



Dr. Fernando Ugaz Zegarra

MANUAL PARA EL TALLER DE NEGOCIACIÓN PENAL

PARTE ESPECIAL



INDICE

LA NEGOCIACIÓN PENAL.....	5
PARTE ESPECIAL.....	5
CAPÍTULO VI.....	6
LA NEGOCIACIÓN EN EL SISTEMA PENAL.....	6
6.1. Tipos de acuerdos que se pueden alcanzar en el CPP de 2004	6
6.2. Estructura y componentes en la negociación penal.....	7
6.2.1. Etapa pre-negociadora	10
6.2.2. Etapa negociadora (negociación propiamente dicha)	13
6.2.3. Etapa conclusiva de la negociación.....	14
6.3. Negociación de acuerdos penales	15
6.3.1. Desde la perspectiva del abogado defensor con su cliente.....	15
6.3.2. Desde la perspectiva del abogado defensor con la contraparte	17
6.3.3. La toma de iniciativa para la solución del problema.....	17
6.3.4. Formas de resolución de conflictos.....	19
6.3.5. La negociación en la mesa del resultado neto esperado.....	21
6.3.6. La negociación en la mesa basada en el interés	23
CAPÍTULO VII.....	24
LA NEGOCIACIÓN EN LOS PROCESOS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004.....	24
7.1. Los procesos especiales en el CPP de 2004.....	24
7.2. El acuerdo negociado por tipos de proceso penal	27
CAPÍTULO VIII.....	31
APLICACIÓN DE TÉCNICAS DE NEGOCIACIÓN EN EL PROCESO COMÚN	31
8.1. Apunte previo	31
8.2. Concepto.....	32
8.4. Principios procesales que fundamentan la convención probatoria	34
8.4.1. Convenciones probatorias y el principio dispositivo.....	34
8.4.2. Convenciones probatorias y cumplimiento del principio de economía procesal.....	35
8.4.3. Convenciones probatorias y el principio de celeridad procesal	36

8.4.4.	Convenciones probatorias y los principios de buena fe y lealtad procesal	38
8.4.5.	Convenciones probatorias y el principio de igualdad procesal	40
8.4.6.	Convenciones probatorias y principio de razonabilidad.....	41
8.4.7.	Convenciones probatorias y los principios de valoración probatoria	42
8.5.	Finalidad.....	44
8.6.	Presupuesto	45
8.7.	Discovery	45
8.7.1.	El acuerdo de descubrimiento como presupuesto para ingresar a las convenciones probatorias	47
8.7.2.	Descubrimiento de informaciones en el derecho procesal penal	48
8.7.3.	Diferencia entre el descubrimiento y el ofrecimiento de pruebas	49
8.7.4.	Consecuencias jurídicas de ingresar a un acuerdo sin conocer la información que posee la otra parte	50
8.7.5.	Regulación procesal penal nacional y el deber de descubrimiento de parte del Ministerio Público	50
8.7.6.	Información que debe revelar o no el Ministerio Público	52
8.7.7.	Regulación procesal penal nacional sobre el deber de descubrimiento de información por parte del acusado.....	55
8.7.8.	Acuerdo fuera del ámbito judicial de descubrimiento de informaciones de la defensa con el Fiscal.....	56
8.7.9.	Ventaja para el acusado de ingresar a un acuerdo de descubrimiento con el Fiscal	56
8.7.10.	Ventaja para el Fiscal de ingresar a un acuerdo de descubrimiento con el acusado	57
8.7.11.	Información que debe revelar o no el acusado.....	57
8.7.12.	Resultado de un acuerdo probatorio cuando el Ministerio Público ha descubierto información y la defensa no lo ha hecho	63
8.7.13.	Resultado de un acuerdo probatorio cuando el acusado ha descubierto información y el Ministerio Público no lo ha hecho.....	63
8.8.	Requisitos	63
8.8.1.	Requisitos de procedibilidad	63
8.8.2.	Requisito de fundabilidad	67
A.	El objeto de la convención	67

8.8.3. La estimación judicial como aquel acto que permite el despliegue de los efectos	68
8.9. Procedimiento	69
8.9.1. Momento de las convenciