efectos de un delito, que es perseguir a los principales autores o demás integrantes involucrados a la organización y generar los efectos que persigue el proceso penal. (párr. 12)

Compensación.

Es dar algo o hacer un beneficio a alguien en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado.

Contradicción.

San Martín (2020) lo define como un principio de carácter absoluto, que atiende a las partes y a su rol en el proceso, y permite que el proceso tenga una estructura dialéctica. Básicamente es un mandato dirigido al legislador, que le dicta un modo de conformar el proceso, y cuya efectiva aplicación no puede ser denegada por el órgano jurisdicción. (p. 64).

Ejecución de la pena.

Fundación MacArthur (2016) Es la parte del proceso penal, especialmente en el orden acusatorio, en la que una autoridad judicial coadyuva a que la sentencia dictada por un Juez durante el juicio penal se ejecute, salvaguardando los derechos humanos de la persona sentenciada. Forman parte integrante de esta etapa la aplicación de las penas alternativas a prisión y la concesión de beneficio de libertad anticipada. (párr. 28)

Hacinamiento.

Refiere a la excesiva población carcelaria en un establecimiento penitenciario, lo que genera la afectación a bienes jurídicos además de la libertad, degradando la dignidad del interno. En otros términos, consiste en el resultado obtenido de comparar la capacidad teórica del sistema medida en cupos y el número de personas que este alberga, afectando las más básicas condiciones adecuadas de reclusión.

Investigación preparatoria.

Ministerio Público (s.f.) Es la parte del proceso penal dirigida a reunir los elementos de convicción necesarios, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula acusación o no, es decir, para realizar las diligencias de investigación que conlleven al esclarecimiento de los hechos; de allí que en esta oportunidad el titular del Ministerio Público indagar para conocer si la conducta incriminada es delictiva, además de la identidad del autor, si existen circunstancias o móviles de la perpetración, identidad de los partícipes y de la víctima y la existencia del daño causado. (párr. 13)

Juicio oral.

Es la etapa principal del proceso penal que se realiza oralmente, que comprende los alegatos preliminares, la actuación probatoria, los alegatos finales y la deliberación y sentencia, y se rige por los principios de oralidad, inmediación, publicidad, y contradicción, además de la continuidad del juzgamiento, concentración de los actos, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor.

Lógica de la compensación.

Rodríguez (2020) refiere a la compensación que se aplica a la persona que está sufriendo cuando se considera que la ejecución de la pena privativa de libertad se realiza de manera ilícita, para con ello aminorar el cumplimiento efectivo de ejecución de la pena. (párr. 52)

Lógica.

En el entender de Herrera (1996) La lógica es la ciencia de las leyes necesarias del entendimiento y de la razón (p. 2)

Medidas de compensación.

En el derecho penal, llamadas también medidas de contrapeso, es una expresión del derecho de defensa eficaz ante la declaración del aspirante a

colaborador eficaz, al encontrarse frente a un testimonio impropio, anónimo y sin contradicción.

Medidas de protección de testigos.

Según Jiménez (2018) Son acciones de precaución por el cual los testigos protegidos gozan de protección, como es la reserva de su identidad y de su domicilio si teme por su integridad. Para ello el fiscal o el juez, sopesando las circunstancias del caso, el grado de peligro o de riesgo, adoptará las medidas de protección que sean necesarias para preservar su identidad, su domicilio, su lugar de trabajo y profesión. Las medidas de protección también involucran la seguridad policial, cambio de residencia, identificación por código o clave e incluso el secreto de su ubicación. (párr. 27)

Pena.

Es una especie de castigo a un mal que, de conformidad con la Ley, impone el Estado.

Principio de contradicción de la prueba.

Zabaleta (2017) lo define como la posibilidad que se le otorga a las partes para defenderse, de refutar y oponerse a las afirmaciones realizadas por la parte contraria, para lo cual puede aportar elementos que le permitan desvirtuar lo dicho en su contra. Para ello se exige que se den ciertas garantías probatorias para el debido. (párr. 62) **Prisión Preventiva.**

Es una medida coercitiva personal de naturaleza provisional, en función de la cual se priva de libertad al acusado en virtud de una decisión del juez de la investigación preparatoria, dentro de un proceso penal, a efectos de que el procesado no eluda la acción de la justicia o no la perturbe en su actividad probatoria.

Prisión.

Es una institución autorizada por el gobierno en la que se encierra o encarcela a personas condenadas por la ley con la pena de privación de libertad por la comisión de ciertos delitos. Igualmente es empleada durante la instrucción del proceso para mantener seguras a las personas procesadas.

Testigo protegido.

Es llamado así a la persona que, habiendo pertenecido a una organización criminal, decide proporcionar información relevante para la captura de quienes la conforman, y permita la desarticulación de las actividades ilícitas, a cambio de que se proteja su identidad, integridad y vida o se le otorgue un beneficio por parte del Estado.

Testimonio.

Benacloche (2010) Es un medio de prueba por el cual se pretende acreditar la veracidad de una afirmación fáctica a través de la información que aporta en el juicio oral un sujeto ajeno al proceso que ha tenido conocimiento de algún del hecho delictivo. (p. 183)

Vulneración de derechos.

Suarez (2020) Refiere a cualquier transgresión a los derechos de las personas, sea natural o jurídica, establecidos en las normas en general, la cual puede ser constitutiva de delito o no, dependiendo de la legislación en la que ocurrió el hecho. En función de ello, en principio cualquier vulneración de derechos es grave, de allí que los Estados deben realizar todas las acciones destinadas a prevenir estos hechos y a aplicar los mecanismos de restitución de derechos una vez ya vulnerados. (párr. 74)

Vulneración.

Para Delor, Humbert (2000) Hace referencia a la posibilidad del daño, a la finitud y a la condición mortal del ser humano (p. 50)

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica

3.1.1. Enfoque Metodológico

Hernández (2018) enseña sobre el enfoque cualitativo que:

La investigación desde la ruta cualitativa se enfoca en comprender los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en su ambiente natural y en relación con el contexto. Seleccionas el enfoque cualitativo cuando tu propósito es examinar la forma en que ciertos individuos perciben y experimentan fenómenos que los rodean, profundizando en sus puntos de vista, interpretaciones y significados (p. 390)

El enfoque metodológico fue propio de un estudio cualitativo, en el cual se expone el fenómeno jurídico, con sus causas y consecuencias y se realiza una aproximación a él, estableciendo suposiciones e ideas que se van contrastando con la opinión generalizada de sujetos y posiciones encontradas en distintos documentos, de manera tal que, el investigador pueda producir e inducir una explicación del hecho.

3.1.2. Postura Epistemológica

Behar (2008), sobre la postura epistemológica indica que:

Es así que, desde lo epistemológico, el estudio se enfocó en la argumentación, la hermenéutica, el razonamiento lógico, la axiología, la filosofía jurídica y el desarrollo teórico, en lo cual impera lo subjetivo sobre lo objetivo, por ello se comenta que su paradigma epistemológico es el interpretativo, antipositivista, cualitativo o inductivo (p. 127).

Es así que, en la presente investigación se realizó un análisis objetivo, coherente y razonado de la jurisprudencia nacional e internacional, con la finalidad de aportar un estudio científico, debidamente fundamentado, para la no continuación de vulneraciones de las garantías fundamentales, teniendo como base la “lógica de la compensación”.

3.2. Metodología

3.2.1. Método General

Método analítico - sintético

Behar (2008) indica al respecto que “(...) El método que emplea el análisis y la síntesis consiste en separar el objeto de estudio en dos partes y, una vez comprendida su esencia, construir un todo”. (p. 45)

En la presente investigación se empleó el método citado a razón que en un primer momento se descompondrá en sus partes la “teoría de la lógica de la compensación”, esto aplicado en cada una de las formas en las que se ha manifestado y los criterios que se han establecido para su aplicación; luego se realizara la descomposición de la variable.

Luego se desarrolló la descripción de las etapas del proceso penal para llegar a cada uno de los mecanismos en defensa de derechos y garantías fundamentales, para finalmente converger cada uno de los criterios y requisitos específicos de la aplicación de la teoría de la lógica de compensación en un estadio procesal; por último, se estableció el mecanismo dentro del proceso penal para su aplicación, desarrollando de esta manera la compensación tras la vulneración de utilización de la medida de reserva de identidad de testigos, lo que quiere decir es que se explicó ¿cómo es que el juez compensa a la defensa de los procesados tras la utilización de testigos con código en reserva tras declarar fundada una medida coercitiva?; luego, se desarrolló la compensación tras la vulneración a la contradicción a la prueba; por último, se explicó cómo es el tratamiento de la compensación de las penas ilícitas de los internos reclusos en el penal tras una sentencia condenatoria, constituyendo estos tres pilares fundamentales para el análisis de la lógica de la compensación.

3.2.2. Método Específico

Método Hermenéutico

Según North citado por Sánchez (2001):

(...) el método hermenéutico es un instrumento de adquisición de conocimiento dentro de la tradición humanística: se basa en textos. El texto es el objeto y al mismo tiempo el punto de partida y acontecimiento de esta comunidad metodológica porque su preocupación es la relación entre dicho texto y su escritor, su lector, su lenguaje y alguna perspectiva del mundo. Cada crítico enfatizará

algunas de estas facetas, que se convertirán en parte de su búsqueda dialéctica del conocimiento (p. 378).

Al respecto de la hermenéutica Gadamer (1993) señala tres momentos: comprensión, interpretación y aplicación. (p. 378). En la investigación se utilizó el método Hermenéutico; debido a que, permitió realizar la interpretación a través de la descomposición de la variable; logrando así su comprensión y aplicación en el sistema penal peruano; analizándose en un primer momento la llamada “lógica de la compensación” para así, llegar a su comprensión, asimismo, para un mejor entendimiento se tuvo que describir cada uno de los elementos que lo componen, desarrollados a través de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia del Perú y en las oportunidades procesales que se ha utilizado; seguidamente se realizó la descripción de cada una de las etapas del proceso penal haciendo hincapié en los posibles instrumentos procesales por los cuales se puede plantear la compensación de una garantía vulnerada.

3.2.3. Método Particular

Método Funcional

Al respecto el profesor Villabella (2015) señala que:

El método Funcional (...) es un método válido para estudios cuyo objeto forma parte de un sistema; en el derecho, el enfoque sistémico posibilita visualizar el objeto que se investiga dentro del entramado de relaciones en el que se integra, delimitar su rol funcional dentro del subsistema jurídico, desmembrarlo en sus diferentes estructuras y eslabones, delimitar las cualidades, precisar el conjunto interconexiones y graduarlas. (p. 19).

En el presente caso se utilizó el método funcional; porque permitió realizar un análisis integral de los componentes del proceso penal y su interacción con la “lógica de la compensación”; para cuyo efecto, se analizaron, en puridad, resoluciones judiciales que han planteado la teoría de la lógica de la compensación en casos especiales, realizando el análisis fenomenológico por el cual la teoría de la llamada “lógica de la compensación” se afianzó y posteriormente fue aplicada por primera vez en el Perú a través del recurso de nulidad 420-2018, generando una

nueva perspectiva del proceso penal, consolidando un proceso penal con mayor dinamismo, teniendo el juez la facultad de ejercer más justicia, compensando las garantías violadas en el proceso, esta investigación complementa la aplicación de la teoría de la lógica de la compensación en Latinoamérica con las sentencias emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

3.3. Diseño Metodológico

3.3.1. Trayectoria del estudio

Vasilachis (2006) señala que en el diseño de la investigación cualitativa “abarca el estudio, uso y recolección de una variedad de materiales empíricos – estudio de caso, experiencia personal, historia de vida, entrevista, textos– que describen los momentos habituales y problemáticos y los significados en la vida de los individuos” (p. 44).

Como el propósito del estudio fue explicar la teoría de la lógica de la compensación y su aplicación en el sistema penal peruano, para dicho efecto se analizaron las diferentes sentencias emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Corte Suprema de Justicia del Perú, es por esta razón, que se utilizó el siguiente esquema:

La investigación se realizó con base el análisis de 34 resoluciones entre nacionales e internacionales, proponiéndose que se lleve a cabo un acuerdo plenario donde se obligue a emplear la institución de la lógica de la compensación a los juzgadores, para que, ante una vulneración procesal, el juez mediante la institución de la lógica de la compensación aplique medidas de compensación, allanando los actos vulneratorio de derechos de los sujetos procesales.

3.3.2. Escenario de estudio

Para Sánchez (2005):

Un escenario es una descripción parcial del comportamiento de la aplicación en un momento específico. La utilización de escenarios implica identificar distintas situaciones y describir la acción a llevar a cabo.

Los mismos son de gran ayuda en el momento de especificar requerimientos; y su rol principal es el de permitir la comunicación entre expertos de software y del dominio, y analizar aspectos

específicos de un sistema, describiéndolo en forma concreta. La ventaja de los escenarios sobre cualquier otro método de elicitación de requerimientos, es que los escenarios guardan una gran similitud a la forma en que los seres humanos entienden y describen los problemas. Los escenarios describen actores, objetivos y episodios. Un actor no necesariamente es una persona o agente físico, un actor representa un rol dentro del sistema, por lo tanto, los actores son las entidades que hacen uso del sistema para satisfacer cierta necesidad, estas necesidades son los objetivos, que representan las condiciones a ser alcanzadas (...). (p. 43)

Por ser el estudio cualitativo, no se consideró específicamente un ámbito geográfico, al tener el análisis de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos

Humanos y la Corte Suprema de Justicia del Perú, así mismo, se tuvo en cuenta el análisis de los autos y sentencias emitidas por las Cortes Superiores de Justicia del Perú.

3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.

De las 34 resoluciones analizadas se extrajo lo correspondiente a la lógica de la compensación, luego, se analizó su aplicación dentro cada una de las ramas del sistema penal, esto es, investigación preparatoria en cuanto a las medidas de compensación ante la utilización de testigos con identidad reservada; en el juicio oral se analizó si existe vulneración al derecho a la contradicción de la prueba; mientras que, en la ejecución de la pena se desarrollaron las medidas de compensación ante el sufrimiento de penas ilícitas por parte de los reos; para dicho efecto, se estudió la cantidad de resoluciones mencionada, que fueron emitidas por los diversos órganos jurisdiccionales, de las cuales, siendo las más relevantes por el análisis de la lógica compensación, siendo las más relevantes:

- Casación 492-2019 emitida por la corte suprema de justicia.
- Recurso de Nulidad 420-2018/ Cajamarca emitida por la corte suprema de justicia
- Casación 1556-2017 Ventanilla.

- Sentencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Al-Khawaja y Tahery vs Reyno Unido.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos Caso Norin Catrیمان y otros vs la República de Chile.

3.3.4. Técnica e instrumento de recolección de datos

a) Técnica de recolección de datos

Análisis Documental

De acuerdo con Dulzaides, Molina (2004), al respecto indican que “(...) el análisis documental consiste en buscar, seleccionar, organizar y analizar un conjunto de materiales escritos para responder una o varias preguntas sobre un tema (p. 15)

La técnica que se utilizó fue el análisis documental a razón que se buscaron y analizaron las resoluciones judiciales emitidas por la CIDH, el TEDH y la Corte Suprema del Perú, identificando en qué forma se ha aplicado “la lógica de la compensación” en el sistema penal, pudiendo extraer componentes generales de la teoría desarrollada por las jurisdicciones de derechos humanos; pretendiendo que la lógica de la compensación sea de obligatoria aplicación en todas las jurisdicciones penales, logrando esto a través de un acuerdo plenario.

b) Instrumento de recolección de datos

Cuadro de análisis documental

Con respecto al instrumento de investigación la matriz de análisis de contenido documental. La matriz de análisis de contenido documental fue elaborada de acuerdo a los indicadores de las variables para dicho efecto primero se buscó las resoluciones materia de análisis, posteriormente se extrajo la información referida a la lógica de la compensación y su aplicación en cada caso específico, todo ello con el propósito de consolidar los criterios establecidos en la jurisprudencia convencional en la jurisprudencia peruana vinculante, logrando todo ello con la realización de un acuerdo plenario, a tenor de lo establecido en el artículo 116° de la ley Orgánica del Poder Judicial.

3.3.5. Tratamiento de la información

La información recopilada fue tratada de la siguiente manera:

1. Se ubicaron las sentencias que traten del tema de la presente investigación; “La lógica de la compensación”.
2. Se seleccionaron las resoluciones que traten sobre “la lógica de la compensación” en el sistema penal.
3. Se extrajeron la información relevante acerca de la lógica de la compensación en el sistema penal.
4. Se desintegró la información en ítems específicos para un análisis minucioso.
5. Se organizó la información de acuerdo a cada estadio procesal.
6. Se agrupó la información de acuerdo a los ítems similares de cada caso específico.
7. Se realizó las conclusiones arribadas de las resoluciones analizadas; para luego, proponer la realización de un acuerdo plenario para la unificación de criterios respecto a la lógica de la compensación cuyo cumplimiento será obligatorio.

3.3.6. Rigor científico.

Para Kirk, Miller (1986) “el rigor científico es tan simple como la mayor fiabilidad y validez posible” (p. 10). Al respecto, la presente investigación cumplió con el rigor científico a razón que se analizaron de manera coherente y concreta la lógica de la compensación en el sistema penal, institución jurídica que ha sido acogida en primer lugar en las resoluciones emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en segundo lugar, las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que asume esta postura y recientemente la Corte Suprema de Justicia del Perú emitió tres ejecutorias supremas que hacen referencia al tema, todo ello hace denotar que la teoría de la lógica de la compensación es una institución que ha ido siendo desarrollada por los máximos defensores de derechos humanos, concluyendo que el tema investigado cumple con un rigor científico; por la certeza de la información copiada.

La investigación es original a razón que es un tema novísimo muy poco estudiado por la misma complicación del idioma y lo reciente de la institución procesal estudiada. La teoría de la lógica de la compensación se estudió a través de las evidencias constituidas por las propias resoluciones, buscando tamizar cada una

de las formas de compensación en el sistema penal para, llegando a dar una respuesta a las hipótesis planteadas, no existiendo contradicción alguna ya que la doctrina jurisprudencial es uniforme al momento de desarrollar esta institución jurídica.

3.3.7. Consideraciones éticas

El estudio se realizó en estricto apego al Reglamento de Grados y Títulos de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Peruana Los Andes, cumpliéndose cabalmente con las formas y el contenido requerido allí. Además, se ha respetado el derecho de autor, citando cada una de las ideas que no son de propia autoría por parte de los investigadores, usando el estilo APA 7ma edición.

Por otro lado, visto que el estudio se centró en la revisión y análisis de sentencias publicadas y de dominio general y no se involucró la participación de sujetos que pudiesen verse afectados con la ejecución de la investigación, entonces lo concerniente a los principios éticos como beneficencia, no maleficencia, justicia y autonomía no fueron aplicadas. Aun así, se destaca que del estudio se pretende una mejora de la realidad estudiada, sin que existan beneficiarios tangibles inmediatos.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

4.1. Descripción de los resultados

4.1.1. Descripción del análisis de los resultados de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Corte Suprema de Justicia del Perú y Corte Superior de Justicia de Junín:

Cuadro 4

Matriz de análisis de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Corte Suprema de Justicia del Perú y Corte Superior de Justicia de Junín

INSTRUMENTO	INSTITUCIÓN Y FECHA	SUB-CATEGORÍAS			CASO ANÁLISIS DEL
		Compensación tras la vulneración de la medida de reserva de identidad de testigos	Compensación frente a la vulneración del principio de la contradicción de la prueba.		
		APLICACIÓN DE PAUTAS DE LA LÓGICA DE LA COMPENSACIÓN EN EL PROCESO PENAL			
		INVESTIGACIÓN PREPARATORIA - JUICIO ORAL			
		Cumplió la pauta sobre si había un motivo justificado para la no contradicción en la	Cumplió la pauta sobre si la declaración en cuestión sería el fundamento único	Cumplió la pauta sobre si había elementos de compensación, principalmente sólidas garantías procesales suficientes para contrarrestar las dificultades causadas a la defensa y asegurar la equidad del procedimiento	

		actuación del acto de aportación de hechos			o determinante para la decisión.			Se aplicó como medida de compensación si la autoridad judicial:				Se concedió a la defensa una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en alguna de las etapas del proceso, como medida de compensación.		Se utilizaron otros criterios o medidas de compensación	
		SI	NO	SIGUE OTRAS PAUTAS	SI	NO	SIGUE OTRAS PAUTAS	Conoció la identidad del testigo		Tuvo la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio		SI	NO	SI	
								SI	NO	SI	NO				
Caso Al-Khawaja Y Tahery Vs. El Reino UNIDO	Tribunal Europeo de Derechos Humanos - 09 de noviembre de 2001	✓			✓				✓		✓		✓	✓	En el presente caso, se trata de dos hechos y sujetos distintos, por lo que para ambos se han cumplido las dos primeras pautas, sin embargo, en el caso del señor Al – Kawaja no se ha vulnerado el derecho a la contradicción de la prueba por cuanto existieron factores de contra peso, en cuanto al señor Tahery si se ha vulnerado este derecho pues los factores de contrapeso fueron aparentes.

Caso Blokhin V. Rusia	Tribunal Europeo de Derechos Humanos - 23 de marzo de 2016		✓		✓			✓			✓		✓		Como se aprecia en el presente caso, el primer requisito que observa el tribunal, son las razones por las cuales no se pudo contrainterrogar al testigo, tampoco existieron medidas de contrapeso, por lo que se vulnero el derecho a la contradicción
Caso Balta Y Demir Vs Turquía	Tribunal Europeo de Derechos Humanos - 02 de junio de 2015		✓		✓			✓			✓		✓		En el presente caso, no se conocen las razones para declarar la reserva de identidad del testigo; la declaración del testigo si era prueba determinante por cuanto era la única forma de vincularlo con el proceso y no existieron medidas de compensación, por lo que se vulnero el derecho de contradicción de la prueba
Caso Luca Vs. Italia	Tribunal Europeo de Derechos Humanos - 06 de febrero de 2001		✓		✓			✓			✓		✓		En el presente caso, aun no se tocaba el tema de la lógica de la compensación; sin embargo, se precisaba que cuando una prueba que no haya sido contradicha por el imputado era determinante para fundamentar su condena, se vulnera el principio de contradicción de la prueba.
Caso Makeyec Vs. Rusia	Tribunal Europeo de Derechos Humanos - 15 de enero de 2009		✓		✓			✓			✓		✓		En el presente caso se tiene que no se hicieron los esfuerzos necesarios para ubicar al testigo, no siendo justificada su ausencia, los testigos ausentes si fueron determinantes para la condena y para el quantum de la pena, no se dio a la defensa la oportunidad de interrogar a los testigos, por lo

															que, se vulnero el principio a la contradicción
Caso PS vs Alemania	Tribunal Europeo de Derechos Humanos - 29 de noviembre de 2001	✓			✓				✓			✓		✓	En el presente caso, aun no se trataba el tema de la lógica de la compensación como tal, sin embargo, se analizan los dos supuestos anteriores a las medidas de compensación, concluyendo que, si no se ha podido interrogar a un testigo, el cual ha sido determinante para fundamentar una decisión condenatoria, se vulnera el principio de contradicción
CASO NORI CATRIMAN Y OTROS Vs. CHILE.	Corte Interamericana de Derechos Humanos - 29 de mayo de 2014	✓			✓				✓			✓		✓	Esta es la resolución más impórtate que se tiene a nivel de América, en el que se analiza las pautas establecidas por el TEDH y se concluye que cuando la prueba en la que se basa la condena ha sido determinante o única, se viola el principio de contradicción de la prueba, siempre y cuando no existan medidas de compensación satisfactorias que honre el principio de igualdad de armas.
Sentencia 50/2015	Sala de Apelaciones de Barcelona - 23 de marzo de 2015	✓			✓				✓			✓		✓	En el presente caso, se tiene que se cumplen las dos primeras pautas de la lógica de la compensación, sin embargo. la Sala realiza un análisis errado, pues utiliza como medida de compensación un análisis sesgado basado en máximas de experiencia, cuando las medidas de compensación son actos

															procesales, resolviendo con un criterio errado.
Sentencia 852/2016	Tribunal Supremo de España – 11 de noviembre de 2016		✓		✓			✓		✓		✓			La sala en su análisis de la lógica de la compensación indica que el principio de contradicción se vulnera cuando: a) se pueda examinar la fiabilidad del testigo y b) la declaración no sea decisiva; en el presente caso a pesar de seguir las pautas, el Tribunal resuelve con un criterio inadecuado pues basa su decisión en máximas de la experiencia.
Sentencia 13/2018	3 ^{RA} Sala Penal de Apelaciones de Madrid – 03 de diciembre de 2018	✓			✓		✓			✓		✓			En el presente caso, se realiza la pauta respecto a que la prueba no contradicha sea única o decisiva, de no ser así, no existe vulneración al principio de contradicción, por lo que la Sala ha analizado cada ítem de la lógica de la compensación.
Sentencia 715/2018	Tribunal Supremo de España, Segunda Sala de lo Penal – 16 de enero de 2019	✓			✓			✓		✓	✓				En el presente caso se verifica la existencia de las dos primeras pautas, sin embargo, al haberse brindado a la defensa una oportunidad para poder interrogar al testigo anónimo, esta no lo efectivizo, por lo que no existe vulneración al principio de contradicción
Sentencia 28/2019	Sala Penal Sección 3 de Madrid – 02 de setiembre de 2019		✓		✓			✓		✓		✓			En el presente caso, la Sala tras analizar cada una de las pautas establecidas por el TEDH, llega a la conclusión que se habría vulnerado el principio de contradicción, pues no se

															aplicaron medidas de compensación.
Sentencia 290/2021	Tribunal Supremo, Segunda Sala Penal – 07 de abril de 2021	✓				✓			✓		✓			✓	En el presente caso, se tiene que al no cumplirse las dos primeras pautas, y darle la posibilidad a la defensa de interrogar al testigo anónimo, no se vulnera el derecho a la contradicción de la prueba, más cuando esta es corroborativa y no determinante.
Sentencia 296/2019	Tribunal Supremo, Segunda Sala Penal – 04 de junio de 2019	✓			✓				✓		✓			✓	En el presente caso, el tribunal realiza un análisis acertado, sobre el cumplimiento de las pautas de la lógica de la compensación, pues al ser, el testigo anónimo prueba determinante para la condena y no aplicarse medidas de compensación adecuadas, se ha vulnerado el principio de contradicción, más aún si se sospecha de los ánimos espurios del testigo anónimo.
Sentencia 387/2020	Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia – 30 de setiembre de 2020	✓				✓			✓		✓			✓	En el presente caso, se determinó que cuando la prueba no contradicha, no constituye pieza determinante para enervar la presunción de inocencia, además de aplicarse factores de contrapeso o medidas de compensación, no existe vulneración al principio de contradicción.
Sentencia 59/2019	Sala Penal de Santa Cruz de Tenerife, sección		✓		✓				✓		✓			✓	En el presente caso, se aplican de manera adecuada las pautas de la lógica de la compensación, pues tanto los oficiales de policía como

	segunda – 18 de febrero de 2019														los agraviados nunca declararon en juicio oral; y no existieron medidas de contrapeso suficientes, por lo que se ha vulnerado el principio de contradicción de la prueba.
Sentencia 18/2021	Juzgado de Instrucción N° 21 de Barcelona – 28 de diciembre de 2020		✓		✓			✓		✓		✓			En el presente caso, se establece la obligación que tendrían los fiscales de permitir que la defensa intervenga en las declaraciones a nivel fiscal y policial, esto para que en un futuro no se vulnere el derecho a la contradicción de la prueba pues cuando no existe contradicción de la prueba, la condena no debe de basarse únicamente en ello.
Recurso Nulidad N.º 420-2018/Cajamarca	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica – 22 de mayo de 2018	✓			✓			✓		✓		✓	✓		En el presente caso, se desnaturaliza la teoría de la lógica de la compensación pues se intenta dar un peso probatorio en muy alto grado a una declaración que ha ido en contra de la defensa del imputado, además sobre las medidas de contrapeso, únicamente se limita a hacer un análisis de la declaración vulneratoria, no existiendo medidas de contrapeso eficaces, por lo que en el presente caso se aplican las pautas pero de manera errónea, resolviendo con un criterio inadecuado.
Recurso Casación N° 292-2019/Lambayeque	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de	✓			✓			✓		✓		✓			En el presente caso se analiza la lógica de la compensación en la etapa de investigación preparatoria, sobre una prisión

	Justicia de la Republica – 14 de junio de 2019														preventiva, sentando un precedente jurisprudencial para poder interrogar a los colaboradores eficaces durante la investigación.
Recurso de Nulidad 1556-2017/Puno	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica – 01 de octubre de 2018	✓				✓		✓				✓		✓	En el presente caso, las pautas de la lógica de la compensación, se sigue con la jurisprudencia internacional indicando que, si la prueba no es determinante ni única para fundamentar una sentencia condenatoria, no se vulnera de manera trascendente el principio de igualdad de armas.
Resolución N° 03 expediente 0046-2017-2-5201-JR-PE-01	Sala Penal Nacional De Apelaciones Especializada En Delitos De Corrupción De Funcionarios -07 de febrero de 2018	✓				✓				✓		✓		✓	En la presente resolución no se han aplicado las pautas, sin embargo, de la inferencia pareciera que se cumplen las dos primeras, empero, no se aplican medidas de compensación para la contradicción de elementos de convicción
Resolución N° 05 expediente N° 4-2018-7	Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia - 20 de enero de 2020	✓						✓		✓		✓		✓	En el presente caso, el análisis que realiza el tribunal es acertado, sin embargo, no resuelve con un criterio adecuado, pues indica que se debe de terminar con la fase de corroboración para poder solicitar la declaración del testigo y que la falta de contradicción para la imposición de una prisión preventiva se compensa con la transcripción de las partes

																		pertinentes de la declaración del aspirante a colaborador.
Resolución N° 05 expediente N° 00003-2017-21-5002-JR-PE-02	Primera Sala Penal De Apelaciones Nacional Permanente Especializada En Delitos De Corrupción De Funcionarios – 30 de junio de 2020	✓					✓		✓		✓	✓						En el presente caso la Sala Penal de Apelaciones Nacional indica que, si se puede contradecir el testimonio de un colaborador eficaz, por lo que autoriza a la defensa técnica de los imputados a participar en la declaración vía cooperación internacional.

Nota: sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Corte Suprema de Justicia del Perú y Corte Superior de Justicia de Junín

4.1.2. Descripción del análisis de los resultados de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Corte Suprema de Justicia del Perú y Corte Superior de Justicia de Junín, respecto de la aplicación de la lógica de la compensación tras la vulneración de la medida de reserva de identidad de testigos, en etapa de investigación.

• Resoluciones emitidas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

a) Caso Luca Vs. Italia - Solicitud N.º 33354/96 (06 de febrero 2001)

El presente caso tiene como eje de análisis la vulneración al principio de contradicción de la prueba, cuando esta no es posible de ser replicada en juicio oral, por lo que tiene implicancia en la etapa de investigación preparatoria.

El señor Luca (demandante) al momento de la emisión de sentencia se encuentra detenido por declaraciones que nunca pudo contradecir; se tiene que el 25 de octubre de 1992 los señores “N” y “C” fueron detenidos por la policía, siendo encontrados en posesión de cocaína; los días 25 y 26 de octubre los detenidos de 1992 declararon ante la fiscalía y policía; C indico que habría acompañado a N a comprar droga y que parte de la droga era para su consumo; después de haber adquirido la sustancia psicotrópica habrían ido para la casa del señor Luca, mientras que el señor C fue interrogado como “*persona che può riferire circostanze utili ai fini delle indagini*” que quiere decir “persona que puede informar de circunstancias útiles para los fines de la investigación”; es decir, que no fue interrogado como coimputado, sino como testigo; después de pasar a la etapa de juicio, el señor N fue llamado a declarar como un testigo en un proceso conexo, y no como coimputado, en su declaración N guardo silencio; la defensa del señor Luca alegó que si una persona decide guardar silencio, se podría leer su declaración previa, sin embargo, esta prescripción procesal violaba los derechos de defensa, pues no se habría tenido la oportunidad de contra interrogar, el juzgado desestimo esta alegación planteada como excepción de inconstitucionalidad y procedió a leer la declaración; el señor Luca fue condenado a ocho años y cuatro meses de prisión.

El juzgado luego afirmo que la declaración de N habría sido la principal prueba para condenar al señor Luca, pues este tendría un impedimento de salir de su casa de noche por lo que no quiso salir más de las ocho de la noche, así mismo el testigo indico el recorrido que hizo hasta la casa del señor Luca, también

reconoció una fotografía del solicitante; al hacer su argumento de violación al derecho a la contradicción, por lo que el tribunal de alzada, confirmó la sentencia, empero, al interponer el recurso de casación, fue desestimado, teniendo como principal fundamento que el artículo 6.3 se aplica a los testigos quienes tienen la obligación de decir la verdad, mas no a los acusados quienes hasta pueden mentir.

Posteriormente el artículo 513 del código procesal penal de Italia, se modificó, en el sentido que si el acusado en un proceso conexo, brinda declaración en etapa preliminar, no puede ser considerada prueba si posteriormente decide guardar silencio, esta modificación fue declarada inconstitucional, para ser modificada en 1999, modificatoria que obligaba a valorar como prueba las declaraciones que fueron sometidas al contradictorio.

Respecto a la vulneración del artículo 6.3, alegada por el solicitante, en respuesta el tribunal alega que existen tres derechos que se ven colisionados; 1) el derecho del coacusado a guardar silencio; 2) el derecho del coacusado a interrogar al otro coacusado como testigo y; 3) El derecho de la autoridad judicial a no ser privada de las pruebas obtenidas durante la investigación. Indica que la prueba debe de ser producida en audiencia con miras a un contradictorio, si bien es cierto existen excepciones, siempre se respeta el derecho al contradictorio, así este haya sido anterior a audiencia. El problema surge cuando una condena se ha basado únicamente en la declaración de un testigo del que no se ha tenido la oportunidad de contrainterrogar; para el caso en análisis, el tribunal indica que no importa que sea un coacusado, si su declaración fue base para la condena, pues en naturaleza sigue siendo un testigo, el derecho de contrainterrogatorio persiste; en consecuencia, al no darle la oportunidad al solicitante, a que contrainterrogue al coacusado -porque este decidió guardar silencio - y usarse su declaración previa, vulnera el artículo 6.3 de la convención.

• **Resoluciones emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la Republica**

b) **Recurso Casación N.º 292-2019/Lambayeque (14 de junio de 2019)**

El presente caso versa sobre un recurso de casación sobre un auto de prisión preventiva, mismo que fue confirmado en segunda instancia, por los delitos de asociación ilícita para delinquir, fraude en la administración de personas jurídicas, homicidio, encubrimiento personal, cohecho pasivo propio y peculado.

La fiscalía de Crimen organizado, solicita al juez de garantías, que se imponga la medida cautelar de prisión preventiva por el plazo de dieciocho meses, ante ello, el juzgado impone la medida restrictiva y la sala confirma el auto.

El tribunal inicia señalando que la prisión preventiva no se basó únicamente en las declaraciones de los aspirantes a colaboradores eficaces, esto tiene relación con el tema de estudio, puesto que el primer presupuesto para la imposición de la medida de coerción denominada prisión preventiva, es el *fumus comissi delicti*; traducida en el derecho procesal penal como los graves y fundados elementos de convicción que dan cuenta de la comisión del delito y la vinculación del imputado con el mismo, teniendo como grado de sospecha en la doctrina jurisprudencial, grave, la cual es la más intensa dentro del proceso penal, pues respeto del principio de intervención indiciaria, para privar la libertad a una persona a través de la medida de coerción como la prisión preventiva, se ha de tener elementos de convicción que permitan evidenciar la comisión del delito y la vinculación del imputado con el mismo, todos los presupuestos de punibilidad y perseguibilidad han de estar satisfechos.

En esa línea, el ministerio público para su requerimiento de prisión preventiva, utilizo las transcripciones de las declaraciones de los aspirantes a colaborador eficaz, acto que realizo sin emitir disposición previa alguna, por lo que se generó una indefensión material, además que el colaborador eficaz, al ser una persona, el medio de prueba idóneo es el testimonial, mas no el documental, por lo que su declaración debió actuarse en la investigación preliminar; el tribunal continua con su razonamiento indicando que el artículo 481°-A del Código Procesal Penal, permite que se utilicen las declaraciones de colaboradores eficaces para imponer medidas limitativas de derecho, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 158.2, que refiere, básicamente, a que estas declaraciones deben de estar acompañadas de otros elementos de convicción; al respecto el reglamento

contempla esta situación procesal, indicando que la declaración del aspirante a colaborador eficaz se incorpora a la carpeta principal, no en su integridad, sino los extractos relevantes y mediante una transcripción, el tribunal indica que no hace falta una disposición fiscal para trasladar las declaraciones y su incorporación es de manera directa.

El Tribunal continua su argumentación, indicando que el artículo 158.2 hace referencia a otros elementos de convicción, no necesariamente estos deben de ser corroboradores y que lo que se traslada a la carpeta declarativa de condena no es la declaración sino el acta correspondiente, por lo que, el medio es la prueba documental, intentando distinguir los actos de investigación o aportación de hechos, de los actos de prueba, por lo que llega a la conclusión que ambos supuestos tiene naturaleza jurídica y previsión legal distinto, pudiéndose utilizar la declaración del aspirante a colaborador eficaz para imponer una medida de coerción, debe de tenerse en cuenta tres requisitos, propios para la no vulneración de la defensa procesal:

- a) La declaración del aspirante a colaborador eficaz debe de ejercerse con control judicial, así mismo, el juez puede pedir la declaración completa, y tras leerla, puede incorporar extractos que considere relevante.
- b) Indica el tribunal, que el hecho que no se incorpore el integro de la declaración del aspirante a colaborador eficaz en la carpeta, no vulnera el derecho a la prueba y de defensa, pues esto es propio de la etapa procesal en la que nos encontramos, a diferencia del plenario, en el que el aspirante a colaborar eficaz tendrá que declarar.
- c) Lo más importante de este análisis, resulta en que, por su naturaleza reservada, los únicos que conocen las declaraciones en el proceso de colaboración eficaz, inicialmente son, el colaborador, su abogado defensor y el fiscal, sin embargo, la Corte Suprema indica que no se puede negar el derecho a contradicción del imputado, por lo que, puede solicitar la declaración del colaborador eficaz y poder interrogarlo de acuerdo a las previsiones legales.

El tema central de análisis es que, la Corte Suprema indica que los colaboradores eficaces son prueba sospechosa, además indica que, realizando un análisis convencional, partiendo del caso ya analizado con anterioridad Norín Catrimán y otros Vs. Chile, los testigos con medida de reserva de identidad, generan la necesidad que se le pueda preguntar al testigo razones de enemistad, así como observar la fiabilidad material de la declaración, el juez debe de conocer la identidad del testigo, además debe de observar su comportamiento mientras declara por el principio de inmediación y sobre todo se le debe de otorgar a la defensa una amplia posibilidad de interrogar a este testigo, se deben de otorgar medidas de compensación suficientes y sobre todo, no puede fundarse una condena en la declaración de las pruebas sospechosas y realiza un análisis bastante acorde, pues, en el plenario no es posible que el testigo declare por lo que se deben de cumplir los criterios ya analizados en la sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, rescatando y tomando principalmente la prueba no contradicha, en el caso en concreto, la declaración de los colaboradores no fue único, pues se ha de tener en cuenta las demás testimoniales y documentales; consecuentemente, se han seguido las pautas de manera errónea, pues no se ha tenido en cuenta que la medida de reserva de identidad del testigo, tenga una motivación objetiva, la prisión preventiva se ha fundado principalmente en la declaración de estos testigos anónimos, pues los otros al ser elementos corroboradores, tienen como base la declaración de la prueba sospechosa, y no se han otorgado medidas de compensación, como por ejemplo, otorgarle la oportunidad a la defensa para cuestionar las declaraciones mediante un contradictorio; por lo que, al realizar un análisis erróneo de las pautas y aplicarlas en ese mismo sentido, el criterio con el que se ha resuelto, deviene en erróneo.

**• Resoluciones emitidas por la Sala Penal Nacional De Apelaciones
Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios**

c) Resolución N° 03, recaída en el expediente 0046-2017-2-5201-JR-PE-01 (07 de febrero de 2018)

La presente versa sobre un auto de vista de prisión preventiva por el plazo de dieciocho meses en contra de Carlos Eugenio García Alcázar y otros, por el delito de Tráfico de influencias y otros.

El referido caso ha sido denominado mediático, por la mayoría de los medios peruanos; es así que los hechos se remontan al periodo temporal comprendido entre los años 2011-2014, en el que el denominado “Club de la Construcción” conformado, entre otras, por las empresas Graña y Montero, Obrainsa, H&H Casa y otros, es así que, estas empresas, se habrían confabulado entre sí y con funcionarios del estado peruano, para obtener la buena pro de los proyectos públicos, simulando una competencia leal entre ellas, mientras que a los funcionarios públicos se les daba un soborno que comprendía entre el 1% y 3% del valor de la obra; afectando al estado, por cuanto, este pago de la coima se incluía en la sobrevaloración del proyecto, precisando que para la emisión del auto de prisión preventiva, se tomó en cuenta la declaración de tres aspirantes a colaboradores eficaces, los cuales, según el A Quo, se encontraban debidamente corroborados por otros elementos de convicción.

Ahora bien, lo que nos interesa de este Auto de Vista, son los agravios, de dos recurrentes a) Rodolfo Priale de la Peña y b) Edulfo Malaga Torres.

Respecto de los agravios planteados por Rodolfo Priale De La Peña quien indica que la declaración del colaborador no ha sido corroborada en su procedimiento especial, al respecto la fiscalía ha indicado que la declaración del colaborador se encuentra debidamente corroborada, pues este ha indicado la existencia de cinco reuniones entre los miembros del Club de la Construcción cinco licitaciones públicas que han existido, además de como las empresas han recibido transferencias.

Ahora, respecto de los agravios planteados por el imputado Erdulfo Malaga Torres, la defensa técnica ha indicado que la incorporación de la declaración de los colaboradores eficaces se ha hecho sin respetar los lineamientos legales establecidos, pues no se cumple con la prueba trasladada; siendo lo más importante que el reglamento del proceso de colaboración eficaz indica que la declaración del colaboradore se traslada a través de la transcripción del acta, afectando a la presunción de inocencia y al derecho de defensa; además que no se habría incorporado pruebas sobres los hechos objetos de la declaración, sino solo se

recabaron actos de corroboración; en su descargo el ministerio público, no precisa los temas de manera precisa, desviándose.

Ahora bien, la Sala Penal Nacional de Apelación Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios al realizar el análisis del tema planteado por los recurrentes, sobre la utilización de la información obtenida en el proceso de colaboración eficaz para requerir medidas de coerción, indica que el artículo 481-A del Código procesal penal; indicando que al respecto, existen tres reglas que se deben de cumplir, los cuales son: a) El uso de información obtenida en el proceso de colaboración eficaz es potestad de utilización del persecutor del delito; b) Si es viable utilizar los elementos de convicción recabados en las diligencias de corroboración, así como la propia declaración del colaborador; c) cuando se utilice la declaración del colaborador eficaz se debe de preservar la identidad en reserva del testigo.

La Sala decide, confirmar la resolución de prisión preventiva, en cuanto al señor a) Rodolfo Priale de la Peña; mientras que revoco la prisión preventiva del señor Edulfo Malaga Torres.

En consecuencia, para analizar sobre la aplicación de la lógica de compensación sobre el presente caso, se ha de tener presente el literal f) del numeral 2° del artículo 8° de la convención americana de derechos que prescribe el derecho que tienen los imputados de interrogar a los testigos que declaren en su contra; esto resulta aplicable, no solo al plenario o juicio, sino también a una prisión preventiva, por la magnitud de los bienes jurídicos ponderados; es así que, convencionalmente se ha establecido que para la imposición de una prisión preventiva, se debe de respetar el principio de contradicción, no solo en refutar los argumentos del persecutor, sino también en poder refutar los elementos de convicción que dan pie a la medida de coerción y en su contenido, pues al momento de su recolección se debe de respetar este principio contradictorio y de igualdad de armas; es así que, para el caso en concreto, se debe de analizar la declaración del colaborador eficaz, como medio para sustentar una prisión preventiva; por lo que se debe de partir de lo que indica el artículo 158° del Código Procesal Penal en su numeral 2), mismo que hace referencia que únicamente se puede imponer una prisión medida coercitiva

o dictar una sentencia condenatoria, con base en la declaración de los colaboradores eficaces, cuando estos se encuentren corroborados con otros elementos de convicción; en ese mismo sentido, el artículo 481-A del Código Procesal Penal indica que la utilización de la información recabada en el proceso especial de colaboración eficaz indicando que los elementos de convicción recabados en las diligencias de corroboración, pueden ser utilizados para el requerimiento de una prisión preventiva; así mismo, la declaración de un colaborador eficaz, puede ser utilizada para la fundamentación de la medida de coerción, siempre y cuando, no se revele su identidad; en ese entendido, no existe prescripción restrictiva a que se pueda contradecir la declaración de un colaborador eficaz, para la prisión preventiva, ahora bien, para que no exista esta vulneración al principio de contradicción para la imposición de una medida cautelar, pues los numerales 2 y 4 del código procesal penal, faculta a la defensa técnica participar en la declaración de todos los testigos así como en todas las diligencias que se practiquen a lo largo del proceso; no siendo una excepción la declaración del colaborador eficaz, por lo que ante la ausencia de este contradictorio, se tiene que aplicar los criterios de la lógica de compensación, conforme al siguiente análisis.

a) La existencia de una razón para la no contradicción directa de los testimonios del colaborador eficaz, al respecto, la fundamentación es básicamente la seguridad del colaborador y la protección de su integridad física, en consecuencia, esto debe ser debidamente corroborado, para el presente caso no se aplicó;

b) Si la declaración de los testigos ausentes fue la base única o decisiva para la medida de coerción; en el presente caso, se determinó que sobre el análisis indiciario requiere de un análisis en conjunto con los demás elementos de convicción para poder merituar la comisión de los hechos afirmados por el colaborador, por lo que si bien es cierto no es prueba única, si es prueba determinante;

c) Si hubo suficientes factores de contrapeso para compensar las desventajas bajo las cuales trabajó la defensa; debiendo analizarse los siguientes presupuestos:

1) La autoridad judicial debe conocer la identidad del testigo y tener la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio con el objeto de que pueda formar su propia impresión sobre la confiabilidad del testigo y de su declaración, en el presente caso, ello no ocurrió; 2) debe concederse a la defensa una amplia oportunidad de interrogar al testigo en alguna de las etapas del proceso, sobre cuestiones que no estén relacionadas con su identidad o paradero actual; para el presente caso, al ser una medida de coerción y ya se tomó la declaración del imputado, no se cumple con este requisito, no pudiéndose apreciar el nivel de fiabilidad del elemento de convicción, pues a pesar de estar en la etapa de juicio por el artículo 158° del código procesal penal, se realiza una valoración probatoria o de elementos de convicción por lo gravoso de la medida.

En conclusión, se pudo apreciar que, en el presente caso, no se aplicaron los criterios de la lógica de compensación para la valoración de la declaración de los colaboradores eficaces, por lo que, la resolución resulta atentatoria contra el principio de contradicción y el de igualdad de armas.

d) Auto de Apelación, resolución N° 05; recaído en el expediente N° 4-2018-7 (20 de enero de 2020)

La presente resolución, tiene como tenor el análisis del recurso de apelación, interpuesto por el representante del Ministerio Público, Fiscal Adjunto Supremo de la Primera Fiscalía Suprema Transitoria Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, sobre la resolución N° 01 de fecha 11 de noviembre de 2019, que declaro Fundado la solicitud presentada por el abogado del señor Cesar Hinostroza Pariachi, en consecuencia se declaró procedente y ordeno al ministerio público que realice la diligencia de toma de declaraciones de los colaboradores eficaces.

El ministerio público, en su formulación de agravios, indica entre otros que: a) El proceso de colaboración eficaz es autónomo; b) que la revelación de la identidad de los colaboradores, responde que se apruebe el acuerdo de colaborador eficaz; c) La declaración de un colaborador eficaz cuyo proceso aún se encuentra en trámite resulta inconducente; d) No se vulnera del derecho de defensa del imputado puesto que la contradicción a la declaración de este testigo se realiza en juicio, que la naturaleza de la declaración de un testigo protegido, es bajo las reglas

de un testigo, pues cuando se ha terminado el procedimiento de colaboración eficaz, el fiscal ofrecerá a este órgano de prueba como testigo; e) que si bien es cierto la casación 292-2019/Lambayeque indica la facultad innegable de la defensa técnica del imputado en solicitud la declaración del colaborador eficaz, sin embargo esta se debe de realizar en juicio oral.

La defensa en su intervención indica que los actos de investigación son conducentes y no pondrán en peligro al testigo, pues no se solicita que se revele su identidad; además que los colaboradores eficaces sirvieron para la imposición de la prisión preventiva, por lo que sería atentatorio no poder realizar un interrogatorio, por lo que, es ilógico que el ministerio publico pretenda que se pueda interrogar a los colaboradores recién en juicio oral

La sala inicia certeramente su análisis citando el artículo IX del Título Preliminar de Código Procesal Penal, el cual prescribe el derecho de defensa bajo el que se sigue todo el procedimiento; además, con aun más importancia, cita el numeral 3) del artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal; mismo que regula el principio de igualdad de armas y la facultad que tiene el juez para allanar los obstáculos que existan dentro del proceso.

Continuando con la premisa que el crimen organizado es de difícil investigación por su complejidad; por lo que no se puede aplicar el derecho penal de manera tradicional; sin embargo, estas medidas que son tomadas, deben hacerse respetando la constitucionalidad y convencionalidad.

Además, indica que no existe una norma que de manera taxativa prevea la facultad que tiene las partes para solicitar la declaración del colaborador eficaz, siendo el único que puede ofrecerlos para juicio, el representante del ministerio público, además que en el Decreto Legislativo N° 1301 y su reglamento, mismos que regulan el proceso de colaboración eficaz, no se ha establecido norma facultativa que las partes puedan solicitar el interrogatorio del colaborador eficaz y procede a citar algunos fundamentos del acuerdo plenario 1-2019/CJ-116, indicando que únicamente existirá una vulneración al debido proceso cuando la prueba que se utiliza en una sentencia declarativa de condena, se basa únicamente en el colaborador eficaz, es decir este constituye prueba única; sin embargo procede

citar el Manual de Amnistía Internacional, en el que se indica que un juicio justo tiene como arista que, la defensa del acusado tenga la posibilidad de interrogar a los testigos de cargo para poder acreditar su fiabilidad; además, la Sala Suprema, reconoce la posibilidad que se pueda interrogar al colaborador, con base a lo establecido en el artículo 46° del reglamento del DL N° 1301, esto es que la declaración del colaborador eficaz puede ser incorporada como prueba anticipada, misma que se aplica antes del plenario, sin embargo, en su análisis la Sala indica que resultaría carente de sentido lógico realizar la prueba anticipada del colaborador eficaz, cuando esta no sería ofrecida por el Ministerio Público, además que se debe de cuidar la integridad de este órgano de prueba; esta declaración se realiza cuando ya existe una resolución judicial de aprobación de acuerdos; y que la forma en la que se garantiza el derecho de defensa del imputado es cuando se le corre traslado de la transcripción de la parte pertinente de la declaración.

La Sala recomienda que la declaración del colaborador eficaz, debería de realizarse en etapa intermedia o investigación preparatoria, como prueba anticipada, esto a razón de evitar dilaciones del proceso en que cada parte procesal solicite la toma de declaración de este órgano de prueba; recomendando que esta declaración se debe de realizar sobre bases más estables, esto es cuando la declaración es tomadas tras la aprobación judicial o mínimamente cuando exista acuerdo provisional, siendo totalmente posible que esto se realice en la investigación preparatoria y etapa intermedia, además hace hincapié en el hecho que las medidas, como la prisión preventiva, debe de fundarse en elementos de convicción que hayan sido sometidos a un contradictorio, pues así se tendrá una motivación de calidad de la resolución, pues esta se funda en elementos probatorios confiables.

Como otro punto de análisis, procede a citar la sentencia ya estudiada en la presente investigación, esto es esto es la Sentencia *Norin Catriman y Otros Vs. Chile*; mismo que ha establecido que ante la utilización de la medida de reserva de identidad de testigos, se debe de aplicar medidas de compensación como que el juez debe de conocer la identidad del testigo y ver su comportamiento mientras declara, así como la amplia posibilidad que se le otorga a la defensa del acusado para interrogar al órgano de prueba, con la condicional que no se realicen preguntas sobre la identidad del testigo.

Sin embargo, contrariamente a lo que ha señalado, la sala indica que la fundamentación que ha realizado hasta el momento tiene que ver principalmente con la imposibilidad de revelación de la identidad del colaborador, por lo que, hasta no saber si en el presente caso es un imputado o testigo propio, no puede hacerse esta diligencia, hasta que no exista una aprobación por el momento.

Por último, indica la Sala que conforme a la convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (Nueva York 2004), el estado debe de garantizar las medidas de protección de los testigos, en la lucha contra la corrupción; decide declarar fundado el recurso de apelación del Ministerio Público, en consecuencia, revoca la sentencia de primera instancia, declarando improcedente el pedido de la defensa en cuanto a la solicitud de toma de declaración de los colaboradores eficaces.

En consecuencia, podemos afirmar que en el presente caso tiene como escenario la declaración de un colaborador eficaz, el cual es un testigo con identidad en reserva, el cual puede ser imputado o un testigo propio, encontrándonos en etapa de investigación preparatoria, el motivo para la no contradicción del testimonio, el cual es el primer criterio de la lógica de la compensación, es que se afectaría al proceso, el cual es relativo, pues se debe de ponderar que con la declaración de estos testigos es que se fundamentó la medida de prisión preventiva, además que no se hizo mención al peligro a la integridad física que corre el colaborador, por lo que, este primer presupuesto no se ha cumplido; respecto al segundo presupuesto sobre si la declaración de este imputado fue única o determinante; se cumple perfectamente, pues con la declaración de este colaborador, si bien es cierto no fue única, fue determinante para fundamentar la prisión preventiva; en el presente caso, no existieron medidas de compensación como el hecho que el juez conozca al testigo y observe su comportamiento, y justamente lo que se discutía es la posibilidad de un interrogatorio, mismo que fue negado al no existir una aprobación judicial de los acuerdos, por lo que, solamente se espera al plenario y que el ministerio público ofrezca al colaborador como testigo, para que la defensa pueda realizar la contradicción correspondiente, pues este proceso sigue en curso al momento del presente análisis; de no concederse al imputado la posibilidad de contradecir al testigo, resulta atentatorio, pues ya se impuso una prisión preventiva

con la declaración de este; sobre la utilización de otras medidas; en el presente caso, se ha aplicado, pues se corrió traslado a la defensa de la declaración del aspirante a colaborador, sin embargo esta se encuentra limitada por cuanto únicamente se ha transcrito lo que el fiscal ha considerado pertinente y no en su integridad.

e) Resolución N° 05 recaída en el expediente N° 00003-2017-21-5002-JR-PE-02 (30 de junio de 2020)

Los hechos del presente caso tratan sobre los actos de corrupción entre empresas privadas y el gobierno, actos que se realizaron en el periodo temporal de 2011-2016, en los gobiernos de Alan García y Ollanta Humala, respectivamente, todo ello en el proyecto Gaseoducto del Sur.

El presente caso trata sobre la apelación del representante del ministerio público sobre la resolución N° 02 de fecha 23/01/2020, que -declaró fundada la solicitud de diligencias sumariales, por parte de la defensa técnica de los imputados Jorge Elías Danos Ordoñez, Ana Sofía Reyna Palacios, Uldarico Ossio Seminario y Manlio Bassino Pinasco; ordenando que el Ministerio Público programe una fecha para la toma de declaración del señor Jorge Henrique Simões Barata.

La Sala realiza un análisis interesante sobre la declaración de un colaborador eficaz, indicando, que si bien es cierto, la defensa no puede solicitar de parte, que se tome declaración de un aspirante a colaborador eficaz en el procedimiento de colaboración eficaz, resulta totalmente factible que un colaborador eficaz o aspirante a colaborador, pueda rendir su declaración en el proceso declarativo de condena, en el presente caso, se puede aplicar ello pues es público que el señor Simões Barata es el colaborador eficaz en el presente caso; por lo que la defensa técnica de los imputados pueden solicitar su declaración en el proceso declarativo de condena.

El Tribunal reconoce la pertinencia, conducencia y utilidad de la declaración del señor Simões Barata, pues esta ha servido como base de para la imposición de medidas limitativas de derechos, así como para fundamentar el objeto de investigación, y que si bien es cierto, el colaborador ya ha declarado previamente, no lo ha hecho sobre los hechos materia de imputación del presente expediente; además que ya se encuentra en trámite vía cooperación judicial; indica el tribunal

que el Ministerio Público no ha sido diligente al momento de poder programar esta declaración pues el trámite ha durado más de dos años sin resultado alguno, por lo que si se declara fundada la solicitud de diligencias sumariales, se tendría que iniciar desde cero el procedimiento, lo que resultaría perjudicial para el proceso. Además, indica que el derecho de defensa no se ve vulnerado, por cuanto, aun no se ha llevado a cabo la diligencia solicitada; al momento de resolver, la Sala revoca la resolución venida en grado, en el extremo del día y la hora que había ordenado el Ad Quem para la realización de la diligencia, además ordena la participación de la defensa técnica en la declaración del señor Barata.

En el presente caso, nos encontramos en etapa de investigación preparatoria, teniendo como eje de análisis la declaración de un colaborador eficaz; que al hacer el análisis de la lógica de la compensación, respecto sobre si se cumplió la puta sobre si había un motivo justificado para la no contradicción en la actuación del acto de aportación de hechos; si existía, pues aún no se había llevado a cabo la toma de declaración; sobre el segundo criterio de si la declaración en cuestión serían el fundamento único o determinante; en el presente caso, si se ha cumplido pues es determinante en la investigación; sobre si había elementos de compensación, principalmente sólidas garantías procesales suficientes para contrarrestar las dificultades causadas a la defensa y asegurar la equidad del procedimiento; en el presente caso, se tiene que como medida de compensación que el juez permite que la defensa técnica participe en la declaración del colaborador eficaz; pues a pesar que no se han enunciado los criterios de la lógica de la compensación, de manera taxativa, se ha aplicado un criterio correcto.

• **Resolución emitida por la Corte Superior de Justicia de Junín.**

f) Resolución N° 14 de fecha 13 de octubre de 2021, recaído en el expediente 0048-2021-39-1501-JR-PE-01

Los hechos del presente caso, tratan de una organización criminal de tipología flexible, que aparentemente operaba en el sistema judicial de Junín, supuestamente liderada por un Juez de Investigación Preparatoria, además, dentro de la organización se encontraba una fiscal Provincial y varios abogados; es así que a través de un colaborador eficaz, la representante del ministerio público, a cargo de la investigación, indica que dentro de los actos delictivos, se encuentran varias

cesaciones de prisión preventiva, excepciones de improcedencia de acción favorables, declarar infundada las prisiones preventiva, todas estas resoluciones siempre eran a favor de los imputados, decisiones que obedecían a sobornos realizados por los imputados hacia los magistrados.

Para la presente investigación, al ser un auto de prisión preventiva, el cual tiene como un elemento de convicción, la declaración del colaborador eficaz con código FSEDCF14112019; quien ha presentado audios y conversaciones; además el ministerio público, al momento de intentar corroborar los dichos del colaborador eficaz, ha utilizado la técnica especial de investigación denominada “Agente Especial”.

Se ha de tener presente que el principal elemento de convicción para fundamentar la prisión preventiva, es la declaración del aspirante a colaborador eficaz, el cual ha sido corroborado con datos escuetos, pues se presentan resoluciones que ha emitido el supuesto líder de la organización criminal; así como copia del cuaderno de registro del establecimiento penitenciario, en donde figura el nombre de sus abogados, certificados de libertas, es decir que la mayor parte de elementos de convicción con los que se ha pretendido corroborar la información del colaboradore eficaz, son actuaciones procesales realizadas en cada proceso respectivo.

En su análisis el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria, a pesar de no utilizar la teoría de la lógica de la compensación, al momento de fundamentar los graves y fundados elementos de convicción llega a la conclusión que en el presente caso no existen, pues, en primer lugar, la información brindada por el agente especial no ha tenido una confirmatoria judicial; lo más importante, en el análisis del Juzgado, es que un colaborador eficaz no puede ser corroborado con las declaración de otro colaborador eficaz, pues este debe de ser corroborada por otros medios probatorios **autónomos**, que tengan un peso probatorio fuera de la declaración del colaborador eficaz, a esto se le ha denominado en la dogmática procesal penal como “corroboración o verificación extrínseca reforzada”; es por ello que las grabaciones otorgadas por el colaborador eficaz no pueden corroborar su testimonio, debido a que, autónomamente, no tienen eficacia probatoria para

sustentar una prisión preventiva, no pudiendo llegar al grado de sospecha grave; en consecuencia, el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria declara infundado el requerimiento de prisión preventiva

Ahora bien, en el presente caso, si bien es cierto no se aplicó la teoría de la lógica de compensación, al hacer el análisis de sus elementos como son si se cumplió la puta sobre si había un motivo justificado para la no contradicción en la actuación del acto de aportación de hechos; en el presente caso, al defensa no ha solicitado que se tome la declaración del colaborador eficaz, en consecuencia para verificar si los motivos para declarar la reserva de identidad testigo fueron optimas, debemos de remitirnos al procedimiento especial; sobre el segundo criterio de si la declaración en cuestión serían el fundamento único o determinante; en el presente caso se ha llegado a determinar que esta declaración, para efectos de imponer una prisión preventiva era determinante y los demás elementos de convicción giraban en torno a esta declaración; sobre si había elementos de compensación, principalmente sólidas garantías procesales suficientes para contrarrestar las dificultades causadas a la defensa y asegurar la equidad del procedimiento; en el presente caso, la medida de compensación se realiza es al momento de hacer el análisis de incisiva, de manera más pormenorizada al momento de tomar la decisión y declarar fundada la prisión preventiva por falta de corroboración extrínseca reforzada. Es decir que, en el presente caso, pese a que no se utilizó la tesis de la lógica de la compensación, el criterio utilizado por el juzgador fue correcto.

4.1.3. Descripción del análisis de los resultados de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Suprema de España y Corte Suprema de Justicia del Perú, respecto de la aplicación de la lógica de la compensación frente a la vulneración del principio de la contradicción de la prueba en juicio oral.

- **Resoluciones emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.**

- a) **Caso Schatschaschwili Vs. Alemania - Solicitud N° 9154/10 (15 de diciembre de 2015)**

El caso se origina por la demanda del señor Schatschaschwili, contra el país de Alemania, argumentando que ni él ni su abogado habrían tenido la oportunidad de interrogar de manera directa a los testigos y víctimas, testigos que fueron utilizados por el Tribunal Regional de Gottingen para fundamentar la condena del demandante; por lo que nos encontramos en el estadio procesal de Juicio Oral y en relación a testigos ausentes.

Los hechos que generaron la demanda iniciaron el 14 de octubre de 2006, cuando el demandante conjuntamente con dos personas ingresó a un departamento de mujeres a sabiendas que dicho inmueble se utilizaba para la prostitución, al hacer un estudio de las circunstancias tocaron el timbre violentando y dominando al portero, por lo que apunto con su arma de fuego a las mujeres que trabajaban en dicho lugar amedrentándolas para que le indiquen el lugar donde se guardaba las joyas, así como les robo la suma de mil cien euros en efectivo.

El siguiente delito que cometió el demandante nos remonta al 03 de febrero de 2007, quien junto a dos cómplices robaron a dos meretrices, en circunstancias en las que estas se encontraban en su apartamento, haciéndose pasar por potenciales clientes, decide agredir a una de ellas con un cuchillo, en consecuencia de ello, la víctima escapa por la ventana del apartamento logrando huir, mientras tanto en el apartamento, la otra víctima fue obligada a entregar el dinero que tenía en la cartera y la clave de la caja fuerte, sumando el monto de quinientos cincuenta euros aproximadamente, es así que las víctimas interpusieron la denuncia respectiva y fueron interrogadas por la policía, posteriormente el juez de la instrucción (investigación preparatoria) toma la declaración a las agraviadas sin la presencia del demandante, luego de ello las agraviadas regresan al país de Letonia; ya estando en la etapa de juicio oral, el tribunal llama a las agraviadas para que declaren como testigo, sin embargo estas presentan un certificado médico en el que se señalaba que tenían afectación emocional producto de los hechos vividos, a pesar que se les ofreció protección, las testigos no concurrieron al juicio, finalmente se estableció un enlace audiovisual, días antes de la fecha del juicio se canceló la audiencia pues el tribunal de letonia había sido notificado con los certificados médicos de los testigos, quienes aún seguían traumatizados por el evento vivido, sin embargo el tribunal alemán indico que los testigos no habría fundamentado de manera

suficiente su inasistencia, finalmente los testigos no concurrieron la juicio, por lo que no se les pudo tomar sus declaraciones, el tribunal alemán motivo su resolución en la existencia de obstáculos insuperables para la declaración de las víctimas testigos. La sentencia del tribunal de Gottingen resolvió condenar al demandante a nueve años y seis meses, teniendo como valor probatorio únicamente la declaración de las víctimas hechas a nivel policial y la declaración de los efectivos, teniendo presente que en el reconocimiento fotográfico, no se identificó al demandante como su agresor, corroborando la declaración de las agraviadas con el relato de sus vecinos quienes fueron testigos de oídas; cuando el caso pasa al Tribunal Federal Alemán, tras la apelación por no poder examinar a los testigos directos, el tribunal supremo federal alemán desestimo el recurso de casación presentado por el demandante, argumentando -de manera parecida a la fiscalía- que las declaraciones de las víctimas quienes eran testigos directos, no habían sido la única base para determinar su responsabilidad penal.

El tribunal Europeo de Derechos Humanos, indica en la resolución en estudio, que de conformidad al artículo 168.2 del código de procedimiento penales de Alemania, el abogado defensor del imputado tiene el pleno derecho de interrogar a un testigo a nivel judicial, antes del inicio del proceso principal y que, ante la existencia de intimidación hacia el testigo, el imputado podría ser retirado de la sala de audiencias.

Por lo que el tribunal procede a analizar el artículo 6° de la Convención Europea de Derechos Humanos que refiere el derecho a interrogar a los testigos por parte del acusado a través de su defensa, al análisis de la sala había sido correcto en parte, pues habría determinado que se habrían cumplido parcialmente los presupuestos establecidos en la sentencia de *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, pues la responsabilidad de la inasistencia de los testigos no era responsabilidad del ministerio público ni el juez instructor, sin embargo, la sala indica que no se habrían dado suficientes medidas de compensación, pues existió una declaración a nivel judicial, en presencia del juez instructor, no habiéndose asignado un abogado defensor al imputado, teniendo como justificación que la presencia del imputado iba a intimidar a los testigos.

Al momento en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos realiza el análisis de los tres principios establecidos en la sentencia de Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, determina que en cuanto a: a) la existencia de una razón para la no comparecencia de los testigos O.P, efectivamente se ha cumplido, pues a pesar que el tribunal regional alemán agoto los esfuerzos por llevarlos a audiencia, fue la corte de Lituania quien no obligo a la comparecencia de los testigos, basándose a un certificado médico presentado por estos; b) Si la declaración de los testigos ausentes fue la base única o decisiva para la condena del solicitante; el tribunal ha considerado que estas pruebas fueron decisivas, pues fueron los únicos testigos oculares de los hechos, resultando en pruebas no probadas, así mismo, los demás elementos probatorios con los que contaba el ministerio publico únicamente eran corroborativos de la prueba directa que eran los testigos oculares, en consecuencia se ha cumplido este requisito, que la declaración de los testigos efectivamente fue una prueba decisiva; en cuanto a c) Si hubo suficientes factores de contrapeso para compensar las desventajas bajo las cuales trabajó la defensa, el tribunal ha analizado la valoración de las pruebas en primera instancia y ha determinado que esta ha sido de manera cuidadosa, así como se ha determinado lo endeble de las demás pruebas, pues estos eran solo rumores, así mismo, en este ítem el tribunal ha analizado la existencia de medidas procesales destinadas a compensar la falta de oportunidad de compensar la falta de poder interrogar a los testigos, llegando a determinar que la probabilidad que los testigos salgan de territorio alemán era alta, así como, en la audiencia preliminar no se ha nombrado a un abogado defensor del imputado para que pueda interrogar a los testigos, de esta manera no han existido suficientes medidas de contrapeso para la vulneración al derecho a la contradicción de la prueba, pues las medidas de contrapeso fueron insuficientes.

Por lo que, en el presente caso, se han cumplido las pautas jurisprudenciales y se ha resultado con un criterio adecuado

b) Caso Al-Khawaja Y Tahery Vs. El Reino Unido - Solicitudes números 26766/05 y 22228/06 (09 de noviembre de 2001)

El estadio procesal en el que nos encontramos en el presente caso, es el juicio oral, teniendo como eje de análisis la ausencia de los testigos.

El presente proceso se inicia con dos demandas que fueron acumuladas, presentadas por los señores. Imad Al-Khawaja, el 18 de julio de 2005 y por un ciudadano iraní, el Sr. Ali Tahery, el 23 de mayo de 2006.

Respecto al señor Al – Khawaja, en su condición de médico; fue acusado por actos contra el pudor en dos ocasiones, estando las pacientes bajo los efectos de la hipnosis, el primer hecho ocurrido con la paciente ST en fecha 03 de junio de 2003 y el segundo ocurrido con la paciente VU el 12 de junio de 2003; ST se suicidó dando su declaración únicamente ante la policía y antes sus amigos, tras la audiencia preliminar se determinó que la declaración de ST debía de ser leída ante el jurado, se llamó a declarar a los amigos de ST, a quienes les había contado lo sucedido, resultando en inconsistencias, también dieron su declaración los policías que habían tomado la declaración a ST, se llamó a un testigo experto para que declare de los efectos de la hipnosis así como se llamó a dos testigos de la fiscalía que indicaron que el señor AlKhawaja les había hecho proposiciones a las agraviadas antes de la consulta, resultando en “prueba de hecho similar”, a pesar de la vulneración al derecho a interrogar al único testigo por parte del imputado, fue condenado por el delito contra el pudor.

En cuanto al señor Tahery los hechos se remontan al 19 de mayo de 2004 cuando S tuvo un altercado con los hombres kurdos y el demandante se interpuso entre ellos para proteger a S, resulta que el señor Tahery había empujado a S, quien sintió un ardor en la espalda que resulto ser producto de tres puñaladas, al momento en el que S declara, indica que no vio al señor Tahery apuñalarlo, versión que fue negada más adelante pues indico que el demandante Tahery lo había apuñalado, existió también la persona de T, quien en un primer momento indico que no vio que el señor Tahery lo apuñalara, posteriormente se retractó e indico que si fue el señor Tahery quien lo agarró del cuello y tenía un cuchillo en la mano, con el que apuñalo a S. Cuando S presta su declaración en juicio indica que no vio que el señor Tahery fue quien lo apuñalo, más bien este lo ayudo a cortar el flujo de sangre, así como trasladarlo al hospital en la ambulancia, además indico que fue un hombre distinto al demandante quien le indico que dijera que fueron los negros. El testigo T no fue a declarar indicando que tenía miedo. El demandante fue sentenciado a nueve años

de prisión por el delito de lesiones graves, al interponer el recurso de apelación, este fue confirmado.

En consecuencia, se tiene que la Ley de Justicia Penal de Reino Unido en su artículo 23° prevé la admisión de una declaración documental cuando el testigo fallezca o resultase incapaz de asistir a la audiencia, se ha de tener en cuenta, que se permite la admisión de la declaración cuando esta ha sido realizada de manera personal en una sede preliminar, siempre y cuando haya existido la posibilidad de contrainterrogarse. Otro punto que se aclara en esta sentencia es la posibilidad de ofrecer pruebas para discutir la credibilidad de un testigo ausente; es así que el tribunal parte de la idea que el miedo de un testigo ausente para evitar declarar en juicio, no necesariamente debía ser atribuible al imputado, sin embargo, debía de existir una razón justificada para que el órgano de prueba se niegue a rendir testimonio, justificación que debía de ser probada; se hace el análisis de un caso paradójico, en el que resultaba posible que la declaración escrita de un testigo sea única y decisiva, poniendo de ejemplo a un testigo que presencia el atropellamiento de un ciclista, ante lo cual, va a la policía e indica los datos del vehículo y las características del conductor, tiempo después el testigo muere en un accidente de tránsito, resultando imposible que declare en juicio, no pudiendo resultar en una sentencia injusta si se condenara únicamente sobre la base de esa prueba, por lo que el principio no es absoluto.

Con relación al caso en concreto, la Sala indica que hubieron factores de contra peso, tal como que se analizó la falta de una colusión entre los testigos, la falta de incoherencias en las declaraciones y la advertencia al jurado sobre la valoración de los testimonios pues no habrían sido probados en un contrainterrogatorio, por lo que el TEDH concluye que los factores de contrapeso en el caso del señor Al-Khawaja eran aparentes, pero si la declaración de ST no se tomaría en cuenta, el solicitante solo podría responder por un cargo, vulnerándose de esta manera lo establecido en el numeral 3) del artículo 6° de la Convención.

Respecto al Señor Tahery la Sala de Apelaciones observo que los factores de contrapeso que se otorgó al solicitante fueron que el testigo no contradicho pudo ser refutado mediante la propia declaración del señor Tahery y pudiéndose llamar a otros testigos, sin embargo, estos factores de contrapeso, ya sean tomados en su

conjunto o individualmente, no equilibran el proceso para las partes, más aun cuando la ausencia del testigo no fue a causa de un miedo hacia el imputado, se concluye sobre este punto que el solicitante no pudo ofrecer más testigos porque no existían, y de hecho, negó los cargos, esta negativa no fue tomada en cuenta por el Juez, la única medida de contra peso que se ha considerado valida, es la advertencia que realiza el juez, hacia el jurado sobre la cuidadosa valoración que se ha de realizar frente a un testigo ausente.

La importancia del interrogatorio y contra interrogatorio en audiencia, radica en la observación del comportamiento del testigo, la memoria, la sinceridad, la detección de errores, exageraciones o falsedades deliberadas, también se analiza el hecho que una persona pueda realizar una declaración perjudicial en privado, misma que será totalmente distinta a hacerlo en público.

Ahora bien, el tribunal realiza un análisis de la prueba probada, es decir que para que una prueba tenga una validez para motivar una sentencia condenatoria debe de estar probada a través de su contradicción, en el caso en concreto del testigo ausente ST, habrían preguntas tan obvias para ser realizadas en el contradictorio como para descartar la posible confabulación con VU; en relación a la posibilidad que los solicitantes tuvieron derecho a presentar pruebas para cuestionar la credibilidad de testigos, por lo que, esa medida de compensación resulto insuficiente, el hecho que el juez haya advertido al jurado para la valoración de dichos testigos, también resultó insuficiente, debido a que no compensaba el hecho que el jurado aprecie a los testigos por el principio de inmediación.

Haciendo un paréntesis, la corte indica que la prueba decisiva no era aquella que marque una diferencia en el resultado, sino que esta sea concluyente.

Entonces, el TEDH indica que el derecho protegido por el artículo 6.3 de la convención, es la imposibilidad de condenar a un acusado, sin que todas la pruebas que merituan la condena, sean presentadas en audiencia con miras a un contradictorio; por lo que el acusado tenga la oportunidad adecuada y apropiada de recusar e interrogar a un testigo de cargo; de este principio general se derivan dos requisitos, en primer lugar que haya una buena razón (justificada) para que el testigo no comparezca; en segundo lugar que la condena se base especialmente en las

declaraciones de dicho testigo, declaraciones que fueron realizadas preliminarmente, este derecho puede ser vulnerado, tanto en la investigación preparatoria como en el juicio oral, lo que nos indica, que el derecho a poder conocer a un testigo y contradecir su dicho parte desde la investigación y realiza su importancia en juicio oral.

Analizando el primer requisito, respecto a la no comparecencia de un testigo, este requisito se analiza como punto de partida, antes de analizar la relevancia de dicha prueba; se parte de la idea que todo testigo tiene la obligación de declarar en juicio, si ello no sucede, se harán todos los esfuerzos posibles para determinar la razón por la que no concurrió, solo se puede admitir la incomparecencia por muerte o por miedo. Respecto del miedo, este responde a la intimidación que le realiza el acusado o quienes actúan en su nombre, este miedo justifica que el testigo no pueda testificar delante del acusado, pues este último no puede sacar provecho de este miedo, sin embargo, a pesar de su dificultad, este miedo debe de estar debidamente probado.

El segundo requisito consiste en la calidad que tiene la prueba, es decir si es prueba única o decisiva; parte de la idea que si bien es cierto un testigo anónimo no son lo mismo, sin embargo, ambos se relacionan en el principio de la impugnación de las pruebas en su contra, lo que significa que el acusado conozca su identidad y pueda contradecirlo, aquí el TEDH hace la precisión sobre la prueba determinante, la cual significa que las probabilidades de una condena sin esa prueba disminuyen mientras que las probabilidades de la absolución aumentan; mientras que la prueba decisiva es aquella prueba que determinara el caso, cuando una prueba que este corroborada por otro medio probatorio o de respaldo, lo decisiva que pueda llegar a ser dependerá de la prueba corroborativa, mientras más fuerte sea esta segunda, menos decisiva será la principal. Mientras mayor sea la importancia de un testigo anónimo, mayor será la injusticia si no se conoce su identidad y no se permite el contrainterrogatorio; debido a que a través de este último se cuestiona su credibilidad.

Sobre este punto el TEDH concluye que tales pruebas deben de ser tomadas con pinzas y ser sometidas al escrutinio más riguroso, por lo que, ante su admisión,

se requerirán factores de contra peso, incluida la existencia de fuertes garantías procesales, debiendo existir medidas de contra peso que permitan la evaluación justa y adecuada de la confiabilidad de esa evidencia.

En consecuencia, la corte indica que se deben de evaluar tres factores, a) si resultaba necesario admitir la prueba que no fue probada; b) que dicha prueba fue la única o decisiva para la condena y c) si en cada caso hubo suficientes factores de contrapeso.

En el caso del señor Al-Kawaja, se concluye que no existió una vulneración al artículo 6.3 de la convención, debido a que a pesar de la muerte ST y la valoración de su declaración, esta estuvo corroborada por la declaración de testigos de oídas, así como las coincidencias sin confabulación entre ST y VU.

Respecto del señor Tahery; el testigo T habría sido el único que vio al solicitante apuñalar a S, declaración que fue la única y al no poder contrainterrogar a este testigo, así como la inexistencia de factores de contra peso, a pesar que el gobierno indica que las medidas de compensación fueron que el señor Tahery pudo presentar pruebas para refutar a este testigo, así como la advertencia al jurado de la prueba no probada, estas ni individualmente ni en conjunto son medidas de contra peso adecuadas, por lo que no hubieron factores de contrapeso, por lo que se vulnero el artículo 6.3

En el presente caso es en el que se han sentado las pautas de la lógica de la compensación, mismas que se encontraban dispersas en otras resoluciones, el criterio con el que se resolvió efectivamente fue adecuado

c) Caso Blokhin V. Rusia - Solicitud N° 47152/06 (23 de marzo de 2016)

El presente caso se analiza lo sucedido en el juicio oral, así mismo, tiene como eje de análisis la vulneración al derecho a la contradicción de la prueba.

El solicitante vivía en un orfanato en el 2004, en el 2005, se le otorga la patria potestad a su abuelo, el solicitante padecía de Trastorno de Déficit de Atención e Hiperactividad, así como un trastorno en la vejiga relacionado con la incontinencia urinaria, los hechos ilícitos se remontan al 03 de enero de 2005 cuando el demandante tenía 12 años y se encontraba en casa de la vecina S quien

tenía 09 años, la madre de la vecina llamo a la policía, quienes se llevaron al menor a la comisaria, no siendo informado de los motivos de su detención, tras recibir diversos maltratos, lo obligaron a confesar que era autor de extorsión, cuando llego el abuelo del demandante, el demandante se retractó y se declaró inocente. El 10 de febrero de 2005 la policía solicita al tribunal que se internara al menor de edad en un centro de detención temporal, dando pie a la solicitud, el tribunal del Distrito de Sovetskiy ordeno el internamiento bajo los fundamentos que el menor habría cometido una serie de delitos en distintas ocasiones, obedeciendo este comportamiento a que los padres del menor eran alcohólicos y el abuelo, quien era su tutor, lo cuidaba en la medida que de lo que le era posible, el tutor se opuso a la decisión; los cargos imputados al menor, son que extorsiono en diversas ocasiones al hijo de la señora S, con distintos montos de dinero. El 21 de febrero de 2005 el menor de edad fue colocado en un centro de detención para delincuentes juveniles donde se mantuvo hasta el 23 de marzo de 2005. Cuando el menor fue internado, se quejó sobre tratos denigrantes que sufrió dentro del establecimiento, por ejemplo solo tenían clase de matemática y gramática rusa, en un cuarto dormían seis menores, no se les daba permiso para ir al baño y tenían que ir en grupo de tres, a pesar que el menor sufría de enuresis, el gobierno respondió a estas quejas, negando cada una de ellas, sin embargo los registros médicos y de detención del demandante fueron destruidos, alegando que ello se hizo a razón que su inutilidad por el paso de tiempo. Al salir del centro de detención, el menor de edad fue llevado a un orfanato donde se escapó, posteriormente fue devuelto a su abuelo. El abuelo del menor interpuso apelación en contra de la orden de internamiento, indicando que, la sentencia se basó únicamente en la declaración de la madre del otro menor agraviado y de S, así como en la declaración del menor imputado, declaración que fue tomada sin estar presente el tutor y el abogado. Lo resaltante en el presente caso es que la defensa técnica del menor imputado, no habría estado presente durante la declaración de la denunciante y su hijo, además, que estos no asistieron a la audiencia de pruebas, por lo que no se les pudo interrogar.

Uno de los fundamentos legales para el presente proceso radica en la aplicación del artículo 425, numerales 2,3,4, en el que prácticamente se manda la presencia obligatoria de la defensa técnica, al tomar declaración a los testigos, ya

sea por la policía o por la fiscalía. El artículo 278° del mismo cuerpo normativo del país de Rusia, hace referencia al interrogatorio directo que se ha de tomar en juicio.

Respecto del tema de investigación el TEDH, realiza el análisis, entre otros puntos, de la violación al artículo 6° en cuanto a los numerales 1) y 3), referido al derecho a interrogar y contrainterrogar a los testigos de cargo. En un primer momento se cuestionó la aplicabilidad del presente artículo para el caso en concreto pues se trataba de una infracción de un menor de edad mas no de una acusación penal, sin embargo, la corte ha determinado en el apartado 179° de la sentencia analizada que basta la imputación de un ilícito para que se considere una persecución penal, en el presente caso se imputo el delito de extorsión. En el análisis pormenorizado de la vulneración del artículo 6° de la Convención Europea de Derechos Humanos, pues la única prueba incriminatoria fue el testimonio de S y el de su madre, no pudiendo el imputado, ni su defensa, realizar el interrogatorio correspondiente.

En consecuencia, el TEDH indica en la sentencia analizada que lo que se protege a través del numeral 3) del artículo 6° de la Convención Europea de Derechos Humanos, es el derecho a la contradicción de la prueba, pues estas deben de ser presentadas en una audiencia pública, en cuanto al interrogatorio de los testigos de cargo, se debe de conceder a la defensa una oportunidad para interrogar, así como que, en la valoración de un medio de prueba único, existan suficientes medidas de contrapeso; pues se tiene de autos que S y su madre en ningún momento fueron convocados por el tribunal de distrito, pese a que el juez tuvo las pruebas incriminatorias -incluyendo los testimonios- antes de la citación a audiencia, de esta manera se ha vulnerado el principio de igualdad de armas, es decir, no es el caso en el que el testigo no asistió justificada o injustificadamente, por lo contrario, los órganos de prueba nunca fueron citados; por último, el tribunal pudo apreciar que no existieron factores de contrapeso adecuados para compensar la vulneración, pues a pesar que no se permitió interrogar a los testigos en la etapa preliminar, tampoco se les permitió hacerlo en audiencia, siendo el investigador el único que realizó dicha acción.

En conclusión, sobre el presente análisis, la corte determina que hubo una afectación al numeral 3) del artículo 6° de la Convención Europea de Derechos Humanos, pues al tenerse en cuenta si las había un motivo justificado para la no contradicción en la actuación del acto de aportación de hechos, se indicó que no había motivo justificado pues ni fueron convocadas; así como que la declaración de la víctima y de sus familiares (testigos presenciales) serían el fundamento único o determinante para la decisión no existiendo elementos de compensación, principalmente sólidas garantías procesales suficientes para contrarrestar las dificultades causadas a la defensa y asegurar la equidad del procedimiento.

Por lo que, se han aplicado las pautas de manera correcta y se ha resuelto con un criterio adecuado, pues se ha determinado la vulneración al derecho a la contradicción.

d) Caso Balta y Demir Vs Turquía - Solicitud N° 48628/12 (02 de junio de 2015)

Como eje de análisis se tiene que la afectación en el presente caso, se dio en la etapa de juicio oral, analizando el TEDH el uso de declaración de un testigo anónimo y su falta de contradicción en el proceso penal.

El presente caso se origina por la demanda presentada por los señores Sr. Ahmet Balta y el Sr. Ahmet Gökÿen Demir en contra del gobierno de Turquía; los hechos se remontan al 05 de junio de 2009, en el que un testigo denominado “*Gomlek*” (testigo anónimo) fue escuchado por la fiscalía en el marco de una investigación criminal que se seguía a la organización criminal PPK, identificando a los demandantes como miembros de la referida organización, los demandantes fueron detenidos por la seguridad de Tunceli; ambos demandantes fueron interrogados por Fiscalía con base a lo declarado por el testigo anónimo, el abogado del señor Demir cuestiono que la investigación se funde en la declaración de un testigo anónimo, además solicito que se revele su identidad, con base a la inexistencia de amenaza; tras llevarse a cabo la audiencia delante del juez correspondiente, ordeno la libertad de ambos.

Posteriormente los solicitantes fueron acusados, junto a otras catorce personas de formar parte de la organización criminal denominada PPK; el testigo

anónimo “Gomlek” fue interrogado en una audiencia cerrada, en donde indico como lo incitaron a unirse a la organización criminal PPK, tras asistir a las instalaciones del partido democrático DTP; posteriormente, este testigo anónimo entrega una carta al juzgado indicando que su declaración era falsa y habría sido coaccionado por los policías; los demandantes cuestionan la forma en la que se tomó declaración del testigo anónimo, pues no se les otorgo la oportunidad de formular preguntas. Los demandantes fueron condenados a seis años y tres meses por el delito de organización criminal el 21 de octubre de 2010; pues además de la declaración del testigo anónimo, ambos tenían textos e imágenes relacionadas a la organización criminal en su computadora; el tribunal de alzada revoco la sentencia indicando que no se habría comprobado que los solicitantes habrían difundido la información de la organización criminal, siendo el testimonio anónimo la única prueba decisiva, por lo que revocan la sentencia de primera instancia, en el recurso de casación confirma la sentencia de primera instancia.

Se denuncia la violación del artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos humanos, que prescribe el derecho que tienen los acusados de interrogar a quien declare en su contra.

Los demandantes alegan ante el TEDH que en el expediente no consta las razones por las cuales se declaró el anonimato del testigo, pues uno de los coacusados indico que conocía al testigo, es más, este último envió una carta al juzgado revelando su identidad; por lo que se habría violentando su derecho de defensa y el de igualdad de armas. El gobierno respondió estas alegaciones, indicando que la organización PKK actuaba en todo el país con actos violentos, por lo que, revelar su identidad habría sido un peligro, así como que la condena no se basó únicamente en la declaración del testigo anónimo, sino que además habría pruebas obtenidas mediante técnicas de vigilancia; por último, se indicó que la declaración fue leída en audiencia y la defensa habría tenido la oportunidad de comentarla

En su valoración el TEDH indica que el artículo 6.3 del convenio, consagra el derecho a que antes que cualquier persona sea declarada culpable, tiene el derecho a conocer todas las pruebas en su contra, mismas que debieron ser

presentadas en audiencia con miras a un contradictorio, es decir el derecho a la contradicción de la prueba.

Procede a citar las pautas establecidas en la sentencia de Al-Kawaja Vs Reino unido, e indico las tres pautas que se debieron seguir en el presente caso, 1) si la imposibilidad de la defensa de interrogar o haber interrogado a un testigo de cargo está justificada por una razón grave; 2) Si las declaraciones de estos testigos constituyen o no la prueba única o decisiva para la acusación; 3) el procedimiento puede considerarse justo en su conjunto cuando existan suficientes elementos compensadores de los inconvenientes vinculados a la admisión de tales pruebas para permitir una correcta y justa apreciación de su fiabilidad.

Al realizar el análisis de estos tres supuestos, la corte indica sobre el motivo grave de la imposibilidad de contradecir el testimonio, se tuvo en cuenta que el acta en donde se plasman las razones del anonimato no obran en el expediente; así mismo, la corte analiza que cuando el miedo del testigo es atribuible al imputado o a quienes actúan en su nombre, es perfectamente aceptable que el testigo no declare en juicio, sin embargo, cuando el miedo este fundamentado en subjetividades del testigo, esto no resulta suficiente para que no declare en juicio o no pueda ser contrainterrogado; por lo que en el presente caso no se indicaron las razones por las que el testigo fue declarado anónimo y no pudo ser contrainterrogado, por lo que en el presente caso, no existió un motivo grave que fundamente el anonimato, existiendo vulneración, sin embargo la corte decide analizar los otros presupuestos.

Indica la corte que la condena no se basó únicamente en la declaración del testigo, por lo que no constituye prueba única, pero si prueba decisiva, pues la única forma de vincular a los solicitantes con la organización criminal era a través de la declaración del testigo anónimo.

En cuanto a las medidas de compensación existentes, indica que como primera media, el juez si conocía la identidad del testigo, pues lo interrogo a puertas cerradas, sin embargo, el juez no verifico la fiabilidad, credibilidad de este, debido a que el acta de audiencia no contiene ninguna opinión del juez respecto a la fiabilidad y credibilidad del testigo, los tribunales de alzada no conocieron al testigo, pues no compareció ante ellos, se tiene que tomar en cuenta también que,

una persona quien dijo que era el testigo anónimo, envió una carta que no fue tomada en cuenta por la judicatura, misma que no fue investigada, pues en la legislación interna se tiene la siguiente compensación legal *“cuando el juez autorice la audiencia de un testigo en ausencia de la defensa, el artículo 58 § 3 del CPP dispone que el testigo anónimo podrá ser oído en una sala distinta a la del tribunal, con transmisión de audio y video, y que el imputado puede hacerle preguntas”* ff58; además la corte considera que la no revelación de la identidad del testigo puede ser una medida de compensación o simplemente que no lo vea para no identificarlo, es decir que una medida debe ser lo menos restrictiva -de acuerdo al caso en concreto- para no vulnerar el derecho de defensa y de igualdad de armas. Ahora el gobierno indica que se leyó la declaración del testigo en juicio y que la defensa pudo comentar, sin embargo, no se pudo refutar la declaración porque no compareció en juicio, no pudiéndose realizar el conainterrogatorio, al ser un testigo anónimo, ni siquiera se pudo presentar pruebas para contradecir su declaración; por lo que existió una flagrante violación del artículo 6.3 de la convención.

e) Caso Makeyec Vs. Rusia - Solicitud N° 13769/04 (15 de enero de 2009)

El presente caso se analiza la etapa de juicio oral, además tiene como eje de análisis la ausencia de testigos.

El 10 de enero de 2004, el señor Sr. Anatoliy Viktorovich Makeyev, formula una demanda en contra de la federación rusa; los hechos se remontan al 06 de marzo de 2003, fecha en la que demandante, conjuntamente con el señor S fueron detenidos y acusados por el delito de Robo a mano armada, en contra de la señora M y G, la señora K fue testigo presencial del robo de la señora M, cuando el demandante y el señor S, se acercaron al puesto ambulante en el que esta trabajaba y bajo amenaza le solicitaron que les entregue el dinero y la mercadería, la testigo K declaro el 30 de enero de 2003, indicando que habría visto a dos sujetos acercarse a la señora M y amenazarla para apoderarse de la mercancía; la policía al momento de registrar la casa del señor Makayec y encontraron los objetos sustraídos. El segundo cargo se basó en la declaración de la señora G quien indico que el demandante conjuntamente con el señor S habrían ido a la casa de su hermano, la testigo se habría encerrado en una habitación y escucho al demandante y su

coimputado decir que el hermano de la testigo les debía dinero, el testimonio del agraviado fue idéntico al de su hermana afirmando que no le debía dinero a los imputados.

El 29 de abril de 2003, el demandante y el señor S fueron llevados a juicio bajo el cargo de robo, ya en audiencia la señora K y la agraviada M no habrían comparecido a juicio, el 27 de mayo de 2003, los cuatro testigos fueron llamados a declarar, no fueron a declarar, tras varios esfuerzos e insistencia del demandante; los imputados negaron los cargos; cuando la señora G fue a audiencia ratifico su testimonio dado ante la fiscalía; de los demás testigos se leyó su declaración en juicio. El juzgado sentencia al demandante, a razón de la lectura de las declaraciones, la denuncia realizada y la mercadería encontrada en su casa; en cuanto al segundo cargo también lo condenan con base en la lectura de la declaración de los señores G y la denuncia policial, condenándolo a cinco años y seis meses de prisión, la apelación se basó principalmente en que el juzgado no realizo los esfuerzos necesarios para citar a los testigos.

El demandante alega la vulneración al derecho contenido en el artículo 6.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos; el tribunal alego que se hicieron los esfuerzos para hacer que los testigos comparezcan, el demandante acepto haber hurtado a la señora M, sin embargo, negó haberla robado con un cuchillo.

El análisis del tribunal parte de la premisa que el derecho contenido en el artículo 6.3 de la convención, es el de contradicción a quienes declaran en su contra, siendo esto así, no existe vulneración cuando se le da la oportunidad al acusado a contrainterrogar a quienes declararon en su contra, ya sea en etapa de investigación o en juicio oral y a pesar que no existió oposición a la lectura del testimonio de los ausentes, el demandante como su coimputado solicitaron que se llame al juzgado a sus testigos. El tribunal indica que la señora M fue la única que testifico, indicando que se le habría amenazado con un cuchillo, sin embargo al no testificar la señora K y el imputado negar este hecho el tribunal considero como hurto la comisión del hecho, mas no como robo; el tribunal indica que el juzgado de primera instancia realizo algunos esfuerzos para la comparecencia de los testigos, como suspender la audiencia y ordenar la comparecencia compulsiva a cargo de la policía, sin embargo

la policía guardo un rol pasivo, la policía llegó a la conclusión que la señora M se fue a Rusia simplemente porque no la encontraron en casa; en cuanto a la señora K, se le corrió traslado de la notificación demasiado tarde.

Como análisis de compensación, el tribunal indica que si bien es cierto los recursos con los que cuenta el país, es considerable, esto no justifica que no se haya podido establecer una comunicación con la señora M, pues su declaración era clave para determinar si demandante recibiría una pena superior a los doce años, en cuanto a la señora K, el tribunal indica que se debió realizar la notificación previamente; por lo que, no se realizaron los esfuerzos suficientes, tampoco existieron medidas de compensación como una grabación de la declaración de la señora M para que el tribunal observe su comportamiento; por lo que en ese caso se vulneró el artículo 6.3 del convenio.

En cuanto al análisis sobre la ausencia de los señores G, el tribunal indica que la discusión versa sobre si la señora G tendría una deuda con el sentenciado, pues de este hecho depende si existió un delito o un derecho a recuperar una deuda, concluye indicando que las autoridades del país demandado no hicieron los esfuerzos necesarios para poder lograr que el señor G comparezca a audiencia a declarar y ser interrogado; existiendo vulneración al derecho contenido en el artículo 6.3.

f) Caso PS vs Alemania - Solicitud N° 33900/96 (29 de noviembre de 2001)

El presente caso tiene como estadio procesal el juicio oral, teniendo como eje de análisis la falta de contradicción de la prueba en juicio oral.

Los hechos se remontan a la noche del 29 de abril de 1993 el padre de S, denunció por violación sexual al demandante, S fue interrogada por los policías en donde su versión coincidía con la denuncia de su padre, el juzgado basó su sentencia en la declaración de la madre, el imputado solicitó la realización de una pericia psicológica a la agraviada para contradecir su credibilidad, no se tomó la declaración en juicio de la agraviada por no revictimizarla; el tribunal de alzada ordena la realización de la pericia psicológica de la menor, misma que concluye que concluye que el testimonio es creíble, por su salud, los padres no llevaron a declarar

a juicio a la menor agraviada, por lo que, el tribunal de alzada confirmó la sentencia, el recurso de casación fue inadmitido así como el proceso constitucional

En la valoración de la sala se indica que el artículo 6.3 protege el derecho a la contradicción de la prueba, más aún cuando la sentencia se base únicamente en la valoración de una prueba como en el presente caso fue la declaración de la menor agraviada; indica además que el tribunal de primera instancia realizó especulaciones sobre su declaración y afectación emocional; si bien es cierto el tribunal de alzada subsana esta omisión, lo hizo dieciocho meses después, sin embargo en ningún momento se permitió impugnar la declaración de S, existiendo vulneración del artículo 6.3 del convenio.

• **Resolución Emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

g) Caso Nori Catriman y Otros Vs. Chile. (29 de mayo De 2014)

El presente caso tiene como eje de análisis la vulneración al principio de contradicción del testigo anónimo y su implicancia en la sentencia de condenatoria.

Se tiene como víctimas a los señores Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio

Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia y la señora Patricia Roxana Troncoso Robles, quienes son originarios del país de Chile, la mayoría de ellos eran dirigentes de un pueblo indígena denominado “Mapuche”, todos ellos en su conjunto fueron condenados por el delito de terrorismo, teniendo en cuenta que en los tres hechos en los que supuestamente participaron, existió daño.

Los hechos se remontan a la década de los 2000, en los cuales existieron protestas sociales por parte del pueblo mapuche, protestas referidas a la recuperación de sus pueblos ancestrales para su posterior uso, pues desde el siglo XX se venía explotando forestalmente sus tierras y construyendo en las mismas, en esas protestas, se realizaron siete atentados, entre ellos incendios, amenazas de incendio, destrucción de propiedad; el estado por su parte realizó acciones a través de los miembros carabineros y de la policía de investigación, el pueblo mapuche,

alegó que en los allanamientos, registros y aprehensión sobre los sospechosos, los carabineros maltrataban a los miembros del pueblo, incluyendo mujeres niños y ancianos. Se ha de tener problema que los medios chilenos catalogaban con estereotipos desfavorables a lo sucedido, como “la cuestión mapuche”, “el problema mapuche”, “conflicto mapuche”.

El código adjetivo del país chileno se reformo en el año 2000, pasando de un modelo inquisitivo a un modelo acusatorio, mismo que entró en vigencia en distintas regiones de Chile progresivamente, lo que nos importa para la presente investigación, es lo que se establece en el artículo 307° y 308° en el que se regulan las facultades del tribunal para prohibir la divulgación de la identidad de testigos así como la disposición de medidas especiales para proteger la seguridad del mismo, el artículo 15° del mismo cuerpo normativo regula las facultades del ministerio público en el mismo sentido; en el caso en concreto se decretaron medidas de reserva de identidad de testigos. El 03 de enero de 2002 el señor Catriman fue sometido a prisión preventiva, posteriormente algunos otros de los procesados también detenidos preventivamente; se realizó la acusación respectiva y el 14 de abril de 2003 se absolvió a los procesados debido a que las pruebas no los vinculaban con el hecho ilícito; el 02 de julio de 2003 la Corte Suprema del país declaró fundado el recurso de nulidad y ordeno que se lleve un nuevo juicio, por no cumplir con la fundamentación probatoria suficiente; el 27 de setiembre de 2007, se emitió una nueva sentencia condenatoria parcial, condenando al señor Pichun y al señor Catriman, el nuevo recurso de nulidad fue desestimado por la sala.

En el sistema interamericano de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, prevé en el literal f) del numeral 2) del artículo 8° que “Derecho de la defensa a interrogar a los testigos, respecto de las alegadas violaciones en perjuicio de los señores “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”; es así que la sentencia estudiada hace referencia a la violación de este derecho fundamental con relación a los señores Norin Catriman y otros dos procesados, pues en los procesos contra estos imputados se reservó la identidad de los testigos; el ministerio público alego que la medida era indispensable por la gravedad del delito, además indico -

como medida de compensación- que los abogados tenían registro de las investigaciones para que puedan hacer las alegaciones correspondientes, en los alegatos de apertura de juicio oral; dos de los testigos declararon en audiencia pública, sin la defensa conocer su identidad y con distorsionadores de voces, en esas condiciones la defensa tuvo la oportunidad de interrogar a los testigos, en el segundo juicio tras la declaratoria de nulidad se le dio la opción a los abogados de conocer la identidad de los testigos, información que no podrían compartir con sus representados, los abogados no interrogaron a los testigos.

La comisión argumento que se habría violado el artículo 8.2.f de la Convención Americana de Derechos Humanos, y argumenta sobre la base de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que indicaba que ante la medida de protección de identidad de un testigo, el juzgado debía de compensar este desequilibrio, adoptando “medidas de compensación”; en cuanto al señor Ancalaf Llaupe, si bien es cierto existieron otros elementos probatorios que establecían la responsabilidad del imputado, sin embargo la declaración del testigo con identidad reservada fue apreciada conjuntamente con otras pruebas, esta declaración fue un factor determinante para determinar la responsabilidad, no aplicando medidas de contrapeso para equilibrar el proceso; por su lado la FIDH indico que la negativa de revelar la reserva de identidad de un testigo era una estrategia para que este mienta de manera impune, y no se aplicaron medidas de contrapeso.

El estado, por su parte, indico que la medida de reserva de identidad de testigos es a razón de la protección de bienes jurídicos como la vida de estos, sin embargo, no se ha vulnerado el derecho de defensa, pues como medida compensatoria existe el control previo del juez, para dictar dicha medida.

Ahora bien, a partir del fundamento 241° la CIDH realiza el análisis del tema analizado; parte de la premisa legal, consagrada en el artículo 8.2.f. de la convención, que contiene el derecho al contradictorio e igualdad procesal, la reserva de la identidad de los testigos limita este derecho, pues impide a la defensa dirigir su interrogatorio a la animadversión que tiene los testigos y poder establecer la confiabilidad de los declarantes.

La corte analiza el hecho sobre si las medidas analizadas fueron adoptadas tras un control judicial, fundándose en principios de necesidad y proporcionalidad, así mismo reconoce que las medidas de contrapeso, ante la vulneración del presente derecho son dos, “a) la autoridad judicial debe conocer la identidad del testigo y tener la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio con el objeto de que pueda formar su propia impresión sobre la confiabilidad del testigo y de su declaración, y b) debe concederse a la defensa una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en alguna de las etapas del proceso, sobre cuestiones que no estén relacionadas con su identidad o paradero actual; lo anterior con el objeto de que la defensa pueda apreciar el comportamiento del testigo bajo interrogatorio, de modo que pueda desacreditarlo o, por lo menos, plantear dudas sobre la confiabilidad de su declaración”; además la Corte en su fundamento 247, reconoce que a pesar que se hayan tomado medidas de compensación que parezcan suficientes, indica que la condena no puede tener a la declaración del testigo anónimo como prueba única o decisiva, pues deben de existir pruebas que corroboren este testimonio, mientras mayor sea la influencia en la decisión de la prueba corroborativa, menor será el grado decisivo que otorgue el testimonio anónimo.

Posteriormente la CIDH analiza si el control judicial ejercido sobre la medida de identidad de reserva de testigos fue apropiado, al respecto indica que esta medida estuvo respaldada por una carente motivación del juzgado que lo otorgo, pues este órgano jurisdiccional únicamente concedió la solicitud del ministerio público sin especificar cuáles eran los motivos objetivos y las pruebas que se tenía para indicar cual era la gravedad del delito y el peligro que corrían los testigos, por lo que, el control judicial de la medida resulto insuficiente para otorgarla.

Luego, la Corte analiza la existencia de medidas de contrapeso (medidas de compensación) en el caso en concreto, indicando que las mismas fueron adecuadas, pues se le otorgo a la defensa las declaraciones de los testigos anónimos en etapa de investigación, tal que, pudieron ser contradichas en su momento, como otra medida de compensación se tuvo el hecho que cuando se presentaron testigos cuyos datos y testimonio o existencia no se encontraban en la investigación, los juzgadores

indicaron que su testimonio solo sería valorado hasta el límite que no viole el debido proceso, cuestión que resulta abstracta en demasía, como tercera medida de compensación se tuvo que en la solicitud del ministerio público sobre la medida de reserva de identidad de los testigos, se entregó señalando los nombres de dichos testigos.

Como tercer punto medular se ha de tener en cuenta sobre si la sentencia condenatoria estuvo basada en un grado decisivo o único en la declaración de los testigos anónimos, en el caso del señor Norim Catriman, la condena se fundó en otros elementos, distintos a la declaración anónima; por lo que, en su caso no existiría una violación del artículo 8.2.f. Por el contrario, en el caso del señor Pichún Paillalao, la declaración del testigo anónimo fue decisiva para la determinación de responsabilidad, si bien es cierto existieron otros elementos de prueba, por sí solos, estos habrían sido insuficiente para arribar al resultado, por lo que en el caso del señor Pichún, si existiría una violación al derecho a la contradicción de la prueba, establecido en el artículo 8.2.f.

En cuanto al señor Ancalaf Llaupe, se tiene que en su proceso penal, nunca pudo conocer la identidad de los testigos, así como, nunca pudo conocer el contenido de las declaraciones pues a la Defensa Técnica se le negó el acceso al expediente en reserva, luego de haberse notificado la acusación, se expidieron las copias de la carpeta fiscal correspondiente, se le otorgaron las copias del expediente solicitado, sin embargo, no se le otorgaron las copias de los cuadernos en reserva, sin tener alguna justificación válida; se ha de tener presente la legislación chilena regula el control judicial del secreto de la investigación, al no tener conocimiento la defensa técnica de la existencia de un proceso, por ser declarado secreto, no puede pedir al juez que ejerza el control judicial respectivo; el único contacto que tuvo la defensa técnica del imputado con las referidas declaración fue el momento en el que se dictó el fallo condenatorio, pues se plasmaron extractos de las mismas, debiéndose precisar que la condena del imputado se basó en la declaración de cuatro testigos, de los cuales tres eran tenían la identidad reservada, por lo que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por lo que en el presente caso se siguen las pautas establecidas por el TEDH, teniendo la sala una resolución con el criterio adecuado.

• **Resoluciones emitidas por las jurisdicciones de España**

h) Sentencia 50/2015 - Sala de Apelaciones de Barcelona (23 de marzo de 2015)

El presente caso tiene como eje de análisis la ausencia del testigo en juicio oral.

Los hechos versan sobre una sentencia por el delito de receptación en contra del señor Mauricio, que condeno al imputado por el plazo de seis meses de pena suspendida. No se mencionan más hechos, debido a que, han sido considerados probados en su totalidad.

El principal fundamento del recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del imputado es la existencia en la valoración de una prueba, pues ha existido una insuficiencia probatoria respecto al elemento típico del delito sobre que las joyas que habría comercializado el imputado procedían de un evento delictivo previo.

En el presente caso, la prueba que se cuestiona, es una testigo de oídas, quien era la hija de la víctima del ilícito de hurto de las joyas, su madre, quien era la agraviada del delito previo, esta testigo no pudo acudir a juicio por su avanzada edad, tanto la fiscalía como la defensa, no protestaron al respecto.

En ese entendido, se ha de tener presente que la lógica de la compensación al analizarse en el presente caso, versa sobre un testigo ausente, y la declaración de un testigo de oídas; el Tribunal parte de la idea que la presunción de inocencia se desvirtúa se realiza a través de un debate de los hechos, estos hechos deben de ser discutidos dentro de un marco de intermediación y contradictorio; indicando que el contradictorio es básicamente tener la oportunidad de contestar lo que alguien afirma, por lo que en un proceso penal se debe de brindar al imputado a confrontar las pruebas sobre las que se basa su imputación, la garantía procesal de la contradicción se desprende del amplio derecho de defensa. Este derecho parte de un análisis convencional realizado a partir del artículo 6.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Ahora bien, el análisis del tema en profundidad, parte que a la regla antes citada, existen excepciones, siempre se debe de dar una oportunidad adecuada al imputado para contestar a los testigos de cargo y poder interrogarlos, en cualquier etapa del proceso; sin embargo, siguiendo las pautas de la sentencia de Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido, en primer lugar se debe de analizar que la ausencia de un testigo debe de estar justificada por un motivo grave y como segundo requisito, que la sentencia condenatoria se base únicamente en la declaración de dicho testigo. Indica, además que, la validez probatoria de un testigo de referencia está subordinada al derecho de defensa al ejercicio de defensa en plenitud, si no se pudiese interrogar al testigo de referencia que corrobora la versión del testigo ausente, se estaría el derecho ya mencionado. Pues la desconfianza que se debería de tener en esa prueba sería altísima a razón que no fue rendida en una audiencia, no existiendo intermediación del juzgador.

Sin embargo, luego indica que esta violación se vio compensada con una valoración sobre las máximas de la experiencia, como el hecho que el imputado con premura intento empeñar las joyas, así como, que acepto un precio irrisorio por ellas, así como que no existió relación de confianza entre la agraviada y el imputado; sin embargo la premisa más importante del Tribunal es el hecho que la defensa consintió la ausencia de la testigo, convalidando dicho acto, finalmente la Sala desestima la apelación del imputado.

Como se puede advertir en el presente caso, el tribunal aplica las pautas establecidas en la jurisprudencia convencional, sin embargo resuelve con un criterio sesgado, pues no se tuvieron en cuenta las dos medidas de compensación (mínimas) para el análisis del caso, como son 1) que el juez pueda ver el comportamiento del testigo en su declaración, 2) concederse a la defensa una amplia oportunidad para interrogar al testigo, en alguna etapa del proceso; desviándose en falacias valorativas fundadas en máximas de la experiencia, mismas que resultan en medidas de compensación inútiles.

En el presente caso se siguieron con las pautas establecidas jurisprudencialmente, sin embargo, el criterio para resolver de la Sala fue inadecuado, por cuanto no existieron realmente medidas de compensación.

i) Sentencia 852/2016 - Tribunal Supremo de España (11 noviembre de 2016)

El presente caso tiene como eje de análisis la vulneración al principio de contradicción de un testigo anónimo en juicio oral y etapas procesales anteriores.

El 15 de mayo de 2009, ocho imputados, entre ellos Olegario Rosendo e Idelfonso Octavio formaban parte de una pandilla denominada los *Latin Kings*; cuando la banda rival denominados Trinitarios, ataco a los latín kings, dicha agresión fue sentenciada el 20 de julio de 2010.

El 10 de diciembre de 2009 Buscando venganza los imputados, integrantes de la banda Latin Kings, se concertaron para encontrarse en una estación del metro de Barcelona a las 22:15 horas, para dirigirse a la Plaza Joan Rivera a las 22:45 aproximadamente, habiendo llegado a la plaza, con bates de beisbol y armas punzocortantes, alrededor de 50 personas (entre ellas los imputados) el imputado Arsenio Bienvenido se abalanzo sobre Eusebio Claudio para apuñalarlo, conjuntamente con los demás imputados, sucediendo lo mismo con Apolonio Pedro; a Jerónimo Imanol le robaron una mochila y demás objetos. Se condeno a Idelfonso Octavio y Paulino Oscar como responsables de los delitos de tentativa de asesinato; los demás imputados fueron absueltos por los delitos de asesinato, sin embargo, se les condeno por el delito de asociación ilícita para delinquir.

El primer agravio que analiza el Tribunal es la vulneración del derecho de defensa sobre el principio de presunción de inocencia, esto en relación al principio de contradicción de las pruebas, pues se utilizaron a los testigos N 001, quien indico que habría presenciado el asesinato de los dos agraviados, intentando ayudar a Eusebio, sin embargo le tiraban piedras, indico que conocía al acusado y que este le puso el cuchillo en la espalda y que tenía una cicatriz en la nariz, además lo reconoció fotográficamente en sede policial y judicial, el testigo siempre indico que Arsebio habría participado del delito; también se tuvo la posición de las celdas telefónicas a través de llamadas de los imputados; además se tuvo a un Testigo N° 002 lo reconoce como un miembro de los latín kings; al existir una carga probatoria sólida, la sala desestima el agravio.

Como otro agravio, se plantea la denegación de una prueba, pues el imputado indico que el testigo N° 000 forma parte de otra pandilla, y que tiene ánimos espurios en su declaración, en la audiencia de primera instancia el juzgado indicó que la decisión del conocimiento de la identidad del testigo cuando se hayan dado todas las alegaciones de las pares, sin embargo, este levantamiento nunca se dio.

Indica el Tribunal que los problemas con los testigos protegidos eran dos, el primero es el conocimiento de la identidad del testigo para las partes y el segundo es la forma en la que presta su declaración en juicio; el primer problema limita de manera grave el derecho de defensa en su vertiente de contradicción de la prueba, pues si bien es cierto la reserva de la identidad del testigo responde a los cuidados sobre sus bienes jurídicos personalísimos, también se pierde la confianza en la fiabilidad de su testimonio, en cuanto al segundo problema, este repercute de en menor grado el derecho de contradicción, sin embargo, debe de realizarse la ponderación de los intereses en conflicto

El tribunal hace una diferenciación bastante ilustrativa en cuanto a la diferencia que existe entre testigos anónimos y testigos ocultos, mientras que los primeros no existe identificación del declarante, en los segundos, estos si están identificados pero su declaración es oculta de la audiencia pública.

Los testigos con identidad en reserva se deben de apreciar desde un triángulo de derechos vulnerados, los cuales son; publicidad, igualdad de armas y contradicción; el derecho a la contradicción se deriva del artículo 6.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, por lo que, el tribunal realiza el análisis sobre si se cumple con esta garantía procesal en el caso de los testigos en reserva, indicando que el total anonimato y la imposibilidad que el testigo sea sometido al contradictorio vulnera el artículo 6.3 citado.

Sin embargo, en su análisis, indica que existen situaciones en las que el anonimato es necesario, este anonimato debe de ser compensada por un amplio interrogatorio, pues a través de esta medida de compensación es que se puede apreciar la fiabilidad del testigo y que no se realice con ánimos espurios y

animadversiones y que el testimonio con identidad de reserva no sea la única prueba que enerve la presunción de inocencia.

Indica el tribunal, que la Corte Constitucional Española, siguiendo los criterios establecidos por el TEDH, para que un testigo anónimo se considere como prueba valida deben de existir tres requisitos: 1) Que la decisión del anonimato haya sido declarada judicialmente a través de una resolución motivada; 2) que existan medidas de contrapeso o medidas de compensación que permitan cuestionar la credibilidad del testigo; 3) que la declaración del testigo anónimo no sea la única prueba que enerve la inocencia, y que el mismo concorra con otros elementos probatorios.

A pesar de lo señalado, siguiendo su análisis el tribunal, indica que en otras jurisprudencias para que se respete el principio de igualdad de armas deben de cumplirse con dos parámetros a) que se pueda examinar la fiabilidad del testigo y b) que esta declaración no sea decisiva.

Sin embargo, no se descarta la ponderación de bienes jurídicos que contrarían en los casos de los testigos con identidad en reserva, por lo que se puede negar la solicitud de la parte imputada para develar la identidad, esta negativa por parte de la judicatura debe de ser debidamente motivada, es decir, que no solo la declaratoria de anonimato por parte del juez debe de ser motivada, sino la negativa de este ante una solicitud de la parte imputada.

En cuanto a la valoración de la declaración de un testigo anónimo, el Tribunal indica que, está de por si no es fiable, debido a que no se ha corroborado la identidad del declarante y su testimonio puede ser espurio, indicando que, si la raíz de una prueba no es fiable, el contenido tampoco y el único valor probatorio que se podría otorgar a este tipo de pruebas, es de corroboradora de otras pruebas y no fiable *per se*.

En el caso en concreto el Tribunal decide declarar la ineficacia del testimonio anónimo, pues no solo se ha privado a la defensa conocer la identidad del testigo, sino que el testigo declaro, sin que pudiera ser visto por nadie, ni siquiera por el juez, se le suma a ello que la sala no pudo apreciar los motivos por los que el juzgado otorgo la reserva de la identidad del testigo, al declarar la ineficacia del

testimonio, la Sala procede a realizar un análisis erróneo, pues decide no declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia, pese a que declaro que se habría vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, sostiene la participación de los imputados en máximas de experiencia que no tienen sentido, por lo que se afirma que la Sala siguió las pautas establecidas por la jurisprudencia convencional, sin embargo, el criterio utilizado fue absurdo y vulneratorio, pues a pesar de la absolución del párrafo posterior, existieron motivaciones contradictorias.

Respecto a los delitos de asesinato, que se le atribuye al señor Paulino Oscar, decide absolverlo pues la declaración de los testigos anónimos presentaba ánimos espurios y rencillas, y el reconocimiento en rueda no fue válido; por lo que absuelven a Paulino Oscar e Idelfonso Octavio por el delito de tentativa de asesinato.

j) Sentencia 13/2018 – Tercera Sala Penal de Apelaciones de Madrid (3 diciembre de 2018)

El presente caso tiene como eje de análisis la posible vulneración al principio de contradicción de la prueba en testigos anónimos; por lo que, el estadio procesal en el que se encuentra es juicio oral, así como etapas anteriores.

El presente caso trata del proceso penal seguido en contra de los imputados, Jorge y Jesús Miguel, por los delitos de asesinato, tenencia ilícita de armas y explosivos, pertenencia a organizaciones terroristas ; se tiene los delitos se ocasionaron desde el año 2011-2017, pues ambos imputados siempre se reunían para tratar temas de la Yihad Islámica, en un comienzo los delitos perpetrados, era de tráfico ilícito de drogas, las reuniones se realizaban en las fiestas llamadas Ramadan en donde además de concertar para el TID, realizaban exaltaciones terroristas; el 27 de julio de 2016 Jorge “Corsario” fue condenado por el delito de pertenencia a una organización terrorista, a 12 años de prisión, dejando sus armas en un garaje; entre los meses de febrero y marzo de 2016, el otro acusado Jesús Miguel, conjuntamente con otras personas llevaron estas armas de guerra a otro lugar para ocultarlas enterrándolas; en dicho traslado de esas armas es que el señor Jorge es detenido, teniendo como evidencias entre otros, fotos de la zona en la que enterraron las armas, foto del imputado disparando, al otro imputado le encontraron

imágenes de cadáveres asesinatos y demás, por lo que son condenados a ocho y nueve años de prisión respectivamente.

Como primer agravio de apelación, se tiene la vulneración al derecho de defensa, pues la defensa no ha podido interrogar en igualdad al testigo de cargo presentado por la fiscalía, para poder demostrar los ánimos espurios, pues infieren que este testigo anónimo es un ex socio narcotraficante.

El análisis del Tribunal, parte que sobre que en ciertos casos la declaración de peritos y testigos, causan represarías en su contra, por lo que la mayoría de los países enfrenta este problema con una serie de medidas que protegen al testigo, llegando hasta el anonimato.

Este hecho se contrapone con lo que prescribe la Convención Europea de Derechos Humanos en el artículo 6.1 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.3.e.

Tras realizar un análisis de las jurisprudencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el tribunal indica que el derecho a un juicio justo es el que protege a los testigos de futuras represarías en su contra, es por ello, que se toman medidas de protección, siendo una de ellas, el anonimato o el testigo oculto, indicando que el juez de instrucción y el juez de juzgamiento, deben de conocer la identidad del imputado, y se debe de conceder a la defensa la posibilidad de interrogar al testigo, exceptuando las preguntas que conduzcan al reconocimiento de su identidad, por lo que las medidas de aseguramiento de los testigos es perfectamente aceptable.

Una vez realizado este análisis, el Tribunal indica que en cuanto al testigo N° 0010, la declaración de su anonimato fue razonado y razonable pues se realizó de manera objetiva la ponderación de intereses entre el testigo y el imputado, cumpliéndose con excepcionalidad de la medida.

Indica el tribunal que existe violación del derecho a la contradicción en caso de testigos anónimos, cuando el juzgado no conoce la identidad del testigo y no se le da la oportunidad a la defensa de poder interrogar al testigo, con las excepciones ya señaladas, pues siendo un pueblo pequeño y habiendo delatado el testigo a

personas que formaban parte de una organización terrorista y además se dedicaban al narcotráfico, la limitación del conocimiento de la identidad del testigo es aceptable; existe vulneración, además, a la garantía de contradicción, -siguiendo la sentencia de Al-Khawaja- cuando la condena se ha basado únicamente en el testimonio anónimo, que el imputado no ha podido contradecir.

En ese entendido, resume, el Tribunal que para que se declare válido una condena penal con un testigo anónimo deben concurrir tres requisitos:

a) Que el anonimato haya sido declarado judicialmente con una sentencia motivada; b) Que existan medidas de compensación que permitan a la Defensa del Imputado contradecir la fiabilidad del testigo; c) Que la Declaración del testigo anónimo vaya acompañada de otros elementos de convicción de manera que esta única prueba no sea la que enerve la presunción de inocencia; en el presente caso se siguieron las pautas establecidas y se resolvió con el criterio adecuado.

k) Sentencia 715/2018 - Tribunal Supremo de España, Segunda Sala de lo Penal (16 enero de 2019)

El presente caso tiene como eje de análisis la posible vulneración al principio de contradicción de la prueba frente a testigos anónimos, esto en todo el proceso penal, siendo más trascendente en juicio oral.

La presente sentencia, trata sobre la acusación por el delito de asesinato en contra de Demetrio, quien después de una discusión, golpeo en la cara al agraviado José Manuel, para posteriormente, con un arma blanca, causarle una herida punzo cortante, que acabaría con la vida del agraviado; tras la agresión aparece una persona, quien se convierte en un testigo protegido, quien a través de un reconocimiento en rueda, reconoce al imputado a nivel policial y en el juzgado, existe otro testigo anónimo, quien vio lo sucedido pero no realizó el reconocimiento en rueda de Demetrio; Idelfonso, amigo del agraviado, logró reconocer a Demetrio como el causante de la muerte; se le condena a 17 años de prisión efectiva; el tribunal de alzada, confirma la sentencia apelada.

En relación al tema de estudio, la defensa técnica de la parte acusada indica que se ha vulnerado su derecho al contradictorio, al de defensa y al debido proceso, puesto que no se ha notificado el auto que dispone el anonimato de los testigos, así

como que la prueba no fue fiable; además indica, que se vulnero el derecho de defensa, debido a que todos los testigos declararon por videoconferencia, sin que ninguna de las partes pudiera tener acceso directo, decisión que fue tomada por el juez de juzgamiento sin motivación alguna.

El tribunal parte del análisis que la medida de reserva de identidad de testigos sirve para proteger a los mismos de futuras represarías que podrían tomar los imputados, esto se contrapone a las garantías que guardan a los procesados, pues deben de poder tener el derecho de intermediación sobre la prueba y poder contradecirla, así como poder evidenciar las patologías de los testigos, como los ánimos espurios o animadversiones.

Indica a pesar de ello que para que el anonimato sea considerada como una prueba de cargo debe de reunir tres requisitos fundamentales, los cuales son similares a los descritos líneas arriba- a) Que el anonimato haya sido declarado judicialmente con una sentencia motivada; b) Que existan medidas de compensación que permitan a la Defensa del Imputado contradecir la fiabilidad del testigo; c) Que la Declaración del testigo anónimo vaya acompañada de otros elementos de convicción de manera que esta única prueba no sea la que enerve la presunción de inocencia; indica que cuando el testigo anónimo es funcionario público como policía o no tiene relación con el imputado, será irrelevante la identidad, sin embargo pertenece al círculo social del mismo, si se tendría que develar la identidad, para poder saber si existen relaciones de enemistad.

Respecto de la primera pauta, indica el Tribunal que ha de tener declarar la reserva de la identidad del testigo a través de una resolución motivada, que pondere minuciosamente los intereses que se contraponen, así mismo, la denegatoria de la develación de identidad se realizara de manera motivada.

En el presente caso, se analiza sobre la base que la defensa técnica del acusado en ningún momento solicito la develación de la identidad del testigo, sin embargo, cuestiona este hecho en su recurso de casación, afirmando que si se le dio la oportunidad de interrogarlo de manera oculta; afirma además que la sentencia no se basó únicamente en la declaración del testigo pues existieron otras pruebas que fundamentaban la conde, por lo que se afirma que en el presente caso, el proceso

penal y sobre todo la valoración del testigo anónimo fue llevado de acuerdo a las pautas de la jurisprudencia convencional, siendo el criterio adecuado del tribunal al desestimar la vulneración al principio de contradicción.

l) Sentencia 28/2019 - Sala Penal Sección 3 de Madrid (02 de setiembre de 2019)

En el presente caso se tiene eje de análisis la vulneración al principio de contradicción de la prueba en testigos anónimos en todo el proceso penal, con especial importancia en el juicio oral.

El proceso penal del que versa la sentencia en análisis es la llevada a cabo contra Evaristo y Maximiliano por el delito de terrorismo, delito de auto adoctrinamiento, delito de depósito de armas de guerra y se le condeno por el plazo de 30 años en concurso real; los imputados tenían una cantidad innumerable de antecedentes, perteneciendo a las filas Salafistas Ortodoxos de la cultura islámica, así mismo, estas personas tenían relaciones con sentenciados; el día 13 de enero de 2017, ambas personas fueron detenidas en un descampado donde habrían encontrado armas de guerra, utilería para la realización de cultos terroristas enterradas, no se tiene constancia que estos imputados hayan sido los que hayan enterrado las armas incautadas, ni la relación sobre los objetos; en el domicilio de Evaristo se encontraron entre otras cosas fotos practicando tiro, fotos del descampado, video del imputado recitando el Corán a su hija, video sacando un cuerpo herido de un vehículo, audios que hacían alusión a Nashed; en el domicilio de Máximo se encontró entre otras cosas, imágenes de cadáveres de niños, videos de ritos con muertos, imágenes de hombres secuestrados.

El análisis de los testigos anónimos con el que inicia el tribunal es la distinción que tienen estos a nivel de investigación preparatoria y a nivel de juicio oral, diferenciándolos en un tema de eficacia y de utilidad del testigo, así pues, los testigos anónimos durante la investigación son útiles, porque sirven como fuente de información para que el investigador pueda recolectar elementos de convicción que permitan arribar a una acusación, mientras que en el plenario, los testigos anónimos son eficaces, pues su declaración no puede servir como único elemento que enerve la presunción de inocencia.

En el caso en concreto respecto a la decisión sobre el anonimato del testigo, se tuvo una resolución motivada, razonada y suficiente, pues este declaró sin que se le pudiera observar y con la voz distorsionada, además se tiene que el testigo habría recibido dos cartas que lo amenazaban.

El anonimato de la identidad de los testigos, fue compensado con la posibilidad del contradictorio de su declaración y la búsqueda de ánimos espurios, además se le otorgo al acusado la oportunidad de indicar con quienes tenía una enemistad, siendo que ninguno de los mencionados era el testigo anónimo.

Al hacer el análisis de la valoración de la declaración del testigo anónimo como prueba de cargo, el Tribunal considera las tres pautas establecidas con anterioridad, las cuales son; a) Que el anonimato haya sido declarado judicialmente con una sentencia motivada; b) Que existan medidas de compensación que permitan a la Defensa del Imputado contradecir la fiabilidad del testigo; c) Que la Declaración del testigo anónimo vaya acompañada de otros elementos de convicción de manera que esta única prueba no sea la que enerve la presunción de inocencia. Como se ha podido apreciar, ya se ha realizado el análisis de los dos primeros requisitos, sin embargo, en el tercer requisito, el Tribunal realiza un análisis pormenorizado sobre la existencia de elementos de convicción ajenos a la declaración del testigo anónimo que resulten suficientes para la condena; en el presente caso, la Corte llega a la conclusión que no existieron, además, el mismo testimonio resultada endeble, debido a que su testimonio únicamente eran conjeturas, como suposiciones de haberlos oído hablar de Yihad, o sus viajes constantes a Bélgica de los procesados, el testigo anónimo indicó donde se encontraban enterradas las armas, más nunca vio que los acusados fueron quienes las enterraron; por lo que el recurso de casación falla absolviendo a los imputados, pues la declaración del testigo anónimo no fue corroborado con otros elementos de convicción, siendo prueba única que funde la condena; por lo que se ha seguido las pautas de manera correcta y se ha resuelto con un criterio adecuado.

m) Sentencia 290/2021 Tribunal Supremo, Segunda Sala Penal (7 abril de 2021)

El análisis de la presente resolución tiene como eje la vulneración al principio de contradicción de la prueba y la utilización de testigos de referencia en juicio oral.

Los hechos del presente caso versan sobre el delito de hurto y asesinato en contra del señor Cipriano y Cristóbal, los hechos se remontan a mediados del año 2017, instantes , en el que los imputados abrieron la puerta de un auto modelo Opel Corsa, que le pertenecía a la agraviada Adoración, trasladándose hasta otro punto de la ciudad en donde esperarían a Eusebio, quien al salir de su domicilio, uno de los imputados se abalanzo sobre él, lo tiro al suelo y le propino cuatro disparos; el móvil del crimen fue el agraviado habría tenido una relación amorosa con la pareja de Cristóbal, por lo que este convenció a Cipriano para realizar esta acción; posteriormente, huyeron y quemaron el vehículo que habría sido despojado. El señor Cipriano fue condenado por los delitos de asesinato, hurto agravado y tenencia ilegal de armas, a la pena de dieciocho años y siete meses; mientras que el señor Cristóbal fue condenado únicamente por el delito de Asesinato a la pena de diecisiete años; la Sala confirmó la sentencia de primera instancia.

En el presente caso, el tema de análisis versa sobre si la utilización de un testigo de referencia vulnera o no el derecho de defensa en su vertiente de contradicción a la prueba; pues la condena del señor Cristóbal tuvo como una prueba, la declaración de la hija del agraviado, quien le había indicado que este lo acechaba cuando paseaba con su pareja, además que habría sido amenazado.

El Tribunal inicia bajo la premisa que es posible fundar una condena con base a testimonios de referencia, siempre y cuando, al testigo de referencia se haya podido contradecir de manera oportuna; también se ha de tener en cuenta la valoración del testimonio de referencia cuando exista la imposibilidad real y concreta de obtener la declaración del testigo directo; en el presente caso se cumple esta pauta por la imposibilidad de declarar del testigo debido a que está muerto; además que esta prueba es subsidiaria, debido a que tiene como fin reforzar otros elementos probatorios.

Respeto de la subsidiariedad y la corroboración de la prueba; se tiene otras pruebas, como la declaración de un testigo cuando el acusado iba en camino a la

casa del agraviado, así mismo se tienen grabaciones previas al asesinato; además se tiene la declaración policial de su coacusado, quien indico que Cristóbal lo estaba esperando; sin embargo, estas pruebas no se relacionan directamente con los hechos concomitantes; el Tribunal decide aplicar la lógica de la compensación sobre el testimonio del coacusado Cristóbal indicando que cuando se le informo que su detención obedecía al asesinato del señor Eusebio, este refirió que Cristóbal lo había delatado; por lo que, el testimonio de referencia tendría validez en el presente caso.

Ahora bien, respecto de la admisión de la prueba testimonial, indica el Tribunal efectivamente ha sido imposible hacer que el testigo comparezca a la audiencia; además que en fase de investigación, se tomó la declaración de la testigo y estuvieron presentes los dos abogados defensores de los imputados; respecto de este testigo, indica el tribunal, que no ha sido una prueba única y relevante para la condena, pues si se excluyera, el resultado sería el mismo, únicamente cumple la función de corroboración. Por lo que se puede evidenciar que, en el presente caso, el Tribunal cumplió con las pautas y tuvo el criterio adecuado para la resolución; pues ha desestimado el recurso de Casación.

n) Sentencia 296/2019 - Tribunal Supremo, Segunda Sala Penal (4 junio de 2019)

El presente caso tiene como eje de análisis la vulneración a la contradicción de la prueba, frente a un testigo anónimo que no pudo ser interrogado a lo largo del proceso, además que se sospecha de sus ánimos espurios.

El presente caso trata del proceso penal por el delito de terrorismo, seguido en contra del señor Cipriano, en el año 2017; momentos de la detención, el señor Cipriano pertenecía a una organización que tocaba temas del Yihad Islámica; las reuniones se realizaban en la casa del sentenciado; donde trataban temas de tráfico de drogas y luego hacían canticos terroristas y proferían consignas de los atentados terroristas; el señor Cipriano con otras personas además habrían enterrado armas de guerra, que pertenecían a su tío “Zapatones”, quien fue sentenciado en el 2016 por el delito de banda armada u organización terrorista; cuando se allano su domicilio, se encontraron videos de personas que decían que se convertirían al Isla, imágenes de asesinatos, videos de prácticas de tiro; canticos religiosos y demás; por los delitos

de Organización terrorista y depósito de armas de guerra, fue sentenciado a diecisiete años de prisión efectiva; el recurso de apelación fue desestimado.

El motivo del recurso de casación fue la vulneración del derecho de defensa, pues la condena se basó en la declaración de un testigo protegido cuya identidad se desconoce, por lo que no se ha podido proponer prueba para contradecirlo; solicita como pretensión que se declare la nulidad del juicio.

El Tribunal inicia indicando que el imputado es una persona parapléjica, por lo que, resulta poco creíble que haya cometido los delitos mencionados; indica además que la declaración de un testigo protegido no puede constituir base fundamental para la condena, pues por su propia naturaleza este podría mentir, debido a la guerra por el control del narcotráfico; este testimonio no puede ser valorado ni siquiera para otorgar una prisión preventiva.

Continúa argumentando el Tribunal sobre la validez de la declaración de un testimonio anónimo se ha de cumplir con tres requisitos: : a) Que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en resolución motivada ponderando los intereses en conflicto: b) Que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan evaluar y combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio y c) Que la declaración concorra acompañada de otros elementos probatorios, de manera que no podrá por sí sola o con un peso probatorio decisivo, enervar la presunción de inocencia.

El tribunal indica que en el presente caso el único requisito que se ha cumplido, en cuanto al tercer requisito, el A Quem, intento justificarlo con la existencia de investigaciones policiales, sin embargo, el Tribunal reitera no se realizaron investigaciones adicionales, pues el solo hecho de un indicio de lugar no corrobora la declaración del colaborador. En cuanto a las medidas compensatorias exigidas por las pautas establecidas en las jurisprudencias convencionales, el Tribunal analiza que el testigo no declaro ante el juez de instrucción, en consecuencia, no se le dio la oportunidad a la defensa de que pueda refutar si ducho, además que habría preguntas obvias que se le pudo haber realizado como si su testimonio obedecía a un favor a otro grupo de narcotráfico o sobre porque declaro

diez meses después de tomar conocimiento de los hechos, o si el miedo hacia los imputados persistía.

En cuando al nivel de decisión que tenía la prueba, se ha de tener en claro que este fue la prueba única para enervar la presunción de inocencia, pues las investigaciones policiales y sus actas no dejaban constancia de las armas halladas, ni de la vinculación del imputado sobre estas pues no existieron investigaciones policiales o pericias que lo pudieran vincular.

En consecuencia, se puede apreciar que el Tribunal realiza un análisis de las pautas de manera pormenorizada y cuidadosa, indicando que para la valoración de un testigo anónimo se deben de cumplir los requisitos antes mencionados, en el presente caso solo se cumplió el primero, por lo que, no se puede valorar la prueba deficiente, estima el recurso de Casación y declara nulo el plenario.

o) Sentencia 387/2020 - Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia (30 de setiembre de 2020)

El presente proceso es sobre el delito de abuso sexual, en contra del sentenciado Severiano, quien violó a su hija en diversas ocasiones; declarándose culpable; sin embargo, al realizarse la pericia de integridad sexual, se determinó que no existirían lesiones en la menor, además que tenía Himen complaciente; al realizarse la pericia psicológica se determinó que el relato de la niña era coherente, además explico, como es que su padre inicio por tocamientos indebidos y terminar en penetración vaginal, así mismo, intento realizar penetración anal y felación pero no se consumó.

Para la presente investigación resulta relevante, en lo que respecta a la valoración de la declaración de la víctima únicamente ante los psicólogos ha vulnerado el derecho a la contradicción que guarda al imputado, no declaro en juicio por solicitud de la madre de la menor, siendo eximida.

El tribunal inicia bajo la premisa que la contradicción de la prueba testimonial en juicio no es una regla absoluta, pues debe de existir una ponderación con los intereses vulnerables en cada caso.

El Tribunal realiza un análisis, interesante y sesudo; debido a que indica las pautas que se han tratado en esta investigación son una regla de valoración de la prueba; indica que una condena basada únicamente en testigos a los cuales no se ha podido contradecir (ausentes, anónimos, de referencias etc.); no es atentatoria al debido proceso cuando han existido medidas de contrapeso, las cuales permitan cuestionar la veracidad y fiabilidad de la prueba. A pesar que no ha mencionado las medidas de contrapeso, esto es que el juez haya podido apreciar el comportamiento durante el interrogatorio, así como darle a la defensa durante algún estadio del proceso la posibilidad de contradicción; al haber renunciado el acusado a ese derecho en el presente caso, la condena estuvo de acuerdo a las pautas convencionales jurisprudenciales, resolviendo con un criterio adecuado el Tribunal.

p) Sentencia 59/2019 Sala Penal de Santa Cruz de Tenerife, Sección Segunda (18 de febrero de 2019)

El presente caso trata del delito en contra la seguridad vial, en su modalidad de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas; los hechos se remontan al 02 de mayo de 2017, aproximadamente al mediodía, instantes en los cuales los imputados Iñigo e Ignacio se apoderaron de algunas prendas de una pareja alemana, las cuales se encontraban dentro de su vehículo, y se dieron a la fuga en un auto marca Citroen, el cual había sido alquilado por Ignacio; cuando huían fueron reconocidos por agentes del Cuerpo Nacional de policía, quienes les ordenaron que se detengan, Ignacio quien iba al volante aceleró y puso en peligro la vida de algunos ciclistas, fueron detenidos en un supermercado donde huían a pie; fueron condenados ambos por delito contra la seguridad vial.

El problema en el presente caso, es que los agentes quienes realizaron la persecución solamente dejaron los hechos en actas y nunca declararon en juicio, por lo que la temeridad manifiesta que señalan las actas nunca pudo ser contradichos por los acusados, además no se llamaron a los ciclistas sobre los que habría la acción delictuosa, el Tribunal absuelve a los imputados.

Como se puede apreciar, en el presente caso, se han aplicado las pautas de manera adecuada resultando que el criterio adoptado por el Tribunal fue correcto.

q) Sentencia 18/2021 - Juzgado de Instrucción Nº 21 de Barcelona (28 de diciembre de 2020)

La presente resolución trata sobre el delito abuso sexual, intento de lesiones agravadas y amenazas, se sentenció al imputado D. Rodolfo a 12 años de prisión por los tres delitos; la sala confirmó la resolución apelada; los hechos se remontan al 18 de agosto de 2018, instantes en el que el señor Jesús Luis acude a la clínica, en donde se determina que el paciente presentaba un 72% de Trastorno límite de la personalidad y trastorno de la personalidad no afiliado, así mismo, se detectaron diversas lesiones, se ha de mencionar que ambos sujetos compartían vivienda. En el informe Médico Forense se determina que las lesiones anales del agraviado fueron realizadas hace cinco días atrás, que también presentaba lesiones más antiguas; la víctima no fue a juicio, al averiguarse el paradero del agraviado sin éxito, se procedió a leer su declaración precisa.

Al realizar el análisis de la vulneración del artículo 6.3 de la convención europea de derechos humanos, indica que se ha de tener presente que la declaración previa tiene carácter de preconstituida por lo que debe de cumplir cuatro requisitos: a) Imposibilidad material de la reproducción de la prueba en juicio oral; b) subjetivos, que se realice ante el juez de la investigación preparatoria; c) Que se garantice la contradicción de la defensa del imputado;

d) Que se permita la contradicción de la lectura del acta de la declaración.

Además realiza el análisis convencional de la prueba a tenor de las pautas ya mencionadas, realizando el siguiente análisis: a) las pruebas deben de actuarse en juicio oral público; b) se le debe dar la oportunidad a la defensa la oportunidad de contradecir el testimonio en la fase fiscal o policial, c) cuando no se le ha dado la oportunidad de contrainterrogar, la condena no debe de basarse únicamente en la prueba no contradicha; d) Se debe de analizar la diligencia que tienen las autoridades para que se ejerza el derecho a la contradicción, si no se puede acusar de negligente a la autoridad, no se puede interrumpir el proceso; e) Deben de existir medidas de contrapeso que permitan la fiabilidad de la prueba.

En el caso en concreto la ausencia del testigo, responde a la propia voluntad del testigo, pues sabía el día y hora de la declaración, si bien es cierto en un primer

momento no se citó al letrado de la parte acusada, se realizó otra toma de declaración la cual, si se le notifico, sin embargo, esta se notifica el mismo día de la declaración por fax; si bien es cierto el agraviado ha sufrido de diversas lesiones, no se ha acreditado que fue el imputado quien se las causo, por lo que el Tribunal Absuelve al sentenciado.

• **Resoluciones de Corte Suprema de Justicia de la Republica**

r) Recurso Nulidad N° 420-2018/Cajamarca (22 de mayo de 2018)

La presente resolución, es un recurso de casación, interpuesto por la defensa Técnica del imputado Oscar Valentín Zafra Zafra, pues fue condenado por el delito de Violación Sexual de Menor de Edad de iniciales R.H.C.Y; los hechos se remontan al mes de octubre de 2003, en el que el imputado -quien tenía diecisiete años- para violar a la agraviada cuando ella transitaba sola en las inmediaciones del cementerio Tupac Amaru; el 21 de abril de 2004, el imputado realizo la misma conducta delictiva -cuando el imputado ya tenía dieciocho años- instantes en que la agraviada se encontraba abasteciéndose de agua cerca de un lugar donde se realizaba una reunión social, lugar donde fue interceptada por el imputado, quien la llevo al paraje denominado “la era” donde abusó sexualmente de la menor, el hermano de la agraviada José Wilson Cruzado Yupanqui, logro reconocer la identidad del imputado.

Cuando el padre de la agraviada denunció, la menor fue examinada por un médico de un hospital de apoyo de Caledin, en la historia clínica, el medico Diaz Abanto, presto declaración, ratificando sus conclusiones médicas, que la menor habría sufrido “desgarro himenal antiguo”; así mismo, se le realizo un examen psicológico, en el que se concluyó que la menor presentaba Síndrome de Abuso Patológico, en el plenario, se presentó el perito Gutiérrez Velásquez e indico que el examen lo habría realizado la psicóloga Francia Silva; en consecuencia, la Corte llega a la conclusión que la menor sufrió de abuso sexual, por lo que, la menor tenía estresor sexual; se ha de tener presente que la menor solo declaro a nivel policial, con la presencia de su padre y sin que haya un representante del ministerio público; otra prueba que existe es la declaración del hermano de la menor agraviada quien vio al imputado huir del lugar.

La corte inicia el razonamiento, indicando que el lugar en el que vive la agraviada, como en el que se suscitaron los hechos, se encuentran muy alejados y que el imputado huyo, por lo que no pudieron encontrarse, a los familiares de la agraviada, así como tampoco existió un representante del ministerio público, siendo esta falencia convalidada; además que esta declaración a nivel policial, se encuentra corroborada con la declaración del padre y la declaración del hermano, siendo lo más relevante las pruebas periciales.

Al analizar los criterios de la jurisprudencia convencional e internacional, la Corte Suprema indica que: a) Sobre el motivo justificado para la no contradicción de la prueba, la corte ha indicado que se citó a la agraviada, pero esta no concurrió, la lejanía del lugar y que el imputado se haya dado a la fuga; cómo se puede apreciar, la corte realiza un análisis totalmente erróneo de esta primera pauta, pues el motivo no ha sido justificado ni siquiera de manera somera; b) Si la declaración de la víctima serian el fundamento determinante de la decisión; el tribunal indica que las pericias son el elemento determinante; sin embargo, esta valoración la realiza de manera errónea, pues las pericias determinan que ha existido un abuso sexual, sin embargo no pueden determinar la vinculación del imputado respecto a la violación; c) sobre si existía solidas medidas de contrapeso, principalmente solidas garantías para contrarrestar las vulneraciones causadas a la defensa, el tribunal también analiza de manera errónea, pues indica que la declaración a nivel policial, la cual es sumamente detallada y vuelve a indicar que los informes periciales son prueba determinante; cómo se puede apreciar la resolución emitida por el presidente de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, el Juez Supremo San Martin Castro, resulta erróneo y si bien es cierto aplica las pautas, pero lo hace de manera errónea, resolviendo con un criterio equivocado, vulnerado el principio de la contradicción de la prueba sin justificación.

Como se puede apreciar en el presente caso, no se siguió la pauta sobre la valoración de los otros elementos de convicción, pues a criterio de estos investigadores, si eran suficientes para enervar la presunción de inocencia, por lo que, si se siguieron las pautas, pero no se aplicó el criterio correcto.

s) Recurso de Nulidad 1556-2017/Puno (01 de octubre de 2018)

El presente caso analizado, trata de un recurso de nulidad, presentado por el imputado Angelino Aruata Pinazo, contra la resolución que lo sentencio a diez años de pena privativa de libertad.

Los hechos se remontan al 16 de setiembre de 1994, en el barrio de Miraflores en la ciudad de Ilave, provincia de Puno, instantes en que la agraviada de seis años de edad estaba jugando con sus hermanas en su casa, cuando el imputado -quien es tío de la agraviada- ingresa, golpeando a las dos hermanas y las envía a comprar dulces, situación que fue aprovechada por el agresor Aruata Pinazo, para quitarle la falda a la agraviada de iniciales L.O.A.C, subirse encima de ella e intentarla penetrar, instantes en los que intervino su vecino de nombre Clemente Mamani Valdez; el referido vecino llevo al agresor a la dependencia policial, donde rindió testimonio sin la presencia del representante del ministerio público; además, el referido testigo no concurrió a declarar a juicio oral, pues el imputado fue capturado veintidós años después de sucedidos los hechos; sin embargo, quien si fue a declarar fue el perito médico legista, quien determino en el certificado médico legal que la menor agraviada presentaba un eritema en los labios mayores, es decir que existirían lesiones (enrojecimiento) causados por los tocamientos que le realizo el imputado previo al intento de penetración.

Sobre el análisis de la materia, la Corte Suprema simplemente indica que siguiendo los criterios de la sentencia de Al-Khawaja y Taheri vs. Reino Unido, la sentencia se encuentra arreglada conforme a derecho; para la presente investigación se tendrá que realizar un análisis de manera más pormenorizada de la sentencia en estudio.

En primer lugar, se debe de analizar que el presente caso versa sobre un **testigo ausente, mismo que no fue a declarar en juicio oral;** teniendo esta premisa en claro, se ha de analizar la aplicación de los criterios establecidos en la jurisprudencia convencional que se ha venido estudiando.

Como primer criterio se tiene que, si existía un motivo justificado para la no contradicción de la prueba, en el presente caso se analiza si habría un motivo

justificado sobre la ausencia del señor Clemente Mamani Valdez en juicio oral, siendo que el motivo justificado fue que el juicio oral se llevó a cabo veintidós años después de sucedidos los hechos materia del proceso y a pesar de buscar al testigo, no se logró ubicarlo, siendo el motivo más que justificado.

Como segundo criterio se tiene si la declaración del testigo ausente sería el fundamento determinante de la decisión; en el presente caso, se puede apreciar que se tuvo como prueba determinante, para la decisión condenatoria, dos pruebas vitales, la primera es la declaración de la menor agraviada, y el certificado médico legista, ratificado por el perito que lo realizó, pues el testigo ausente únicamente narro como es que frustró la consumación de la violación, mientras que la menor narro como es que sucedieron los hechos, siendo de mayor utilidad la declaración de la agraviada y como dato científico objetivo los estudios de medicina legal practicados, no siendo la declaración del testigo ausente prueba determinante que pudiera arribar a otra conclusión

Sobre el tercer presupuesto referente a si existía solidas medidas de contrapeso, principalmente solidas garantías para contrarrestar las vulneraciones causadas a la defensa; no es de aplicación para el presente caso, pues, al no existir vulneración al derecho a la contradicción en el análisis de los dos primeros criterios, por lo que, al no existir vulneración, no se puede aplicar medidas de contrapeso.

4.1.4. Descripción de la observación de los resultados de las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos humanos y Juzgado de Investigación Preparatoria respecto de la aplicación de la lógica de la compensación tras la vulneración de un derecho fundamental en la ejecución de la pena

Cuadro 5 Matriz de análisis de las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos humanos y Tribunal Constitucional

COMPENSACIÓN, TRAS LA VULNERACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL, EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA					
ESTADIO PROCESAL - EJECUCIÓN DE LA PENA					
INSTRUMENTO	INSTITUCIÓN Y FECHA	DERECHO DISTINTO VULNERADO DURANTE LA EJECUCIÓN DE LA PENA	¿SE APLICA LA LÓGICA DE LA COMPENSACIÓN EN EJECUCIÓN DE PENAS ILÍCITAS?		ANÁLISIS DEL CASO
			SI	NO	
		Salud, Dignidad de la persona, Integridad personal (hacinamiento penitenciario)	✓		En el presente caso, se aplica como medida de compensación, el computo de dos días de prisión por cada día de pena ilícita, debido al hacinamiento y demás vulneraciones sufridas.
	Exp. N°: 01283-2020-PHC/TC JUNÍN – 25 de febrero de 2021	Salud y Dignidad de la persona		✗	En cada uno de estos casos se ha analizado cuestiones como la dignidad humana y su afectación ante las situaciones inhumanas que se vive en los establecimientos penitenciarios, sin embargo, no se han adoptado medidas de compensación para salvaguardar la integridad personal de las personas que
	Exp. N°: 0489-2006-PHC/TC LIMA NORTE – 25 de enero de 2007	Salud, Dignidad de la persona (hacinamiento penitenciario)		✗	
	Exp. N°: 05559-2009-PHC/TC LIMA – 03 de junio de 2010	Salud, Dignidad de la persona		✗	

Exp. N°: 0726-2002-HC/TC LIMA – 21 de junio de 2022	Salud, Dignidad de la persona		×	purgan una pena en los centros penitenciarios peruanos
Exp. N°: 01206-2017-PHC/TC LIMA – 18 de junio de 2020	Salud, Dignidad de la persona		×	
Exp. N°: 01897-2020-PHC/TC LIMA NORTE – 25 de marzo de 2021	Salud, Dignidad de la persona y debido proceso		×	
Exp. N° 2333-2004-HC/TC CALLAO – 12 de agosto de 2004	Integridad personal, salud.		×	
Exp. N° 00345-2021-0-2602-JR-PE-01 – 07 de febrero de 2022	Salud		×	
Exp. N°; 02349-2016-PHC/TC ICA– 17 de julio de 2019	Salud		×	
Exp. N°: 05436-2014-PHC/TC TACNA	Salud, integridad personal y dignidad humana		×	

Nota: resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos humanos y Tribunal Constitucional.

a) Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas provisionales respecto de Brasil asunto del Instituto penal Plácido de Sá Carvalho (22 noviembre de 2018)

La presente resolución, tiene como antecedente directo la resolución emitida por la CIDH con fecha 31 de agosto de 2017, en la que se dispone que la republica de Brasil debía de tomar las medidas necesarias para preservar la salud de sus internos; así como erradicar la violencia dentro de los establecimientos penitenciarios del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC); posteriormente, debía de realizarse un informe técnico en el cual se informe las medidas que se han tomado.

El primer tema que se toca es el hacinamiento penitenciario que existe en el IPPSC y en todos los centros penitenciarios del país, es así que se describen la falta de colchones para que los presos puedan pernoctar, falta de calzado, ropa, toallas, la falta de atención médica, tenía como consecuencia que los presidiarios perdieran la vida por las condiciones inhumanas en las que se encontraban.

Cuando los representantes de la CIDH hacen la inspección el IPPSC, se dan con la ingrata sorpresa que no habían acogido las anteriores recomendaciones sobre la infraestructura, pues no se contaba con ambientes adecuados, no existían salidas de emergencia, no existía un lugar separado para ancianos y que para la población carcelaria que es de 3,800 solo cuenta con nueve personas encargadas de la seguridad; sobre el hacinamiento carcelario, indica el Tribunal que el país brasileño, solo tiene 2 jueces en todo rio de janeiro para el tema de beneficios penitenciarios, que son más de cincuenta mil, de esta manera la reducción del hacinamiento resulta imposible pues este es del 200%.

Estas condiciones inhumanas en las que se encuentran los reos, vulneran los artículos 5.2 y 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos; la corte indica que estas penas atentan contra la dignidad de la persona, pues se violan otros bienes jurídicos distintos al de la libertad ambulatoria, que es el único que debería verse afectado tras la comisión de un delito; por lo que considera a estas penas **ilícitas o antijurídicas.**

Además, indica que existen dos pautas que se pueden considerar para la solución del problema, la primera es la liberación de ellos presos, pues un estado democrático no puede tolerar que se ejecuten penas inhumanas; la otra pauta que se puede seguir es abreviando el tiempo de pena.

El tribunal procede a citar las soluciones que han dado otros países; por ejemplo, el país de Colombia a través de sus tribunales indica que no es proporcional que se libere de manera inmediata a los reos a consecuencia del hacinamiento, sin embargo se deben de establecer políticas públicas para que se disminuya el hacinamiento; mientras que Italia ha optado en reducir su población carcelaria, prefiriendo detenciones domiciliarias, evitando la imposición de prisiones preventivas, promoviendo los beneficios penitenciarios.

El tribunal indica que la solución no es la construcción de más establecimientos penitenciarios sino la disminución de la población carcelaria; indica en los fundamentos 120° y 121° que debido a que el hacinamiento penitenciario es de 200% la medida de compensación a emplearse es de dos días de cómputo de pena por cada día de pena ilícita, sin embargo esta medida de compensación no se aplica a los delitos más gravosos, como delitos sexuales, terrorismo y otros; por lo que, ordena el peritaje técnico criminológico.

b) Resoluciones emitidas en Perú.

Las resoluciones, recaídas en los Exp. N°: 01283-2020-PHC/TC; exp. N°: 0489-2006-PHC/TC; exp. N°: 05559-2009-PHC/TC; exp. N°: 0726-2002-HC/TC; exp. N°: 01206-2017-PHC/TC exp. N°: 01897-2020-PHC/TC; exp. N° 2333-2004-HC/TC; exp. N° 00345-2021-0-2602-JRPE-01; exp. N°; 02349-2016-PHC/TC; Exp. N°: 05436-2014-PHC/TC; sin embargo reconocen la existencia de la dignidad del reo, pues al momento en el que se priva la libertad no se puede afectar otros valores como la salud, la dignidad de la persona, la dignidad, etc.; además reconoce la obligación que tiene el estado, como garante, de cuidar la salud de los reos, aunado a ello, se tiene que la constitución reconoce los fines de la pena, esto no se ha cumplido en ninguna de las sentencias que se ha estudiado; la afectación a otros bienes jurídicos se da principalmente por el hacinamiento penitenciario; sin embargo, el Perú hace caso omiso a la resolución de la CIDH, siendo esta vinculante por mandato constitucional; por lo que, no se

han aplicado medidas de compensación frente a las penas ilícitas, tal como se advierte de las resoluciones.

4.2. Contrastación de las hipótesis.

4.2.1 Respecto a la primera hipótesis específica: “La aplicación de las medidas de compensación frente a la vulneración de utilización de medida de reserva de la identidad de testigos en la investigación preparatoria conforme a las cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional, se da siguiendo las pautas, en algunos casos, con el criterio adecuado al emitir el fallo en un auto.”

Está debidamente validado con los resultados del análisis e interpretación de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Corte Suprema de Justicia del Perú y Corte Superior de Justicia de Junín, bajo los siguientes argumentos:

Como punto de partida, se ha de tener presente, con claridad, cuáles son las pautas que se aplican en la lógica de la compensación, para la etapa de investigación preparatoria, en relación a los testigos con identidad en reserva, como ha podido establecer la jurisprudencia, de manera determinante, la primera pauta es la existencia de un motivo justificado para la no contradicción en la actuación del acto de aportación de hecho, este “*acto de aportación de hecho*” es propiamente una fuente de información que se utiliza durante la investigación, siendo el más concurrente los testigos con identidad en reserva (testigos anónimos y colaboradores eficaces); la segunda pauta es si la declaración de este testigo es el fundamento único o determinante para decisión; al estar en la etapa de investigación preliminar, esta decisión está referida principalmente a medidas de coerción; como tercera pauta se ha establecido la existencia de medidas de compensación que equiparen el proceso, ya sea este el conocimiento del testigo e intermediación en su declaración o la oportunidad que se le permita a la Defensa Técnica del imputado poder realizar un interrogatorio al testigo.

Una vez aclarados estos puntos, se tiene que la primera sentencia analizada del Caso Luca Vs. Italia del 06 de febrero 2001, realiza el análisis de la pautas de la lógica de la compensación, sin embargo, lo hace de manera empírica, sin un orden de prelación, y llega a la conclusión que si ha existido una vulneración al principio

de contradicción frente a la vulneración de utilización de medida de reserva de la identidad de testigos, el cual es un criterio adecuado, pues al no existir medidas de compensación, como otorgarle a la defensa la posibilidad de interrogar al testigo, se ha vulnerado el principio en análisis; **por lo que se afirma que se ha seguido las pautas y ha resuelto con un criterio adecuado.**

Por otro lado, tenemos las resoluciones de la corte suprema entre ellas el recurso Casación N° 292-2019/Lambayeque, el cual analiza la lógica de la compensación en una prisión preventiva; siguiendo de manera correcta las pautas que se han establecido, teniendo como punto relevante el hecho que cuando la declaración del aspirante a colaborador eficaz, no es un fundamento único o determinante para la imposición de la prisión preventiva, declaración que no ha sido contradicha, no se vulnera el principio de contradicción, ni el derecho de defensa; **por lo que ha seguido las pautas, sin embargo se ha de destacar que lo ha hecho de manera subjetiva e incorrecta; en consecuencia, se ha resuelto con un criterio inadecuado, en el presente caso.**

Luego tenemos las resoluciones emitidas por los tribunales de apelaciones, tanto de la Sala Penal Nacional y de la Sala Penal Transitoria de Junín; en cuanto al primero de ellos, se cómo primera resolución relevante la resolución N° 03, recaída en el expediente 0046-2017-25201-JR-PE-01, el cual trata de una prisión preventiva que se ha fundamentado principalmente en la declaración de colaboradores eficaces; la sala **no aplica la pautas de la lógica de la compensación**, y resuelve infundada la solicitud de interrogar a los testigos con identidad en reserva, por lo que, el criterio utilizado para el fallo resulta inadecuado, vulnerándose el principio de contradicción; como segunda resolución relevante, se tiene el auto de Apelación, resolución N° 05; recaído en el expediente N° 4-2018-7, **el juzgador en el presente caso ha utilizado las pautas de la lógica de la compensación, sin embargo, ha resuelto con un criterio inadecuado**, esto debido a que tiene como principal fundamento para fallar a favor del Ministerio Público, el hecho que el testigo con identidad en reserva aún no tiene un acuerdo provisional con el ministerio público, sin embargo esta declaración ha sido elemento de convicción determinante para fundamentar una prisión preventiva.

Por otro lado resolución N° 05 recaída en el expediente N° 000032017-21-5002-JR-PE-02; no aplica las pautas establecidas por la jurisprudencia convencional, sin embargo resuelve con un criterio adecuado, al permitir a la defensa participar en la declaración del colaborador eficaz; ahora bien, en la Corte Superior de Justicia de Junín en la resolución N° 14 de fecha 13 de octubre de 2021, recaído en el expediente 0048-2021-39-1501-JR-PE-01, no aplica la teoría de la lógica de la compensación, sin embargo acude a otra teoría de valoración de los elementos de convicción para fundamentar su fallo; **por lo que en el presente caso no se han cumplido o seguido las pautas establecidas por la jurisprudencia convencional, sin embargo ha resuelto con un criterio adecuado.**

Por tanto, la hipótesis antes mencionada, se encuentra validada y reafirmada bajo los argumentos vertidos en los párrafos anteriores del presente acápite, es decir que, tras el análisis jurisprudencial, la aplicación de la compensación frente a la vulneración de utilización de medida de reserva de la identidad de testigos en la investigación preparatoria conforme a las cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional, **se da siguiendo las pautas de la lógica de la compensación, en algunos casos, con el criterio adecuado al emitir el fallo en un auto.**

4.2.2. Respecto a la segunda hipótesis específica: “La perspectiva de la compensación en la vulneración del principio de contradicción de la prueba en el juicio oral nivel de cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional en el proceso penal, es que se sigue las pautas, en la mayoría de los casos con el criterio adecuado, al emitir el fallo en las sentencias, a diferencia del Perú”

Hipótesis debidamente validada con los resultados del análisis e interpretación de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Corte Suprema de Justicia del Perú, bajo los siguientes argumentos:

Liminalmente, se ha de tener presente que la lógica de la compensación, se aplica cuando, durante el plenario las alguna de las partes procesales adversariales, no tiene la posibilidad de contradecir las pruebas que se presentan, pudiendo ser testigos con identidad en reserva, sean colaboradores eficaces, testigos anónimos, también se aplica a testigos ausentes, testigos de referencia y otros; ahora bien,

respecto a las pautas, estas son idénticas a las que se han explicado en el apartado 4.2.1 de la presente investigación.

Los casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con los que contamos, para el análisis de esta hipótesis son: Caso Schatschaschwili Vs. Alemania - Solicitud N.º 9154/10, Caso Balta y

Demir Vs Turquía, Caso Makeyec Vs. Rusia, Caso PS vs Alemania Caso Al-Khawaja Y Tahery Vs. El Reino Unido; esta última resolución es la que marca un hito a nivel jurisprudencial, enmarcando las pautas que se ha de seguir para la no vulneración del principio de contradicción de la prueba, mismo que se encuentra como un derecho fundamental en las convenciones de derechos humanos; por lo que a nivel del TEDH, **sí se han aplicado las pautas de la lógica de la compensación y se ha resuelto con el criterio adecuado.**

En el caso de las resoluciones emitidas por la jurisdicción de España, se tiene la sentencia 852/2016 - Tribunal Supremo de España; Sentencia 13/2018 – Tercera Sala Penal de Apelaciones; Sentencia

715/2018 - Tribunal Supremo de España, Segunda Sala de lo Penal;

Sentencia 28/2019; Sentencia 290/2021 Tribunal Supremo, Segunda Sala

Penal; Sentencia 296/2019 - Tribunal Supremo, Segunda Sala Penal;

Sentencia 387/2020 - Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia;

Sentencia 59/2019 Sala Penal de Santa Cruz de Tenerife, Sección Segunda; resoluciones en las que se han aplicado las pautas de la lógica de la compensación, en consecuencia se ha resuelto con el criterio adecuado; determinándose que cuando no se han aplicado medidas de compensación suficientes, frente a los medios probatorios que no han podido ser contradichos y además que han sido determinantes para fundar una sentencia condenatoria; se vulnera el derecho de defensa que en el caso de Europa se consagra en el artículo 6.3 de Convención Europea de Derechos Humanos.

Mención especial requiere la sentencia 18/2021 - Juzgado de Instrucción N.º 21 de Barcelona; en el que se ha resuelto de manera contraria, pues si bien es cierto sigue las pautas que se han establecido convencionalmente, lo hace de manera inadecuada, pues aplica medidas de compensación aparentes, basadas en

subjetividades como las máximas de la experiencia, haciendo un análisis falto de motivación, por lo que, como cualquier consistencia lógica, si se parte de premisas erróneas, la conclusión será errónea; es decir, que en este caso en particular, **el tribunal ha seguido las pautas de la lógica de la compensación, sin embargo, ha resuelto con un criterio inadecuado.**

Por su parte la Corte Suprema de Justicia de la República, al emitir el recurso Nulidad N° 420-2018/Cajamarca, utilizo por primera vez la teoría de la lógica de la compensación en el Perú; por lo que el juzgado procedió a aplicar las pautas establecidas en la jurisprudencia convencional, sin embargo, lo hace de manera inadecuada, pues en cuanto al motivo justificado para no contradicción, solamente se limitó al lugar geográfico en donde sucedieron los hechos; sobre si la prueba no contradicha era única o determinante, se llegó a la conclusión que la declaración de la menor agraviada (misma que era ilícita), no había sido fundamento único para fundar la sentencia condenatoria, argumento que es erróneo, pues si bien es cierto, no fue el único, fue determinante, finalmente no se aplicaron medidas de compensación; en consecuencia, en el presente caso, **se aplicó las pautas de lógica de la compensación, empero se resolvió con un criterio inadecuado**

Por otro lado, el Recurso de Nulidad 1556-2017/Puno, analiza las pautas de la lógica de la compensación, sin embargo, en su análisis la corte no hace un estudio de cada pauta de manera individual, no se analiza las razones por las cuales la declaración del testigo ausente no fue la prueba determinante, sin embargo, **después de analizar la aplicación de la lógica de la compensación, de manera propia, se determina que el criterio fue adecuado.**

Por tanto, la hipótesis antes mencionada, se encuentra validada y reafirmada bajo los argumentos vertidos en los párrafos anteriores del presente acápite, es decir, la perspectiva de la compensación en la vulneración del principio de contradicción de la prueba en el juicio oral nivel de cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional en el proceso penal, **es que se sigue las pautas, en la mayoría de los casos con el criterio adecuado, al emitir el fallo en las sentencias, a diferencia del Perú,** pues el TEDH, aplica las pautas y resuelve con el criterio adecuado, lo mismo sucede con los tribunales españoles, teniendo una sola

sentencia que contravino la hipótesis, por otro lado en el Perú la Corte Suprema, aplica las pautas, sin embargo, resuelve con un criterio inadecuado, a diferencia de la jurisprudencia convencional e internacional que aplica las pautas y resuelve con un criterio adecuado.

4.2.3. Respecto a la tercera Hipótesis específica: La aplicación de la compensación tras la vulneración de un derecho fundamental en la ejecución de la pena conforme a corte de derechos humanos y jurisprudencia nacional, no se aplica.

Hipótesis debidamente validada con los resultados del análisis e interpretación de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Corte Suprema de Justicia del Perú, bajo los siguientes argumentos:

Si bien es cierto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado -tras el análisis jurisprudencial- que la medida de compensación adecuada frente a penas ilícitas, causadas por el hacinamiento penitenciario y vulneraciones a la integridad personal del reo, es la reducción del cómputo de pena, esto, para poder des hacinamiento de los establecimientos penitenciarios, pues es la principal causa de las vulneraciones de derechos fundamentales distintos a la libertad que sufren los presidiarios; se ha podido apreciar del análisis de diez resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional del Perú y una resolución de la Sala Superior Mixta de Tumbes, que cuando una persona que esta privada de su libertad, interpone un habeas corpus correctivo (mecanismo idóneo para este tipo de vulneraciones); se declara infundado cuando está relacionado con las afectaciones que produce el hacinamiento penitenciario.

Por tanto, la hipótesis antes mencionada, se encuentra validada y reafirmada bajo los argumentos vertidos en los párrafos anteriores del presente acápite **en el Perú no se aplica** la lógica de la compensación tras la vulneración de un derecho fundamental distinto a la libertad en la ejecución de la pena.

4.3. Discusión de Resultados

Preliminarmente se ha de tener en cuenta los antecedentes que han sido utilizados en la presente investigación, como primera tesis se tiene a Meléndez (2020), quien ha indicado en su trabajo de investigación “*Consecuencia jurídica*

aplicable en la justicia penal peruana a la violación del derecho a ser juzgado en el plazo razonable”; que la lógica de la compensación es un mecanismo dinámico para asegurar la igualdad en el proceso penal, afirmación conceptual que es correcta, para poder definir a la teoría de la lógica de la compensación establecida jurisprudencialmente; en cuanto a la diferencia entre la investigación citada y la presente, radica en la aplicación de esta teoría, radica en la etapa procesal en la que se ha analizado; pues la investigación citada, analiza la aplicación teoría de la lógica de la compensación en la etapa intermedia, mientras que en el presente trabajo, se analiza en etapa de investigación, juicio oral y etapa de ejecución de la pena; el trabajo con el cual se realiza la discusión, indica que ante la vulneración al plazo razonable que asiste al imputado en el proceso penal, cuando el fiscal incumple el plazo legal establecido en el código procesal penal, y no cumple con realizar un requerimiento acusatorio o de sobreseimiento, se debe de tener como consecuencia legal la declaratoria de insubsistencia de la acción penal por parte del juez, tras la interposición de un control de plazo de la parte imputada; lo que quiere decir, que el ministerio público ya no podrá ejercer la acción penal, ya no podrá acusar debido a que se venció el plazo legal ; sin embargo, ya existe pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, en el que se indica que la negligencia de parte del ministerio público, responde principalmente a la carga procesal y que esto amerita una sanción administrativa en contra del fiscal a cargo, pues al hacer la ponderación correspondiente, por una omisión del órgano persecutor no puede acarrear la impunidad, de lo contrario existiría un abuso del derecho y haría más propenso a los fiscales y personal de ser afectado por la corrupción.

Otro antecedente que ha tocado el tema de lo lógica de la compensación es Huamán (2021) en su investigación titulada “*Vulneración del principio de igualdad de armas en la improcedencia de terminación anticipada en acusación directa*”; quien indica, que la lógica de la compensación busca enervar las desigualdades en el proceso, así como encumbra el principio de principio de igualdad de armas que asiste a los sujetos procesales; lo cual es de recibo por estos investigadores; la diferencia que existe entre el trabajo citado y el presente, radica en la etapa procesal en la que se pretende aplicar la lógica de la compensación; debido a que el investigador aplica de manera teórica las medidas de compensación en la etapa

intermedia, tras una acusación directa, es decir que, el representante del ministerio público, se salta la etapa de investigación preparatoria formalizada, debido a que ha cumplido con satisfacer los requisitos de procedibilidad conjuntamente con el grado de sospecha para una acusación, tras la investigación preliminar, el ministerio público acusa de manera directa; el cuestionamiento que realiza el investigador es que se vulnera el principio de igualdad de armas, por cuanto, tras la acusación directa, no se permite al imputado acceder a una terminación anticipada del proceso pues por mandato legal, este acto procesal se puede realizar durante la investigación formalizada, sin embargo, al no existir esa etapa debido a la acusación directa, se limita al imputado de ejercer su derecho; mientras que por otro lado al agraviado que pretende constituirse en actor civil, se le permite ejercer este derecho en el plazo de las observaciones a la acusación; lo que resulta atentatorio al principio de igualdad de armas, afirmación con la que se concuerda.

Como antecedente internacional se tiene la investigación de Gutiérrez (2020) “*Los testigos protegidos como estrategia de lucha contra la corrupción*”; con la cual, no puede existir discusión detallada, pues si bien es cierto, ha desarrollado el tema de la colaboración eficaz, las conclusiones arribadas, resultan genéricas; no habiendo sistematizados -mínimamente- los componentes para la validez de la declaración del colaborador eficaz, como prueba o la vulneración al derecho de contradicción de la prueba.

4.3.1. La aplicación de la compensación frente a la vulneración de utilización de medida de reserva de la identidad de testigos en la investigación preparatoria a nivel de cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional.

En primer término, se ha de tener presente, lo descrito por Moreno (2019), en su artículo titulado “*Los elementos de convicción graves y fundados en la medida de prisión preventiva. comunicaciones telefónicas y testigos protegidos*”; quien indica que, en cuanto, a los testigos con identidad en reserva, existe la posibilidad de ser interrogados por parte de la defensa técnica del imputado, ya sean colaboradores eficaces o testigos protegidos; además que estos testigos no podrán fundamentar una condena, ni tampoco una medida de coerción, como es la prisión preventiva; al respecto existe un acuerdo con la posición argumentada, pues por

ejemplo, para fundamentar una prisión preventiva, se ha de tener presente en primer lugar los graves y fundados elementos de convicción que conlleven a una sospecha grave; es ahí que se tiene que aplicar la teoría de la lógica de la compensación, pues los testimonios que no han tenido la posibilidad de ser contradichos, no pueden ser llamados “fiables” y si bien es cierto, la actuación de la prueba con la contradicción que merecen, se realiza en el plenario, sin embargo la prisión preventiva, conlleva a la privación de la libertad del imputado, y si tiene como base a elementos de convicción que no revisten la categoría de fiables, además que existe la posibilidad de los ánimos espurios que tiene el testigo con identidad en reserva, pues con su testimonio busca obtener un beneficio premial a su favor; por lo que, se sigue la idea del profesor Moreno, en cuanto, a la posibilidad de poder interrogar a un testigo con identidad en reserva en fase de investigación preparatoria.

Ante ello se tiene como una de las bases para la presente discusión, a la sentencia emitida en el caso Luca Vs. Italia del 06 de febrero de 2001, que tiene como base para la imputación la declaración de del señor “C” quien era una persona “*persona che può riferire circostanze utili ai fini delle indagini*” quien era un informante o colaborador eficaz; esta persona declara a nivel de investigación, sin embargo, después decide guardar silencio; entonces, la visión que tiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es que cuando una prueba no es contradicha en juicio oral, para que tenga un mínimo de validez, debería de ser contradicha en etapa de investigación, ello conllevaría a que se respete, propiamente el principio de contradicción, cuya directriz se enmarca en todo el proceso penal; pues el ordenamiento legal extranjero como el propio en el literal c)¹ del numeral 1) del artículo 383° del Código Procesal Penal; indica que se podrá dar lectura de declaración, realizada a nivel de investigación, de un testigo que no va a declarar a juicio oral; en ese entendido, no es posible que se aplique como prueba de cargo, la declaración de un testigo, en el cual la defensa no ha tenido la posibilidad de

¹ **Artículo 383.- Lectura de la prueba documental** 1. Sólo podrán ser incorporados al juicio para su lectura: (...) c) Los informes o dictámenes periciales, así como las actas de examen y debate pericial actuadas con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes. También se darán lectura a los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe;

participar; si bien es cierto, en la sentencia aludida, aun no se concretizaba la teoría de la lógica de la compensación, fue resolución que sentó las bases del respeto al principio de contradicción, haciendo alusión a la obligatoriedad que el elemento probatorio puede ser contradicho durante su reclamación.

En nuestro país, se recoge esta teoría de la lógica de compensación en relación a la contradicción de los testigos con identidad en reserva, se dio con la casación N° 292-2019/Lambayeque; en el que se discute la posibilidad de interrogar al colaborador eficaz que habría dado pie a la fundabilidad de una prisión preventiva; la Corte Suprema de manera sesgada niega esta posibilidad, teniendo como base el artículo 158.2 del Código Procesal Penal¹ el cual indica que se puede ordenar una prisión preventiva con el testimonio de arrepentidos y colaboradores cuando existan elementos de corroboración, pues el Decreto Supremo N.º 007-2017-JUS, hace referencia que cuando a la facultad que tiene el ministerio público para poder trasladar el extracto que vea por conveniente de la declaración del colaborador eficaz hacia la carpeta conexas, así como, los elementos de corroboración; siendo el ministerio público el señor del proceso de colaboración eficaz hasta que solicita la aprobación de acuerdos al juez; sin embargo la lógica de la compensación, no hace referencia de manera principal a las facultades que tiene el ministerio público, pues en la situación que nos plantea el Decreto Supremo, el fiscal puede transcribir lo que le conviene a la investigación, mas no los puntos débiles de la declaración, lo que resulta atentarle al principio de contradicción, pues dentro del testimonio, una persona se puede contradecir; con una motivación adecuada, el tribunal indica que el abogado del imputado puede solicitar interrogar al colaborador eficaz, así como solicitar el acta completa de la declaración; pues este elemento de convicción es sospechoso, dejando abierta la posibilidad para poder solicitar la contradicción del testimonio del testigo con identidad en reserva, sin embargo, no establece la forma en que se realizara.

¹ Artículo 158.- Valoración 2. En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria.

Por su parte la Sala Penal de Apelaciones Nacional, niega esta posibilidad, al indicarse que la regla del artículo 158° del CPP; así como indicar que únicamente se puede dar oportunidad a la declaración del colaborador eficaz en juicio oral, con las condiciones que se explican en su reglamento, la negativa de esta posibilidad se da en dos interpretaciones en relación al Acuerdo Plenario 02-2017-SPN, que en su fundamento 15° indica que “i) pueden ser E producidos eh el proceso especial; por otro, i) pueden ser producidos fuera del proceso especial. Asumir cualquiera de las dos interpretaciones tiene directas implicancias operativas.”; es decir que la corroboración tendría que realizarse dentro del proceso de colaboración eficaz, pues es una corroboración interna; sin embargo, al asumir esta posición, se desconoce del todo la lógica de la compensación y el criterio asumido por la corte suprema, pues el hecho que se utilice la declaración del colaborador eficaz para fundamentar una prisión preventiva tiene como prueba determinante a la declaración sospechosa, a pesar que sea corroborada por elementos internos, sigue siendo sospechosa, siendo una medida de compensación adecuada que la defensa pueda interrogar al colaborador, cuya declaración se utiliza en su contra.

Mientras que en la resolución N° 05 recaída en el expediente N° 00003-2017-21-5002-JR-PE-02; se hace arriba a la conclusión que la defensa técnica de la parte imputada, puede solicitar que se tome la declaración del colaborador eficaz, en el proceso principal, así se realizó en ese caso, pues el señor Barata había declarado en el procedimiento de colaboración eficaz, por lo que, debido a la publicidad de su declaración, la defensa a tenor de los establecido en el artículo 337° del CPP solicito que en el proceso principal, se le tome la declaración al aspirante a colaborador eficaz, el juzgado acertadamente accedió a este pedido; el criterio con el que se ha resuelto resulta adecuado, sin embargo, conllevaría que, para la solicitud de la declaración de quien es aspirante a colaborador eficaz, la defensa técnica del imputado, tendría que averiguar, saber el nombre del colaborado, lo que resulta atentatorio, contra la integridad física del colaborador y conllevaría a actos de corrupción y delitos de los funcionarios públicos para poder dar a conocer la identidad del colaborar eficaz, por lo que, si bien es cierto, se salvaguarda el principio de contradicción, se pone en peligro al colaborador, descartando la posibilidad de solicitar la declaración del testigo por su nombre,

limitando esta posibilidad a que se tome la declaración del colaborador o testigo anónimo por el código asignado.

Sobre la corroboración del testigo sospechoso, el Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Junín, y su utilización para una prisión preventiva, tiene como punto de valoración, al corroboración extrínseca reforzada, estos es que los elementos de convicción con los que se funde la sospecha grave, han de ser obtenidos fuera del procedimiento especial de colaboración eficaz pues de lo contrario el elemento probatorio no tendría la condición de grave y fundado; es decir que por ejemplo el colaborador X indica que estuvo en un restaurante en donde A le dio a B (funcionario público) dinero para que resuelva un caso a su favor, si se aplica la corroboración intrínseca únicamente, en el procedimiento de colaboración eficaz, el testigo X puede presentar un Boucher del restaurante, en donde se consumieron tres platos, probando únicamente que en ese restaurante fueron tres personas incluido el testigo X; mientras que con la corroboración extrínseca reforzada se tendría que comprobar para empezar la existencia del dinero como mínimo y la presencia de las otras dos personas; es por ello que, para poder validar el elemento probatorio en etapa de investigación, más aún cuando se ha servido de este para la imposición de una prisión preventiva o medida de coerción, se debe de conceder a la defensa una amplia oportunidad para poder interrogar al testigo con identidad en reserva, claramente con las restricciones para salvaguardar su identidad y su integridad física.

4.3.2 La perspectiva de la compensación en la vulneración del principio de contradicción de la prueba en el juicio oral nivel de cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional.

A. Primer requisito (razones por las que no se contradijo la prueba)

La resolución que marca un hito y en la que se toca por primera vez la teoría de la lógica de la compensación como tal es la sentencia de AlKhawaja Y Tahery Vs. El Reino Unido y si bien es cierto el sistema anglosajón es distinto a la tradición romano-germánica que se sigue en nuestro país, resulta de perfecta aplicación esta teoría, en vista a que el propio TEDH ha establecido en las sentencias que se han presentado.

Como primer punto de partida, se tiene que en la lógica de la compensación a nivel de Corte Europea de Derechos Humanos analiza el punto sobre que la prueba que no ha podido ser contradicha en el plenario, tenga un motivo justificado para ello, ante lo cual, se tiene analizar las razones en el caso en concreto, pues como se ha descrito en la presentación de resultados, que la lógica de la compensación puede ser aplicada a cualquier medio de prueba, dentro de ellos se encuentran los testigos con identidad en reserva ya sean testigos protegidos o colaboradores eficaces, testigos ausentes etc. Teniendo como requisito la debida motivación sobre la falta de contradicción; de este primer requisito se desprenden dos subcategorías: a) Que el testigo no haya acudido al plenario; b) que haya declarado a nivel de investigación; se ha de tener presente, que esta ausencia de contradicción sea probada.

Sobre este primer punto, es necesario citar al caso Schatschaschwili Vs. Alemania, en el que se indica, que para que esté debidamente justificado la ausencia de un testigo en juicio oral, el estado debió de agotar todos sus esfuerzos, no bastando la ausencia sin justificación; por lo cual el caso Balta y Demir Vs Turquía indica, que por ejemplo en el caso de testigos con identidad en reserva, no basta con indicar que el testigo corre peligro, por cuanto está declarando en contra de una organización criminal o una organización terrorista, sino que este miedo debe de ser probado, a través de hechos y elementos de convicción objetivos, caso contrario, se estaría incumpliendo con los graves y fundados motivos que dieron pie a decretar la reserva de identidad, estos motivos deben de estar contenidos en una resolución judicial.

En América es con el caso Norim Catriman y Otros Vs. Chile que se aplica por primera vez la teoría de la lógica de la compensación, a nivel convencional, con características propias de nuestro continente en que se considera el análisis del f) del numeral 2) del artículo 8°; además se indica que no basta que el juez a través de una resolución, apruebe la solicitud del ministerio público, sobre declarar la reserva de identidad del testigo, sino que la resolución que lo otorga, debe de tener una especial motivación sobre las razones que dieron pie a tomar la medida, caso contrario el control judicial resulta insuficiente.

Sobre este punto la jurisprudencia internacional (sentencia 13/2018 – Tercera Sala Penal de Apelaciones de Madrid) tras el análisis, llega a la conclusión que en ciertos casos, el anonimato del testigo resulta esencial para el proceso, pues el principio de igualdad también alcanza a peritos y testigos, quienes son pasibles de sufrir posibles represalias por los imputados o quienes actúan en su nombre, este criterio ha sido asumido por el Perú a través del acuerdo Plenario 02-2017-SPN (España); sin embargo, en España se diferencia al testigo anónimo del testigo oculto, mientras el primero, se reserva su identidad para la parte que pone en riesgo la identidad del testigo, teniendo en cuenta que el juez conoce su identidad y su declaración; el testigo oculto es aquel del que solo se conoce el contenido de su declaración y su identidad no es conocida únicamente por el oferente, en este último caso se vulnera de manera flagrante el principio de contradicción, inmediación e igualdad.

B. Segundo requisito (fundamentos de la prueba única o determinante)

Como se ha indicado, cuando la sentencia de Al-Khawaja Y Tahery Vs. El Reino Unido, sienta las bases, también prescribe el segundo requisito de la lógica de la compensación, sobre si la declaración que no habría sido contradicha, habría sido la prueba única para fundamentar la sentencia condenatoria, al respecto es muy importante para esta discusión, que se tenga presente que en la jurisprudencia convencional europea, para que una prueba sea llamada como tal debe ser sometida al contradictorio, es así que, la prueba adquiere calidad de prueba probada, pues esta es la forma de en la que una prueba se vuelve confiable para el juzgador, el punto de discusión más importante sobre este apartado, es si la prueba que no ha sido contradicha, sea la única para enervar la presunción de inocencia o sea determinante; sobre el particular, en este caso, el TEDH indica que la prueba debe de ser concluyente; al respecto el caso Balta y Demir Vs Turquía, indica que cuando la prueba en la que se fundó la condena no es únicamente la declaración del testigo anónimo, no existe una vulneración trascendente al principio de contradicción

Otra situación que nos plantea el TEDH, con el caso PS vs Alemania es que excepcionalmente, la no contradicción de una prueba en el plenario, que tampoco

ha sido contradicha en etapas previas, no vulnera el derecho a contradicción, cuando se le ha dado la oportunidad a la defensa de interrogar al testigo que se ausente y esta no lo ha hecho, además que no ha impugnado a través de los mecanismos legales la declaración que considera vulneratorio.

En América por su parte la CIDH en el caso el caso Norim Catriman y Otros Vs. Chile, deja sentadas las bases y la toma de postura sobre este punto medular de la lógica de la compensación pues se arriba a la conclusión que en el caso en que la prueba sea determinante se aplica esta teoría, pues se vulneraría el principio de contradicción, rebatiendo lo que había indicado el TEDH en el primer caso que sentó las bases de la lógica de la compensación, que solo sería de aplicación en los casos en que la prueba no contradicha sería única, la diferencia entre ambas posturas es de vital importancia debido a que, mientras la prueba única, como su mismo nombre lo indica, es solo una en la que se basa la condena, teniendo un peso probatorio completo para la decisión, sin embargo la prueba determinante conlleva al análisis de a pesar de la existencia de otros elementos probatorios que funden la condena, se analiza en cada caso en concreto cuan determinante fue el aporte probatorio para que se funde la condena, por lo que, si se excluye esa prueba, cambia el resultado del proceso, la prueba es determinante, se ha de aclarar que en un caso, pueden existir diversas pruebas determinantes, cada una con una relación distinta al hecho objeto del proceso; tras haber puesto en discusión ambos puntos de vista, se ha de tener presente que para la lógica de la compensación resulta de mayor aplicabilidad la segunda postura.

C. Tercer requisito (medidas de compensación)

El tercer requisito planteado en Al-Khawaja Y Tahery Vs. El Reino Unido son las medidas de compensación aplicadas, las cuales tienen como fin fundamental que no se vulnere el derecho a contradicción de la prueba, es decir que, de cumplirse los dos primeros requisitos, este debe de ser analizado de manera pormenorizada, al establecerse el cumplimiento positivo, se alega que no ha existido vulneración al principio de contradicción a la prueba; ahora bien, al ser el caso Al-Khawaja Y Tahery Vs. El Reino Unido, el primero que analizo este criterio, indico únicamente que el hecho de darle la oportunidad al imputado de refutar la declaración del testigo no contradicho, con su propio testimonio o pruebas ajenas, pues estas son medidas

de compensación aparentes, pues lo correcto para poder utilizar una prueba que no ha sido contradicha en el plenario, y se quiere utilizar su lectura, esta debió ser contradicha en etapa de investigación, sin embargo no ha indicado el tribunal cuales son las medidas de compensación adecuadas para que no exista una vulneración a la contradicción de la prueba, mientras que en el caso Balta y Demir Vs Turquía, se indica que las medidas de compensación mínimas, son que la defensa técnica del imputado haya tenido la posibilidad de poder conainterrogar en etapas previas al plenario, o que el juez haya podido observar su comportamiento durante el interrogatorio, para poder observar su comportamiento y no quebrantar el principio de inmediación, así como poder observar si la declaración era fiable, esto conociendo su identidad y generar una valoración como prueba anticipada, esto debe de constar en el acta correspondiente. (Estas medidas de compensación se dan en Sentencia 50/2015 - Sala de Apelaciones de Barcelona.)

Sobre este tercer requisito la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Norim Catriman y Otros Vs. Chile; indica que como primera medida de compensación se le tiene que entregar a las partes la declaración del testigo anónimo para que durante el proceso puedan ser contradichas, además, deja sentadas dos medidas de compensación para la aplicación de manera general en el caso de testigos con identidad en reserva; la primera es que la autoridad judicial debe de conocer la identidad del testigo, así mismo, debe de poder apreciar su comportamiento durante su declaración con la finalidad de observar la fiabilidad del testigo, honrando el principio de inmediación; como segunda medida de compensación indica que se le debe de dar a la defensa técnica del imputado una amplia oportunidad para poder interrogar al testigo con identidad en reserva, esto en alguna de las etapas del proceso, sin embargo, ante la posibilidad de que eventualmente el testigo no pueda declarar en el plenario, sea por razones de miedo o por su ausencia u otros factores que con lleven su no contradicción, se recomienda que cada vez que declare el testigo a nivel de investigación, exista la posibilidad que la defensa pueda conainterrogar, esto con la atingencia, que durante el ejercicio del derecho de defensa, no se pregunte al testigo sobre información que pueda revelar su identidad o saber de su paradero, por lo que se pueden utilizar medios tecnológicos; por otro lado, indica, que como medida de compensación a

nivel de valoración de la prueba, la declaración del testigo sospechoso, pues no pueden ser únicos, sino que deben de estar acompañados de otros elementos de convicción que para que sean validas, misma posición ha asumido nuestro legislador en el artículo 158.2 del CPP; por lo que mientras mayor sea la influencia en la decisión de la prueba corroborativa, menor será el grado decisivo que otorgue el testimonio anónimo.

Ahora bien, la vulneración que pretende prevenir la lógica de la compensación a las medidas dispuestas, debe de ser vistas desde un triángulo de valores fundamentales y principios procesales, los cuales son publicidad, igualdad de armas y contradicción tal como lo ha señalado sentencia 852/2016 - Tribunal Supremo de España; estos derechos están reconocidos el numeral 3) del artículo 6° de la Convención Europea de Derechos Humanos y en el literal f) del numeral 2) del artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos

Ahora bien, a manera de prevención de la vulneración al principio de contradicción la Sentencia 18/2021 - Juzgado de Instrucción N.º 21 de Barcelona; da cuatro criterios que se debe de seguir ante una prueba preconstituida, que se dará en etapa de investigación; frente a una declaración que será leída en juicio oral, esto se aplica a todos los testigos que no podrán ser contradichos en juicio:

- a) Imposibilidad material de la reproducción de la prueba en juicio oral;
- b) subjetivos, que se realice ante el juez de la investigación preparatoria;
- c) Que se garantice la contradicción de la defensa del imputado;
- d) Que se permita la contradicción de la lectura del acta de la declaración.

Mientras tanto en el Perú, la lógica de la compensación ha sido analizada por primera vez a través del recurso Nulidad N° 4202018/Cajamarca en el que se desconocen todas las pautas que se habrían dado a través de la jurisprudencia convencional, esto en cuanto a todas las pautas, pues la lejanía del lugar no debería ser impedimento para la realización de un debido proceso, circunstancia que utilizo la Corte Suprema para afirmar que habría un motivo justificado para la no

contradicción, asumiendo que mientras el lugar es más remoto, menos garantista es el proceso penal, sobre la segunda pauta, si bien es cierto no fue la prueba única, fue prueba determinante para tomar la decisión; respecto a la tercera pauta, referido a las medidas de compensación, fue el mayor desacierto que toma el tribunal, pues toma criterios de valoración de máximas de la experiencia en lugar de medidas sólidas y objetivas, para poder valorar la declaración de la menor agraviada, quien únicamente rindió su declaración a nivel policial, sin presencia de la fiscal ni el juez. Por otro lado, mediante recurso de Nulidad 15562017/Puno la Corte Suprema reconoce de manera inferencial que al no ser prueba única o determinante la que no ha podido someterse al contradictorio, no se necesitan medidas de compensación, pues no se ha vulnerado de manera trascendente el principio de contradicción.

4.3.3. La aplicación de la compensación tras la vulneración de un derecho fundamental en la ejecución de la pena conforme a corte de derechos humanos y jurisprudencia nacional.

Para el presente caso, la discusión, se da entre las posiciones que tiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en contraposición con la posición asumida por el Tribunal Constitucional, esto referido a la ejecución de una pena ilícita; se ha de tener en cuenta, de manera puntual, que una pena ilícita se da cuando el estado ejecuta la pena, afecta a bienes jurídicos, del reo, distintos a la libertad, siendo los más frecuentes la integridad personal y la dignidad de la persona, esto a consecuencia del hacinamiento penitenciario; en el Perú, como se ha establecido en las bases teóricas, el hacinamiento los centros penitenciarios, oscilan entre el 79% - 241%.

En el año 2018; la Corte Interamericana de Derechos Humanos emite la resolución denominada "*Medidas provisionales respecto de Brasil asunto del Instituto penal Plácido de Sá Carvalho*" en el que resuelve, que ante los tratos inhumanos, producto del hacinamiento penitenciario, se deben de aplicar las medidas de compensación, por lo cual, tras un análisis pormenorizado y la comparación con otras medidas de compensación, el Tribunal concluye que la compensación más idónea es la reducción del cómputo de la pena, de acuerdo al nivel de violaciones de bienes jurídicos, resultando que al ser el hacinamiento

penitenciario del 200% en el IPPSC se debía de computar dos días de pena, por cada día de pena ilícita, es decir 2×1 .

En el Perú, se han elegido al azar, diez resoluciones del Tribunal Constitucional, las mismas que consistían en habeas corpus correctivo, los cuales se aplican cuando a un reo se le vulnera bienes jurídicos distintos a la libertad, cuando se encuentra recluso en un establecimiento penitenciario; de las diez resoluciones, se establece que a causa del hacinamiento penitenciario se vulnera la integridad física del reo así como su dignidad; sin embargo, desconoce las medidas de compensación a aplicarse, por lo que, el Perú no se encuentra de acuerdo a lo establecido convencionalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4.4. Propuesta de mejora

En la problemática se ha determinado que existen circunstancias dentro del proceso que dejan en una posición de vulnerabilidad a la parte contraria, pudiéndose identificar en la presente investigación tres supuestos, el primero la vulneración al principio de contradicción, referido a la utilización de la medida de reserva de identidad de testigos, en etapa de investigación; el segundo referido a la vulneración del principio de contradicción en juicio oral y el tercero referido a la vulneración de un bien jurídico distinto a la libertad, en etapa de ejecución de la pena.

Ante ello nace la teoría de la lógica de la compensación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual, a través de sus pautas reconoce cuando de manera trascendental ha existido la vulneración al principio de contradicción y las medidas de compensación necesarias para que se pueda evitar ello; esas teorías han sido analizadas en la jurisprudencia internacional, siendo reforzada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sin embargo, en nuestro país, el reconocimiento jurisprudencial de esta teoría ha sido limitado, siendo lo más preocupante que el análisis e interpretación de cada pauta se ha dado de manera errónea y hasta contradictoria con lo que se ha establecido en la jurisprudencia convencional e internacional.

Nuestro ordenamiento jurídico debió adoptar la teoría de la lógica de la compensación, en los términos planteados por la jurisprudencia convencional, a

través de lo establecido en la cuarta disposición final transitoria de nuestra constitución; sin embargo, como se ha establecido en la presente investigación, en el Perú no se aplica la teoría de la lógica de la compensación.

En ese entendido se tendría que aplicar lo establecido en el artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual establece la realización de plenos jurisdiccionales nacionales; para así, poder establecer el reconocimiento de la lógica de la compensación a lo largo del proceso penal y a su vez acoger con un criterio unisonó las pautas establecidas convencionalmente; dicho pleno jurisdiccional deberá de tratar los siguientes temas:

- A. Que es la Lógica de la Compensación y su aplicación en el proceso penal.
- B. La lógica de la la compensación frente a la vulneración de utilización de la medida de reserva de la identidad de testigos en la investigación preparatoria.
- C. La lógica de la compensación en la vulneración del principio de contradicción de la prueba en el juicio oral.
- D. La lógica de la compensación tras la vulneración de un derecho fundamental en la ejecución de la pena.

CONCLUSIONES

1. Se analizó la perspectiva de la lógica de la compensación a nivel de corte de derechos humanos, determinándose que su aplicación tiene como principal finalidad proteger el principio de igualdad de armas e integridad personal, que forma parte de la gama de principios procesales del sistema continental que sigue nuestro ordenamiento proceso penal, esta protección y prevención se da a través de pautas para cada situación en concreto, de acuerdo a la etapa procesal en la que se encuentra ; así mismo, en el Perú, en la jurisprudencia recolectada, que se analizó, se llegó a determinar que la teoría de la lógica de la compensación, se aplica de manera errónea, debido a una falta de interpretación de las pautas establecidas de manera convencional.
2. Se logró describir cómo es la aplicación de la lógica de la compensación frente a la vulneración de utilización de la medida de reserva de la identidad de testigos, en la investigación preparatoria, llegándose a determinar que para la prevención de una futura vulneración al principio de contradicción probatoria y protección al principio de contradicción del proceso penal la jurisprudencia convencional e internacional ha establecido tres pautas; que se aplicaran en cada caso en concreto: las cuales son: a) el motivo justificado para la no contradicción en la actuación del acto de aportación de hechos; b) si la declaración en cuestión sería el fundamento único o determinante para la decisión; c) la existencia de elementos de compensación, principalmente sólidas garantías procesales suficientes para contrarrestar las dificultades causadas a la defensa y asegurar la

equidad del procedimiento, teniendo como medidas de compensación, la utilización de pliegos interrogatorios, así como la solicitud de prueba anticipada, la toma de declaración de los testigos con identidad en reserva, esto, con la finalidad de que se respete el principio de contradicción; sin embargo, en nuestro país, a pesar de ser conocida la teoría de la lógica de la compensación, en la Corte Suprema de Justicia de la República y la Sala Penal Nacional Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, no es aplicada de manera correcta; así mismo, en otros distritos judiciales como en Junín, simplemente no se aplica

3. Se logro explicar, la perspectiva de la lógica de la compensación en la jurisprudencia convencional e internacional, aplicada a la etapa del juicio oral, en el proceso penal, arribando a la aplicación de tres pautas, para poder concluir en cada caso en concreto si efectivamente ha existido o no una vulneración trascendental al principio de contradicción de la prueba, frente a las pruebas no contradichas; estos criterios son los mismos, que los descritos en el párrafo anterior; con la atingencia que se establecieron como medidas de compensación, la cognoscibilidad del juez sobre la identidad del testigo y que pueda observar su comportamiento mientras rinde su declaración -ello en relación al principio de inmediación de la prueba - y la oportunidad que la defensa pueda interrogar o contradecir la prueba previo al plenario; mientras que en el Perú, la lógica de compensación a nivel de juicio oral, se ha aplicado de manera contraria a lo establecido por la jurisprudencia convencional.
4. Se describió la aplicación de la compensación tras la vulneración de un derecho fundamental en la ejecución de la pena conforme la corte de derechos humanos y jurisprudencia nacional; afirmando que los reos que sufren violaciones de sus bienes jurídicos distintos a la libertad, por esta razón su pena se convierte en ilícita, ocasionada principalmente por el hacinamiento penitenciario; por lo que, tras el análisis jurisprudencial se concluye que la medida de compensación adecuada es la reducción del cómputo de plazo de la pena privativa de libertad, siendo lo proporcional el computo de dos días por uno de pena ilícita.

RECOMENDACIONES

1. Que, los jueces al momento de dirigir la investigación preparatoria, deben garantizar los principios de igualdad de armas de los sujetos procesales e integridad personal del reo, a través de la aplicación de la lógica de la compensación con los criterios expuestos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Suprema del Perú.
2. Los jueces de juzgamiento al dirigir el plenario, deben garantizar la igualdad de armas entre las partes procesales, allanando todos los obstáculos presentes, sobre todo en cuanto a la contradicción de la prueba, aplicando las pautas establecidas por Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia.
3. Los jueces de investigación preparatoria como los de juzgamiento al allanar los obstáculos que se presenten en cada caso en concreto, a criterio de cada despacho, se dinamice el proceso, estableciendo medidas de compensación acorde al derecho vulnerado de cada parte procesal, siguiendo la teoría de la lógica de la compensación establecida por las Cortes de Derechos Humanos.
4. La Corte Suprema, a través de un acuerdo plenario debe establecer criterios estándares para la aplicación de la lógica de la compensación y las medidas de compensación con base en la legislación interna, teniendo como consigna los supuestos de hecho que mayormente se suscitan dentro de un proceso penal en cada etapa correspondiente, instruyendo a los jueces de investigación preparatoria y de juzgamiento el deber ser de esta figura jurídica.

5. Se recomienda la presente propuesta de acuerdo plenario, a tenerse en cuenta por la Salas Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, a tenor de lo establecido en el artículo 116° de la LOPJ, a fin de determinar las pautas de la lógica de la compensación en el proceso penal.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
XII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS
PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL**

ACUERDO PLENARIO N° 01-2022/CIJ-116

Base Legal: **Artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial**
Asunto: **La lógica de la Compensación en el Proceso Penal**

Lima, 23 de abril de dos mil veintitrés

Los jueces supremos de lo penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 179-2023-P-PJ, de 09 de enero de 2023, , acordaron realizar el XII Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, que incluyó la participación en los temas objeto de análisis de la comunidad jurídica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° , del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante LOPJ—, y dictar acuerdos plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
2. El XII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas: La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica para proponer los puntos materia de análisis que necesitan de una interpretación uniforme y de la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: el examen de las propuestas temáticas que presentaron las entidades y los juristas se realizó entre los días 16 de enero y 23 de enero de 2023.
3. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el día 06 de febrero de 2023. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces supremos. Hicieron uso de la palabra sobre el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario.



4. La tercera etapa del X Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de designación de los jueces supremos ponentes. En la sesión de fecha cinco de octubre se designó al señor San Martín Castro (coordinadora) para la formulación de la ponencia referida a «La lógica de la Compensación en el Proceso Penal». En atención a la amplitud de la temática examinada, solo fueron objeto de examen tres subtemas:

- A. ¿Que es la Lógica de la Compensación y su aplicación en el proceso penal?
- B. La lógica de la la compensación frente a la vulneración de utilización de la medida de reserva de la identidad de testigos en la investigación preparatoria.
- C. La lógica de la compensación en la vulneración del principio de contradicción de la prueba en el juicio oral.
- D. La lógica de la compensación tras la vulneración de un derecho fundamental en la ejecución de la pena.
- E. Criterios y límites de la aplicación de la lógica de la compensación en el proceso penal peruano.

5. El presente Acuerdo Plenario se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las salas especializadas del Poder judicial —en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República— a pronunciar resoluciones vinculantes, con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales. Intervienen como ponente el señor San Martín Castro.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1 El sistema penal en el Perú.

1. En primer lugar, tenemos que entender que nuestro sistema penal está compuesto por varias ramas, siendo multidisciplinaria, de esta manera Jescheck citado por Roxin (2000) indica que: “En esta misma perspectiva se hace mención a la “ciencia global del derecho penal”, que incluye no solo el derecho penal material -ciencia base de todo este campo jurídico— sino también el derecho procesal penal, el derecho de ejecución penal -cuya parte más relevante, aunque distinta, es el derecho penitenciario [Jescheck]- y el derecho penal juvenil, como ciencias normativas -que se ocupan de reglas jurídicas y su aplicación—, así como la criminología, como ciencia de la realidad -sector científico interdisciplinario [Jescheck]-, que representa el lado empírico de todas las disciplinas jurídicas antes citadas”

2. En consecuencia, corresponde afirmar que el sistema penal peruano está compuesto por distintas ramas, como primer pilar tenemos al derecho penal sustantivo, que en el Perú tiene como principal fuente el Código Penal de 1991, que en su contenido se divide en



dos grandes grupos, el primero recoge la parte general de derecho penal y el segundo la parte especial, en donde se describen todos los tipos penales. Como segundo pilar se encuentra, como parte adjetiva, al derecho procesal penal, en el cual se regula como se aplica el derecho penal y todos los procedimientos establecidos. En tercer lugar, está el derecho penitenciario, el cual regula la ejecución de una sentencia; estas tres ramas son las más importantes para la presente investigación, que en cada una de ellas permite establecer a la lógica de la compensación como parte solucionadora de los problemas existentes en el sistema penal.

2.2 El modelo Procesal Penal en el Perú.

3. El proceso penal es una rama del sistema penal en general, de carácter público y tiene como finalidad poner en marcha o dar eficacia al derecho penal, ya que el proceso penal tiene como principal cuerpo normativo el Código Procesal Penal de 2004; siendo el proceso penal un sistema cuasi perfecto para llevar a cabo toda la investigación y juzgamiento de una persona que se le presume ha cometido un delito estableciendo cuestiones como las etapas del proceso, la jurisdicción, los recursos impugnatorios y demás.

4. Peña Cabrera indica: “¿Qué significa entonces un modelo adversarial del proceso penal? En un proceso penal se confrontan dos partes o sujetos procesales: el Fiscal y el imputado, quienes a partir de las facultades probatorias que el CPP del 2004 les confiere, dirigen todos sus argumentos de defensa para que la resolución judicial acoja sus pretensiones. El proceso es visto como una contienda entre partes, en igualdad de condiciones, con un tercero, el juez, en funciones de árbitro (*supra partes*), aunque sin adoptar un rol protagónico. El juez en este caso se sitúa como un tercero imparcial, no interviene en la dinámica de la prueba, es decir, no interactúa en el proceso de investigación, solo interviene como garante de la legalidad y como encargado de imponer las medidas de coerción o medidas limitativas de derecho que sean necesarios para asegurar los fines del procedimiento.”

5. Al respecto Neyra Flores (2015) quien indica que: “Existió confusión en la interpretación del Código Procesal Penal como un sistema acusatorio adversarial cuando se trata en realidad un sistema acusatorio contradictorio, debido a que las fuentes de nuestro modelo no son anglosajones sino principalmente Europeo Continental: España, Italia, Alemania, Francia y Portugal, más de Sudamérica: Chile, Colombia y Costa Rica. Así, en un sistema acusatorio adversarial cada parte investiga por su cuenta, a diferencia del nuestro que contamos con un director de la investigación que es oficial, el Ministerio Público, a través del cual objetivamente se deben atender las solicitudes de elementos de convicción del denunciante o con mayor representación del actor civil, del investigado o imputado, siempre que estos sean conducentes, pertinentes y útiles a un proceso que busca



garantías, el respeto de los derechos de los imputados, pero también la eficiencia, para que de esta forma, exista una respuesta a la víctima, a las partes y a la sociedad” (p. 8).

6. Por lo que se debe de tener muy en claro que en el modelo procesal peruano es de orden acusatorio contradictorio, esto debido a que, el único dueño de la investigación es el fiscal representante del Ministerio Público, que tras formarse convicción y al concluir la investigación preparatoria, decide si acusara o sobreseerá el caso; siendo el único quien legítimamente ejerce la acción penal; ahora es contradictorio porque si bien es cierto en nuestro modelo penal no existe una investigación paralela por parte de la defensa técnica del procesado, este tiene muchos derechos dentro incluso de la investigación, haciéndolo valer a través de pedidos al fiscal, y si este último se los negara de manera infundada procederá al Juez de Garantías o Juez de Investigación Preparatoria para que este emita pronunciamiento al respecto.

7. En consecuencia, se ha de tener en claro que este sistema procesal penal tiene la característica de ser acusatorio contradictorio o como otros lo denominan eurocontinental, puesto que es un sistema mixto, a diferencia de antes de la entrada del código procesal penal de 2004 que era un sistema inquisitivo; en nuevo modelo procesal penal es garantista ya que tiene como personaje principal al imputado sobre el que recaerá la acción penal para una ulterior condena. Es así que el sistema procesal penal del Perú es necesario la existencia de un fiscal, quien es el dueño de la investigación en ayuda de la Policía Nacional del Perú, también se tiene un juez de investigación preparatoria quien será el encargado de velar por la legalidad y el respeto a los principios en el proceso penal para por último llegar hasta el juez de juzgamiento, en donde se actuará todas las pruebas de cargo y de descargo recopiladas durante la investigación.

2.3 El principio de igualdad.

8. Una interpretación Convencional del principio de igualdad, es dado por Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A N°4; en donde indica en el fundamento 55 lo siguiente: “La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”

9. Sobre el principio de Igualdad de Armas, San Martín indica “El principio de igualdad de armas exige una conducta correcta de la administración de justicia punitiva en la



persecución del delito y que inevitablemente genere desventajas para el imputado, a partir de lo cual el proceso incorpora salvaguardas jurídico-procesales a las partes, en especial al imputado, con la finalidad de tener influencia en el desarrollo y los resultados del proceso [Guerrero] . Por consiguiente, a las partes de un proceso se ha de conceder los mismos derechos, posibilidades, obligaciones y cargas, de modo tal que no quepan privilegios ni a favor ni en contra de alguna de ellas [Montero] . Pero no solo se requiere una regulación abstracta que reconozca la igualdad de armas, también se impone al juez el deber de “evitar que la desigualdad entre las personas [por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica] afecte el desarrollo o resultado del proceso” (artículo VI TP del GPG); así, debe “allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia” (artículo 1.3 TP del GPP), pues toda desigualdad injustificada -no razonable- produce indefensión [Gordón]. Solo de esta forma el proceso será realmente limpio, equilibrado o *fairness*. En materia procesal penal, la igualdad es un valor superior que irradia las posibilidades y, por tanto, la causa penal no puede albergar situaciones diferenciadas y tratos desigualitarios, pues todos los actores del proceso penal han de recibir idéntico tratamiento por parte de la jurisdicción, incluidos lógicamente a los aspectos de prueba. En sentido general este valor fundamental tiene tres dimensiones: 1. Gomo generalidad, que es la consagración de la igualdad ante la ley a efectos de los derechos y deberes, así como de los procedimientos. 2. Gomo equiparación, que reconoce la igualdad entre hombres y mujeres, y de todos los cuidados entre sí, 3. Como diferenciación, que es la diferencia entre distintos [Ramos Bastidas y otra] . La igualdad de armas procesales se expresa en toda su plenitud en la etapa de enjuiciamiento (artículo 356.1 CPP), aunque tampoco puede desconocer sus implicancias en las fases de investigación preparatoria e intermedia. Tal plenitud también tiene lugar en la etapa intermedia, pues importa para el acusado y las demás partes tanto el conocimiento previo y total de las actuaciones investigativas, como un derecho de postulación y alegación sin cortapisas que se plasma en las audiencias de control (artículos 345, 350 y 351 CPP). En la etapa de investigación preparatoria, sin duda, se admite una aparente’ desigualdad desfavorable al imputado, reconocida como un contrapeso a favor de la sociedad, que sin embargo se salvaguarda -en lo que se denomina procedimiento preliminar participativo [Ambos]- porque se permite al imputado —y a las otras partes procesales- no solo conocer desde un inicio los hechos y las evidencias en su contra (artículo 71 CPP), sino también interponer solicitudes de actos o diligencias de investigación e intervenir en la actuación de todas ellas (artículo 337.4 CPP), salvo aquellas que por su propia naturaleza y finalidad no deba conocer, tales como la videovigilancia, el allanamiento y el control de comunicaciones (artículos 207.1, 214.1, 226 y 230 CPP), así como las sometidas al secreto sumarial (artículo 324.2 CPP). En este último caso, se entiende que estas limitaciones son provisionales y no impiden la posterior restauración del equilibrio y la igualdad de armas [Banacloche] .”



2.4 ¿Qué es la Lógica de la Compensación y su aplicación en el proceso penal?

10. La lógica de la compensación a pesar de no tener un concepto en concreto, se puede definir como la expresión dinámica del principio de igualdad de armas en el proceso penal hasta que exista una sentencia firme; mientras que durante la ejecución de la pena, protege los derechos fundamentales distintos a la privación de la libertad de los reos; teniendo como principal fundamento la aplicación de medidas de compensación para la evitar la vulneración de derechos fundamentales.

11. Ahora bien, la lógica de la compensación tiene como fundamentos convencionales lo establecido en los numerales 1) y 2) del Artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos que indican:

Artículo 8 Garantías Judiciales

1. *Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...)* f) *derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;*

Ahora bien, nuestro ordenamiento procesal, en los tres primero incisos del artículo I del Título Preliminar ha dispuesto lo siguiente:

“Artículo I.- Justicia Penal

1. *La justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales establecidas conforme a este Código. Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable.*

2. *Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código.*

3. *Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia”*



Reconociendo de esta manera el debido proceso, la igualdad de armas y el de contradicción como directriz de todo el proceso penal; mientras que en la ejecución de la pena, se protege la dignidad del reo, que tiene como principales vulneraciones la integridad física y psicológica, así como también la propia dignidad; en ese entendido, se ha de tener presente que la lógica de la compensación se aplica tanto para evitar, compensar y valorar, la vulneración de un derecho de algún sujeto procesal dentro de un proceso penal.

2.5 La lógica de la la compensación frente a la vulneración de utilización de la medida de reserva de la identidad de testigos en la investigación preparatoria.

12. Se ha de tener presente que los testigos con identidad en reserva, pueden ser testigos anónimos, a quienes se les protege el nombre, con la finalidad de respaldar su integridad personal; también pueden ser colaboradores eficaces, quienes también se les otorga un condigo con la finalidad de proteger su identidad para preservar su integridad; el problema radica cuando estos testigos aportan datos facticos para la imputación, debido a la falta de prescripción expresa de la posibilidad de interrogarlos en el cuaderno de colaboración eficaz, se vulnera el principio de contradicción en la investigación preparatoria, siendo aun de mayor importancia cuando estos testigos - a tenor de lo establecido en el artículo 48° del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS- son pieza fundamental para imponer medidas coercitivas como prisiones preventivas.

13. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fundamento 42° de la sentencia del 29 de mayo de 2014, Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile ha indicado que:

“42. El literal f) del artículo 8.2 de la Convención consagra la “garantía mínima” del “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”, la cual materializa los principios de contradictorio e igualdad procesal. La Corte ha señalado que entre las garantías reconocidas a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa. La reserva de identidad del testigo limita el ejercicio de este derecho puesto que impide a la defensa realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona misma del declarante, así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada”

14. Sobre la posibilidad de interrogar a un testigo con identidad en reserva, la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Recurso de Casación N° 292-2019/Lambayeque en el fundamento octavo ha indicado lo siguiente:

“ (...)Por ello es que no puede invocarse que esa declaración del aspirante a colaborador eficaz, por no estar sujeta al principio de posibilidad de contradicción intervención de la persona a quien afecta el testimonio—, carece de eficacia procesal para su valoración por el Juez de la Investigación Preparatoria. Es una limitación objetiva y razonable al derecho de contradicción, en atención a la esencia del proceso por colaboración eficaz, y porque solo se limita a la fase de investigación preparatoria. Sin embargo, es claro que durante



el trámite del proceso penal declarativo de condena –etapa de investigación preparatoria– **no se puede negar al imputado su derecho a la contradicción –de solicitar la testimonial o declaración del aspirante a colaborador eficaz y poder interrogarlo (las negritas agregadas son nuestras):** ex artículo 337, apartados 2 y 4, del Código Procesal Penal”

15. Por lo que, a nivel de investigación preparatoria, frente a declaraciones de testigos con identidad en reserva se tienen que seguir las pautas establecidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de derechos humanos, las cuales son: **a)** la existencia de un motivo justificado para la no contradicción en la actuación del acto de aportación de hecho, este “*acto de aportación de hecho*” es propiamente una fuente de información que se utiliza durante la investigación, siendo el más concurrente los testigos con identidad en reserva (testigos anónimos y colaboradores eficaces); **b)** si la declaración de este testigo es el fundamento único o determinante para decisión; al estar en la etapa de investigación preliminar, esta decisión esta referida principalmente a medidas de coerción; **c)** se ha establecido la existencia de medidas de compensación que equiparen el proceso, ya sea este el conocimiento de la identidad del testigo e intermediación en su declaración por parte del juez o la oportunidad que se le permita a la Defensa Técnica del imputado poder realizar un interrogatorio al testigo, con las medidas pertinentes para salvaguardar la identidad del testigo.

16. Es decir que, como medida de compensación a nivel para la investigación preparatoria, para evitar la vulneración al principio de contradicción y de igualdad de armas, ante la presencia de testigos con identidad en reserva, que sirvan como fuente de aportación de hechos, se permita a la defensa el acceso completo a la declaración del testigo con identidad en reserva, preservando esta medida, ello para poder conocer el contenido completo de la declaración incriminatoria; sin embargo, al momento en el que el testigo con identidad en reserva, sea fundamento determinante para la imposición de una medida de coerción se le permitirá a la defensa realizar el interrogatorio, sea antes o después de la resolución que impone la medida de coerción.

2.6 La lógica de la compensación en la vulneración del principio de contradicción de la prueba en el juicio oral.

17. El principio de contradicción de la prueba se encuentra establecido de manera taxativa en el numeral 1) del artículo 356° del código Procesal Penal, que indica lo siguiente:

“Artículo 356.- Principios del Juicio

1. *El juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación. Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la intermediación y **la contradicción en la actuación probatoria**. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de*



continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor.”

18. Sobre este punto el jurista San Martín indica que “El principio de contradicción, que se manifiesta fundamentalmente en la garantía de defensa procesal, asegura la existencia de una dualidad de posiciones. La verdad se halla sobre la base de una oposición entre partes encontradas. Se expresa en la práctica de la prueba y en los alegatos; las partes exponen sus respectivas afirmaciones-defensas en el tiempo necesario y las discuten-debaten produciendo la prueba en que se sustentan. Por lo demás, el reconocimiento del derecho a la última palabra es la manifestación más clara del derecho del acusado a contradecir personalmente lo practicado en el juicio. El principio de contradicción presupone igualdad de armas: la defensa debe contar con las mismas posibilidades de actuación que la acusación, y la presencia obligatoria del imputado y su defensa, de acuerdo con el principio *auditur et altera pars*. En materia de prueba sumarial —siempre que medie irrepitibilidad y urgencia—, esta solo puede acceder al Plenario en la medida que la contradicción haya sido respetada [Calderón/Choclán].”

19. Como primer punto de partida, se tiene que en la lógica de la compensación a nivel de Corte Europea de Derechos Humanos analiza el punto sobre que la prueba que no ha podido ser contradicha en el plenario, tenga un motivo justificado para ello, ante lo cual, se tiene analizar las razones en el caso en concreto, pudiéndose aplicar a los testigos con identidad en reserva ya sean testigos protegidos o colaboradores eficaces, testigos ausentes etc. Teniendo como requisito la debida motivación sobre la falta de contradicción; de este primer requisito se desprenden dos subcategorías: a) Que el testigo no haya acudido al plenario; b) que haya declarado a nivel de investigación; se ha de tener presente, que esta ausencia de contradicción sea probada.

20. En América por su parte la CIDH en el caso el caso Norim Catriman y Otros Vs. Chile, deja sentadas las bases y la toma de postura sobre este punto medular de la lógica de la compensación pues se arriba a la conclusión que en el caso en que la prueba sea determinante se aplica esta teoría, pues se vulneraría el principio de contradicción, rebatiendo lo que había indicado el TEDH en el primer caso que sentó las bases de la lógica de la compensación, que solo sería de aplicación en los casos en que la prueba no contradicha sería única, la diferencia entre ambas posturas es de vital importancia debido a que, mientras la prueba única, como su mismo nombre lo indica, es solo una en la que se basa la condena, teniendo un peso probatorio completo para la decisión, sin embargo la prueba determinante conlleva al análisis de a pesar de la existencia de otros elementos probatorios que funden la condena, se analiza en cada caso en concreto cuan determinante fue el aporte probatorio para que se funde la condena, por lo que, si se excluye esa prueba, cambia el resultado del proceso, la prueba es determinante, se ha de aclarar que en un caso, pueden existir diversas pruebas determinantes, cada una con una relación distinta al hecho objeto del proceso; tras haber puesto en discusión ambos puntos de vista, se ha de tener presente que para la lógica de la compensación resulta de mayor aplicabilidad la segunda postura.



21. en el caso de testigos con identidad en reserva; la primera es que la autoridad judicial debe de conocer la identidad del testigo, así mismo, debe de poder apreciar su comportamiento durante su declaración con la finalidad de observar la fiabilidad del testigo, honrando el principio de inmediación; como segunda medida de compensación indica que se le debe de dar a ala defensa técnica del imputado una amplia oportunidad para poder interrogar al testigo con identidad en reserva, esto en alguna de las etapas del proceso, sin embargo, ante la posibilidad de que eventualmente el testigo no pueda declarar en el plenario, sea por razones de miedo o por su ausencia u otros factores que con lleven su no contradicción, se recomienda que cada vez que declare el testigo a nivel de investigación, exista la posibilidad que la defensa pueda contrainterrogar, esto con la atingencia, que durante el ejercicio del derecho de defensa, no se pregunte al testigo sobre información que pueda revelar su identidad o saber de su paradero, por lo que se pueden utilizar medios tecnológicos; por otro lado, indica, que como medida de compensación a nivel de valoración de la prueba, la declaración del testigo sospechoso, pues no pueden ser únicos, sino que deben de estar acompañados de otros elementos de convicción que para que sean validas, misma posición ha asumido nuestro legislador en el artículo 158.2 del CPP; por lo que mientras mayor sea la influencia en la decisión de la prueba corroborativa, menor será el grado decisivo que otorgue el testimonio anónimo.

2.6 La lógica de la compensación tras la vulneración de un derecho fundamental en la ejecución de la pena.

22. Convencionalmente el análisis de la lógica de la compensación en el etapa de ejecución de la pena, surge del articulo los numerales 2) y 6) del articulo 5) de la Convención Americana de Derechos Humanos, que *add litteram* indican que:

“Artículo 5 Derecho a la Integridad Personal

(...)

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

(...)

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”

Por lo que, como base constitucional, tiene el derecho de los reos a que no se les vulnere algún derecho fundamental, distinto al de la libertad personal; como la integridad personal, sea física o psicológica, caso contrario deberán aplicarse medidas de compensación resarcitorias.

23. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los fundamentos 120 y 121 de la resolución de fecha 22 de noviembre de 2018, en el caso “*medidas provisionales respecto de Brasil - asunto del Instituto Penal Plácido De Sá Carvalho*” ha indicado lo



siguiente: “120. En principio, y dado que es innegable que las personas privadas de libertad en el IPPSC pueden estar sufriendo una pena que les impone un sufrimiento antijurídico mucho mayor que el inherente a la mera privación de libertad, por un lado, resulta equitativo reducir su tiempo de encierro, para lo cual debe atenerse a un cálculo razonable, y por otro, esa reducción implica compensar de algún modo la pena hasta ahora sufrida en la parte antijurídica de su ejecución. Las penas ilícitas, no por su antijuridicidad dejan de ser penas y, lo cierto es que se están ejecutando y sufriendo, circunstancia que no puede obviarse para llegar a una solución lo más racional posible dentro del marco jurídico internacional. Lo anterior es concordante con el mandamus del Supremo Tribunal Federal establecido en la Súmula Vinculante No. 56.

121. Dado que está fuera de toda duda que la degradación en curso obedece a la superpoblación del IPPSC, cuya densidad es del 200%, o sea, que duplica su capacidad, de ello se deduciría que duplica también la inflicción antijurídica sobrante de dolor de la pena que se está ejecutando, **lo que impondría que el tiempo de pena o de medida preventiva lícita realmente sufrida se les computase a razón de dos días de pena lícita por cada día de efectiva privación de libertad en condiciones degradantes**” (las negritas con nuestras)

24. Por lo que, se establece como criterio de compensación para la ejecución de penas ilícitas la reducción del computo de plazo de dos días de pena por cada día de pena ilícita, en los establecimientos penitenciarios, en los que existe hacinamiento, esto en relación al calculo de hacinamiento que tendrá que realizar la Unidad Estadística del Instituto Nacional Penitenciario.

III. DECISIÓN

25. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional Casatorio, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433, numerales 3 y 4, del Código Procesal Penal:

ACORDARON

26. Declarar vinculante los fundamentos 12° al 24° establecidos en el presente acuerdo plenario, para los órganos jurisdiccionales de este sistema de administración de justicia.

27. Precisar que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada tienen el carácter de vinculantes y, por consiguiente, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias.

28. Publicar la presente Sentencia Plenaria Casatoria en la página web del Poder Judicial y en el *Diario Oficial El Peruano*. Hágase saber.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andrés, P. (2007). *Justicia Penal, derechos y garantías*. (1ª ed.). Lima, Perú: Editorial
- Aria, J. (2020). *Hablar de las víctimas en un centro penitenciario*. *Revista de Estudios Penitenciarios*.
https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas/revista-de-estudiospenitenciarios/Revista_de_estudios_penitenciarios_262-2020_12615091_web.pdf
- Ascencio, J. (2010). *Derecho Procesal Penal*. (5ª ed.). Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Blaco, J. & Pérez, J. (2007). *Metodologías de Investigación en las Ciencias*.
[<https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/12270/1/blasco.pdf>]
- Banacloche, J. (2010). *Aspectos fundamentales de derecho procesal penal*. (3ª ed.). Madrid, España: Editorial La Ley.
- Bernal, J. et. Alt (2013). *El proceso penal T. II: Estructura y garantías procesales*. (6ª ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Externado.
- Bernal, J & Montealegre, L. (2013). *El Proceso Penal*. (6ª ed.) Bogotá, Colombia:

Editorial Universidad Externado de Colombia.

Chávez Tafur, G. (2013). *La prisión preventiva en Perú, ¿medida cautelar o anticipo de la pena?* <https://revistaideele.com/ideele/content/laprisi%C3%B3n-preventiva-en-per%C3%BA-%C2%BFmedida-cautelar-oanticipo-de-la-pena>

Choquecagua, A. (2020). *La lógica de la compensación y la teoría de la redención de la pena ilícita.* <https://lpderecho.pe/logica-compensacion-teoriaredencion-pena-ilicita/>

Código Procesal Penal. (2004). <https://lpderecho.pe/nuevo-codigo-procesal-penalperuano-actualizado/>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas.* . Organización de las Naciones Unidas - Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 9 y 55.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). <https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/fallos/47287-institutopenal-placido-sa-carvalho-medidas-provisionales-trasladosadministrativos>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Medidas Provisionales Respecto de Brasil Asunto del Instituto Penal Plácido De Sá Carvalho.* [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03.pdf]

Cubas, V. (2009). *El Nuevo Proceso Penal Peruano. Teoría y Práctica de su Implementación.* (1ª ed.). Lima, Perú: Editorial Palestra

Defensoría del Pueblo. (2018). *El sistema penal juvenil en el Perú. Serie Informes Defensoriales N° 51.* https://www.defensoria.gob.pe/wpcontent/uploads/2018/05/Informe_51.pdf

De la Jara, E. (2017). *Esto es la colaboración eficaz en el Perú.* <https://revistaideele.com/ideele/sites/default/files/archivos/colaboracion%20eficaz506.pdf> (último acceso: 10 de junio de 2020).

- De La Oliva, S. (2002) *Derecho procesal I Introducción*. (2ª ed.). Madrid España: Editorial Centro de Estudios Ramón Ateces.
- Enfoque Derecho. (2018). *Testigo Protegido. Análisis de la figura del testigo protegido en el proceso penal*.
<https://www.enfoquederecho.com/2018/11/05/testigo-protegido/>
- Espinosa, E. (2019). *El debate actual sobre las teorías de la pena y su incidencia en su proceso de individualización judicial*.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/21209/20914/>
- Fernández, M. (2005). *Prueba y Presunción de Inocencia*. (1ª ed.). Madrid, España: Editorial IUSTELL.
- Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (1ª ed.). Madrid, España: Editorial Trotta.
- Flores, A. (2016). *Derecho Procesal Penal I*. (1ª ed.). Chimbote, Perú: Editorial Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote.
- Fundación MacArthu. (2016). *La reforma al Régimen de Ejecución Penal y su impacto en el Sistema Penitenciario en Yucatán y Oaxaca. Asistencia Legal por los Derechos Humanos*.
<https://www.cmdpdh.org/publicacionespdf/cmdpdh-ejecucion-penal-web.pdf>
- Gadamer, H. (1993). *Verdad y método*. I. Salamanca: Sígueme
- Gutiérrez, P. (2020). *Los testigos protegidos como estrategia de la lucha contra la corrupción*. [Tesis Post Grado], para optar el grado académico de master iberoamericano en políticas de anticorrupción, Universidad de Salamanca, Salamanca, España.
- Hernandez, R. (2018). *Metodología de la investigación: las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. (1ª ed.). Ciudad de México, México: Editorial Mc Graw Hill.

Jara, E. d. (2013). *La Prisión Preventiva en Perú: ¿Medida Cautelar o Pena Anticipada?*

https://www.minjus.gob.pe/defensapublica/contenido/actividades/docs/315_37_prisi%C3%B3n_preventiva_medida_cautelar_o

Jauchen, E. (2005). *Derechos del Imputado*. Editorial Rubinzal- Culzoni. (1ª ed.) Buenos Aires, Argentina: Editorial

Jiménez, E. A. (2018). *Aportes para el buen funcionamiento del programa de protección y asistencia a testigos y colaboradores eficaces del Ministerio Público en la persecución de casos de corrupción cometidos por organizaciones criminales*.

[dehttp://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13355/JIM%c3%89NEZ_CORONEL_APORTES_PARA_EL_BUEN_FUNCIONAMIENTO_DEL_PROGRAMA_DE_PROTECCION_Y_ASISTENCIA_A_TESTIGOS_Y_COLABORADORES_EFICACES_DEL_MINISTERIO_PUBLICO.pdf?sequence=1&isAllowed=](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13355/JIM%c3%89NEZ_CORONEL_APORTES_PARA_EL_BUEN_FUNCIONAMIENTO_DEL_PROGRAMA_DE_PROTECCION_Y_ASISTENCIA_A_TESTIGOS_Y_COLABORADORES_EFICACES_DEL_MINISTERIO_PUBLICO.pdf?sequence=1&isAllowed=)

Loza, C. (2013). *La Prisión Preventiva frente a la Presunción de Inocencia en el NCPP*. Estudio Loza Avalos.

Meléndez, A (2020). “*Consecuencia jurídica aplicable en la justicia penal peruana a la violación del derecho a ser juzgado en el plazo razonable*”. [Tesis Post Grado], para optar el grado académico de maestro en derecho procesal, Universidad San Martín de Porres, Lima, Perú.

Ministerio Público del Perú. (s.f.). *Etapas del proceso*. https://www.mpfm.gob.pe/elfiscal/etapas_proceso/#:~:text=Etapas%20del%20proceso-,Investigaci%C3%B3n%20Preparatoria,si%20formula%20acusaci%C3%B3n%20o%20no.

Moras, J. (1999). *Manual de derecho procesal Penal*. (6ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot.

- Moreno, J. (2019). *Los elementos de convicción graves y fundados en la medida de prisión preventiva. comunicaciones telefónicas y testigos protegidos* [Artículo de Investigación], Lima, Perú.
- Moreno, J. (2020). [Jefferson Moreno]. (28 de abril de 2020). La lógica de compensación- Jefferson Moreno y Cesar Nakazaki Seminario [Archivo de Video]. <https://www.youtube.com/watch?v=dSf1d0tlDdU>
- Neyra, J. (2010). *Manual del Nuevo Código Procesal Penal & Litigación Oral*. (1ª ed.). Lima, Perú: Editorial IDEMSA.
- Neyra, J. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. (1ª ed.). Lima, Perú: Editorial IDEMSA
- Ossorio, M. (2010). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Eliasta. Buenos Aires.
- Peña, A. (2007). *Exegesis del Nuevo Código Procesal Penal – Tomo I.2*. (1ª ed.). Lima, Perú: Editorial Rodhas.
- Peña, A. (2010). *El Nuevo Proceso Penal Peruano 2*. (1ª ed.). Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.
- Rocha, K. P. (2019). *El proceso de colaboración eficaz y su implicancia en los procesos por delitos de corrupción de funcionarios*. Obtenido de <http://repositorio.uwiener.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2962/TESIS%20Rocha%20Katherine.pdf?sequence=1&>
- Rodríguez, A. y Pérez, A. O. (2017). *Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento* Revista EAN, Recuperado de [\[https://doi.org/10.21158/01208160.n82.2017.1647\]](https://doi.org/10.21158/01208160.n82.2017.1647)
- Rodríguez, R. (2020). *La lógica de la compensación en la ejecución ilícita de la pena privativa de libertad*. Obtenido de <https://lafirmadeabogadoscr.com/la-logica-de-la-compensacion-en-laejecucion-ilicita-de-la-pena-privativa-de->

ANEXOS

ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO DE LA TESIS: “LA LÓGICA DE LA COMPENSACIÓN EN EL SISTEMA PENAL DESDE UNA PERSPECTIVA DE CORTE DE DERECHOS HUMANOS Y JURISPRUDENCIA NACIONAL”.

PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL	CATEGORÍA/ SUB - CATEGORÍA	METODOLOGÍA
¿Cuál es la perspectiva de la aplicación de la lógica de la compensación en el sistema penal, según las cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional?	Analizar la perspectiva de la aplicación de la lógica de la compensación en el sistema penal, según cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional	La perspectiva de la aplicación de la lógica de la compensación según cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional en el proceso penal, es que se da ante la vulneración de: la medida de reserva de identidad de testigos, al principio de contradicción de la prueba y de un derecho fundamental en la ejecución de la pena.	CATEGORÍA. X=. Lógica de la Compensación. SUB CATEGORÍAS X1= Compensación tras la vulneración de la medida de reserva de identidad de testigos en la investigación preparatoria X2=. Compensación frente a la vulneración del principio de la contradicción de la prueba en juicio oral. X3 Compensación tras la vulneración de un derecho fundamental en la ejecución de la pena	Enfoque metodológico: Cualitativo. Postura Epistemológica: Análisis objetivo coherente y razonado de la jurisprudencia. Metodología: G. Analítico sintético E. hermenéutico P. funcional Trayectoria del estudio: Conforme a la experiencia lograda, en la investigación, se propondrá un proyecto de ley. Escenario de estudio: Jurisprudencia Nacional e Internacional
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	HIPÓTESIS ESPECIFICAS		
1. ¿Cómo se aplica la compensación frente a la vulneración de utilización de la medida de reserva de la identidad de testigos, en la investigación preparatoria conforme a las cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional? 2. ¿Cuál es la perspectiva de la compensación tras la vulneración del principio de contradicción de la prueba en el juicio oral, según las	✓ Describir la aplicación de la compensación frente a la vulneración de utilización de la medida de reserva de la identidad de testigos, en la investigación preparatoria conforme a las cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional en el proceso penal ✓ Explicar la perspectiva de la compensación en la vulneración del principio de contradicción de la prueba en el	1. La aplicación de la compensación frente a la vulneración de utilización de medida de reserva de la identidad de testigos en la investigación preparatoria conforme a corte de derechos humanos y jurisprudencia nacional, se da siguiendo las pautas, en algunos casos, con el criterio adecuado al emitir el fallo en un auto. 2. La perspectiva de la compensación en la vulneración del principio de contradicción de la prueba en el juicio oral nivel de corte de derechos		

<p>cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional?</p> <p>3. ¿Cómo se aplica la compensación tras la vulneración de un derecho fundamental en la ejecución de la pena, conforme a las cortes de derechos humanos?</p>	<p>juicio oral de acuerdo a la corte de derechos humanos y jurisprudencia nacional en el proceso penal</p> <p>✓ Describir la aplicación de la compensación tras la vulneración de un derecho fundamental en la ejecución de la pena conforme a las cortes de derechos humanos y jurisprudencia nacional.</p>	<p>humanos y jurisprudencia nacional en el proceso penal, es que se sigue las pautas, en la mayoría de los casos con el criterio adecuado, al emitir el fallo en las sentencias, a diferencia del Perú.</p> <p>3. La aplicación de la compensación tras la vulneración de un derecho fundamental en la ejecución de la pena conforme a corte de derechos humanos y jurisprudencia nacional, no se aplica de manera correcta.</p>		<p>Caracterización de sujetos: Análisis de Jurisprudencia a nivel de corte de derechos humanos y jurisprudencia Nacional.</p> <p>Técnicas de Recolección de datos: Análisis documental.</p> <p>Instrumento de Investigación: Matriz de análisis de contenido documental.</p>
---	--	--	--	---

ANEXO 2: MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE CATEGORÍAS

CATEGORÍA	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	SUB-CATEGORÍA	INDICADORES
LÓGICA DE LA COMPENSACIÓN	El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2009) En el caso Al-khawaja y Tahery vs Reino Unido el tribunal define a la lógica de la compensación como mecanismos de reequilibrio adecuados para compensar en grado suficiente los déficits bajo los que actúa la defensa. (voto concurrente de los jueces Sajó y Karakas)	X1= Compensación tras la vulneración de la medida de reserva de identidad de testigos en la investigación preparatoria	<p>A) La autoridad judicial debe conocer la identidad del testigo y tener la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio</p> <p>B) Debe concederse a la defensa una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en alguna de las etapas del proceso.</p>
		X2=Compensación frente a la vulneración del principio de la contradicción de la prueba en juicio oral.	<p>A) Si había un motivo justificado para la no contradicción en la actuación del acto de aportación de hechos.</p> <p>B) Si la declaración en cuestión serían el fundamento único o determinante para la decisión.</p> <p>C) Si había elementos de compensación, principalmente sólidas garantías procesales suficientes para contrarrestar las dificultades causadas a la defensa y asegurar la equidad del procedimiento</p>
		X3= Compensación tras la vulneración de un derecho fundamental en la ejecución de la pena	<p>A) Si en el establecimiento penitenciario se aplican penas ilícitas.</p> <p>B) Compensación de un día de libertad por dos de penas ilícitas.</p>

ANEXO 3: INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

INSTRUMENTO	INSTITUCIÓN Y FECHA	DIMENSIONES			ANÁLISIS DEL CASO
		Compensación tras la vulneración de la medida de reserva de identidad de testigos	Compensación frente a la vulneración del principio de la contradicción de la prueba.		
		APLICACIÓN DE PAUTAS DE LA LÓGICA DE LA COMPENSACIÓN EN EL PROCESO PENAL			
		INVESTIGACIÓN PREPARATORIA - JUICIO ORAL			
		Cumplió la pauta sobre si había un motivo justificado para la no contradicción en la actuación del acto de aportación de hechos	Cumplió la pauta sobre si la declaración en cuestión serían el fundamento único o determinante para la decisión.	Cumplió la pauta sobre si había elementos de compensación, principalmente sólidas garantías procesales suficientes para contrarrestar las dificultades causadas a la defensa y asegurar la equidad del procedimiento	
		Se aplicó como medida de compensación si la autoridad judicial:	Se concedió a la defensa una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en	Se utilizaron otros criterios o medidas de compensación	

								Conoció la identidad del testigo		Tuvo la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio		alguna de las etapas del proceso, como medida de compensación.		SI		
		SI	NO	SIGUE OTRAS PAUTAS	SI	NO	SIGUE OTRAS PAUTAS	SI	NO	SI	NO	SI	NO			
Caso Al-Khawaja Y Tahery Vs. El Reino UNIDO	Tribunal Europeo de Derechos Humanos - 09 de noviembre de 2001	✓			✓				✓		✓		✓	✓		En el presente caso, se trata de dos hechos y sujetos distintos, por lo que para ambos se han cumplido las dos primeras pautas, sin embargo, en el caso del señor Al – Kawaja no se ha vulnerado el derecho a la contradicción de la prueba por cuanto existieron factores de contra peso, en cuanto al señor Tahery si se ha vulnerado este derecho pues los factores de contrapeso fueron aparentes.
Caso Blokhin V. Rusia	Tribunal Europeo de Derechos Humanos - 23 de marzo de 2016		✓		✓			✓			✓		✓		Como se aprecia en el presente caso, el primer requisito que observa el tribunal, son las razones por las cuales no se pudo contrainterrogar al	

															testigo, tampoco existieron medidas de contrapeso, por lo que se vulnero el derecho a la contradicción
Caso Balta Y Demir Vs Turquía	Tribunal Europeo de Derechos Humanos - 02 de junio de 2015		✓		✓				✓		✓		✓		En el presente caso, no se conocen las razones para declarar la reserva de identidad del testigo; la declaración del testigo si era prueba determinante por cuanto era la única forma de vincularlo con el proceso y no existieron medidas de compensación, por lo que se vulnero el derecho de contradicción de la prueba
Caso Luca Vs. Italia	Tribunal Europeo de Derechos Humanos - 06 de febrero de 2001		✓		✓				✓		✓		✓		En el presente caso, aun no se tocaba el tema de la lógica de la compensación; sin embargo, se precisaba que cuando una prueba que no haya sido contradicha por el imputado era determinante para fundamentar su condena, se vulnera el principio de contradicción de la prueba.
Caso Makeyec Vs. Rusia	Tribunal Europeo de Derechos Humanos - 15 de enero de 2009		✓		✓				✓		✓		✓		En el presente caso se tiene que no se hicieron los esfuerzos necesarios para ubicar al testigo, no siendo justificada su ausencia, los testigos ausentes si fueron

															determinantes para la condena y para el quantum de la pena, no se dio a la defensa la oportunidad de interrogar a los testigos, por lo que, se vulnero el principio a la contradicción
Caso PS vs Alemania	Tribunal Europeo de Derechos Humanos - 29 de noviembre de 2001	✓			✓			✓			✓		✓		En el presente caso, aun no se trataba el tema de la lógica de la compensación como tal, sin embargo, se analizan los dos supuestos anteriores a las medidas de compensación, concluyendo que, si no se ha podido interrogar a un testigo, el cual ha sido determinante para fundamentar una decisión condenatoria, se vulnera el principio de contradicción
CASO NORI CATRIMAN Y OTROS Vs. CHILE.	Corte Interamericana de Derechos Humanos – 29 de mayo de 2014	✓			✓			✓			✓		✓		Esta es la resolución más impórtate que se tiene a nivel de América, en el que se analiza las pautas establecidas por el TEDH y se concluye que cuando la prueba en la que se basa la condena ha sido determinante o única, se viola el principio de contradicción de la prueba, siempre y cuando no existan medidas de

															compensación satisfactorias que honre el principio de igualdad de armas.
Sentencia 50/2015	Sala de Apelaciones de Barcelona - 23 de marzo de 2015	✓			✓			✓		✓			✓		En el presente caso, se tiene que se cumplen las dos primeras pautas de la lógica de la compensación, sin embargo, la Sala realiza un análisis errado, pues utiliza como medida de compensación un análisis sesgado basado en máximas de experiencia, cuando las medidas de compensación son actos procesales, resolviendo con un criterio errado.
Sentencia 852/2016	Tribunal Supremo de España – 11 de noviembre de 2016		✓		✓			✓		✓		✓			La sala en su análisis de la lógica de la compensación indica que el principio de contradicción se vulnera si: a) que se pueda examinar la fiabilidad del testigo y b) que esta declaración no sea decisiva; en el presente caso a pesar de seguir las pautas, el Tribunal resuelve con un criterio inadecuado pues basa su decisión en máximas de la experiencia.
Sentencia 13/2018	3 ^{RA} Sala Penal de Apelaciones de Madrid – 03	✓				✓		✓			✓		✓		En el presente caso, se realza la pauta sobre que la prueba no contradicha sea única o decisiva, de

	de diciembre de 2018														no ser así, no existe vulneración al principio de contradicción, por lo que la Sala ha analizado cada ítem de la lógica de la compensación.
Sentencia 715/2018	Tribunal Supremo de España, Segunda Sala de lo Penal – 16 de enero de 2019	✓			✓				✓		✓	✓			En el presente caso se verifica la existencia de las dos primeras pautas, sin embargo, al haberse brindado a la defensa una oportunidad para poder interrogar al testigo anónimo, sin embargo, la defensa no lo efectivizó, por lo que no existe vulneración al principio de contradicción
Sentencia 28/2019	Sala Penal Sección 3 de Madrid – 02 de setiembre de 2019		✓		✓				✓		✓		✓		En el presente caso, la Sala tras analizar cada una de las pautas establecidas por el TEDH, llega a la conclusión que se habría vulnerado el principio de contradicción, pues no se aplicaron medidas de compensación.
Sentencia 290/2021	Tribunal Supremo, Segunda Sala Penal – 07 de abril de 2021	✓			✓			✓		✓		✓			En el presente caso, se tiene que, al no cumplirse las dos primeras pautas, y darle la posibilidad a la defensa de interrogar al testigo anónimo, no se vulnera el derecho a la contradicción de la prueba, más cuando esta es corroborativa y no determinante.

<p>Sentencia 296/2019</p>	<p>Tribunal Supremo, Segunda Sala Penal – 04 de junio de 2019</p>	<p>✓</p>			<p>✓</p>				<p>✓</p>			<p>✓</p>		<p>✓</p>					<p>En el presente caso, el tribunal realiza un análisis acertado, sobre el cumplimiento de las pautas de la lógica de la compensación, pues al ser, el testigo anónimo prueba determinante para la condena y no aplicarse medidas de compensación adecuadas, se ha vulnerado el principio de contradicción, más aún si se sospecha de los ánimos espurios del testigo anónimo.</p>
<p>Sentencia 387/2020</p>	<p>Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia – 30 de setiembre de 2020</p>	<p>✓</p>			<p>✓</p>			<p>✓</p>		<p>✓</p>		<p>✓</p>		<p>✓</p>					<p>En el presente caso, se determina que cuando la prueba no contradicha, no constituye pieza determinante para enervar la presunción de inocencia y además se aplicaron factores de contrapeso o medidas de compensación, no existe vulneración al principio de contradicción.</p>
<p>Sentencia 59/2019</p>	<p>Sala Penal de Santa Cruz de Tenerife, sección segunda – 18 de febrero de 2019</p>		<p>✓</p>		<p>✓</p>				<p>✓</p>			<p>✓</p>		<p>✓</p>					<p>En el presente caso, se aplican de manera adecuada las pautas de a lógica de la compensación, pues tanto los oficiales de policía como los agraviados nunca declararon en juicio oral; y no existieron medidas de contrapeso</p>

															suficientes, por lo que se ha vulnerado el principio de contradicción de la prueba.
Sentencia 18/2021	Juzgado de Instrucción N° 21 de Barcelona – 28 de diciembre de 2020		✓		✓			✓		✓		✓			En el presente caso, establece la obligación que tendrían los fiscales de permitir que la defensa intervenga en las declaraciones a nivel fiscal y policial, esto para que en un futuro no se vulnere el derecho a la contradicción de la prueba y cuando no existe contradicción de la prueba, la condena no debe de basarse únicamente en ello.
Recurso Nulidad N.º 420-2018/Cajamarca	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica – 22 de mayo de 2018	✓			✓		✓			✓		✓	✓		En el presente caso, se desnaturaliza la teoría de la lógica de la compensación pues se intenta dar un peso probatorio en muy alto grado a una declaración que ha ido en contra de defensa del imputado, además sobre las medidas de contrapeso, únicamente se limita a hacer un análisis de la declaración vulneratorio, no existiendo medidas de contrapeso eficaces, por lo que en el presente caso se aplican las pautas, pero de manera errónea, resolviendo con un criterio inadecuado.

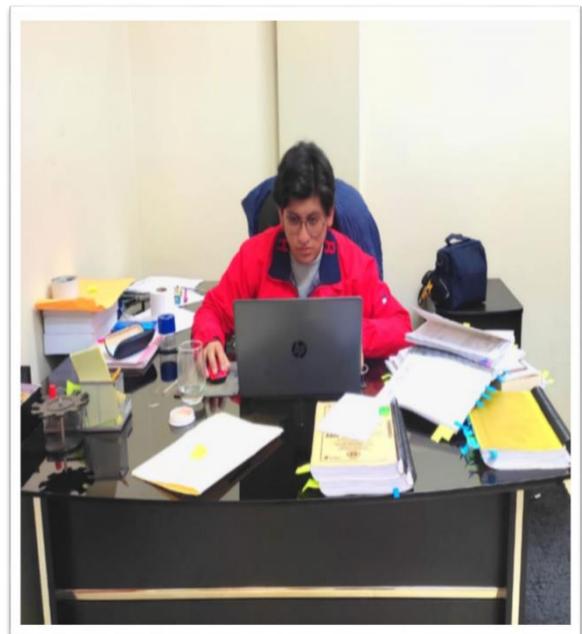
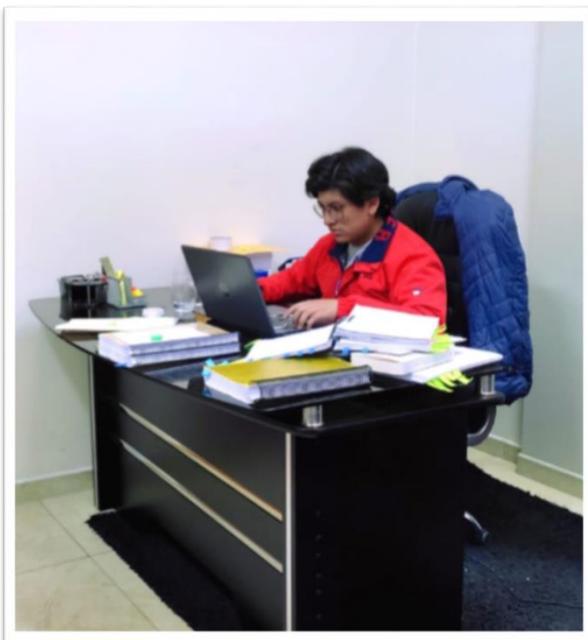
<p>Recurso Casación N° 292-2019/Lambayeque</p>	<p>Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica – 14 de junio de 2019</p>	<p>✓</p>			<p>✓</p>			<p>✓</p>	<p>En el presente caso se analiza la lógica de la compensación en etapa de investigación preparatoria, sobre una prisión preventiva, sentando un precedente jurisprudencial para poder interrogar a los colaboradores eficaces durante la investigación.</p>								
<p>Recurso de Nulidad 1556-2017/Puno</p>	<p>Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica – 01 de octubre de 2018</p>	<p>✓</p>			<p>✓</p>		<p>✓</p>		<p>✓</p>		<p>✓</p>		<p>✓</p>		<p>✓</p>		<p>En el presente caso, las pautas de la lógica de la compensación, se sigue con la jurisprudencia internacional indicando que, si la prueba no es determinante ni única para fundamentar una sentencia condenatoria, no se vulnera de manera trascendente el principio de igualdad de armas.</p>
<p>Resolución N° 03 expediente 0046-2017-2-5201-JR-PE-01</p>	<p>Sala Penal Nacional De Apelaciones Especializada En Delitos De Corrupción De Funcionarios - 07 de febrero de 2018</p>	<p>✓</p>			<p>✓</p>			<p>✓</p>	<p>En la presente resolución no se han aplicado las pautas, sin embargo, de la inferencia se parecía que se cumplen las dos primeras, sin embargo, no se aplican medidas de compensación para la contradicción de elementos de convicción</p>								
<p>Resolución N° 05 expediente N° 4-2018-7</p>	<p>Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia - 20</p>	<p>✓</p>			<p>✓</p>			<p>✓</p>	<p>En el presente caso, el análisis que realiza el tribunal es acertado, sin embargo, no resuelve con un criterio adecuado, pues indica que se debe</p>								

	de enero de 2020														de terminar con la fase de corroboración para poder solicitar al declaración del testigo y que la falta de contradicción para la imposición de una prisión preventiva se compensa con la transcripción de las partes pertinentes de la declaración del aspirante a colaborador.
Resolución N° 05 expediente N° 00003-2017-21-5002-JR-PE-02	Primera Sala Penal De Apelaciones Nacional Permanente Especializada En Delitos De Corrupción De Funcionarios – 30 de junio de 2020	✓				✓		✓		✓	✓				En el presente caso la Sala Penal de Apelaciones Nacional indica que si se puede contradecir el testimonio de un colaborador eficaz, por lo que autoriza a la defensa técnica de los imputados a participar en al declaración vía cooperación internacional.

COMPENSACIÓN, TRAS LA VULNERACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL, EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA					
ESTADIO PROCESAL - EJECUCIÓN DE LA PENA					
INSTRUMENTO	INSTITUCIÓN Y FECHA	DERECHO DISTINTO VULNERADO DURANTE LA EJECUCIÓN DE LA PENA	¿SE APLICA LA LÓGICA DE LA COMPENSACIÓN EN EJECUCIÓN DE PENAS ILÍCITAS?		ANÁLISIS DEL CASO
			SI	NO	
Exp. N°: Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas provisionales respecto de Brasil asunto del Instituto penal Plácido de Sá Carvalho (22 noviembre de 2018)		Salud, Dignidad de la persona, Integridad personal (hacinamiento penitenciario)	✓		En el presente caso, se aplica como medida de compensación, el computo de dos días de prisión por cada día de pena ilícita, debido al hacinamiento y demás vulneraciones sufridas.
Exp. N°: 01283-2020-PHC/TC JUNÍN – 25 de febrero de 2021		Salud y Dignidad de la persona		×	En cada uno de estos casos se ha analizado cuestiones como la dignidad humana y su afectación ante las situaciones inhumanas que se vive en los establecimientos penitenciarios, sin embargo, no se han adoptado medidas de compensación para salvaguardar la integridad personal de las personas que purgan una pena en los centros penitenciarios peruanos
Exp. N°: 0489-2006-PHC/TC LIMA NORTE – 25 de enero de 2007		Salud, Dignidad de la persona (hacinamiento penitenciario)		×	
Exp. N°: 05559-2009-PHC/TC LIMA – 03 de junio de 2010		Salud, Dignidad de la persona		×	
Exp. N°: 0726-2002-HC/TC LIMA – 21 de junio de 2022		Salud, Dignidad de la persona		×	
Exp. N°: 01206-2017-PHC/TC LIMA – 18 de junio de 2020		Salud, Dignidad de la persona		×	

Exp. N°: 01897-2020-PHC/TC LIMA NORTE – 25 de marzo de 2021	Salud, Dignidad de la persona y debido proceso		×	
Exp. N° 2333-2004-HC/TC CALLAO – 12 de agosto de 2004	Integridad personal, salud.		×	
Exp. N° 00345-2021-0-2602-JR-PE-01 – 07 de febrero de 2022	Salud		×	
Exp. N°; 02349-2016-PHC/TC ICA– 17 de julio de 2019	Salud		×	
Exp. N°: 05436-2014-PHC/TC TACNA	Salud, integridad personal y dignidad humana		×	

ANEXO 4: EVIDENCIAS FOTOGRÁFICAS



ANEXO 5: DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo **URIEL ALONSO QUISPE YACAVILCA** identificado con DNI N° **70278888**, domiciliado en **Jr. REYMUNDO 152 - HUANCAYO**, bachiller de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, **DECLARO BAJO JURAMENTO** ser el autor del presente trabajo; por tanto, asumo las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: **LA LÓGICA DE LA COMPENSACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA DE CORTE DE DERECHOS HUMANOS Y JURISPRUDENCIA NACIONAL; EN EL PROCESO PENAL** haya incurrido en plagio o consignados datos falsos.

Huancayo 22 de diciembre de 2022.

A handwritten signature in blue ink and a corresponding fingerprint impression in black ink.

Apellidos y Nombres: **QUIPE YACAVILCA
URIEL ALONSO**

DNI N°: **70278888**

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo **ISAMAR ROXANA PALACIO RODRÍGUEZ** identificado con DNI N° **72503175** Domiciliado en **Jr. WIRACOCHA N° 249- EL TAMBO** , bachiller de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, **DECLARO BAJO JURAMENTO** ser el autor del presente trabajo; por tanto, asumo las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: **LA LÓGICA DE LA COMPENSACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA DE CORTE DE DERECHOS HUMANOS Y JURISPRUDENCIA NACIONAL; EN EL PROCESO PENAL** haya incurrido en plagio o consignados datos falsos.

Huancayo 22 de diciembre de 2022.



Apellidos y Nombres: **PALACIO
RODRÍGUEZ ISAMAR ROXANA**
DNI N°: 72503175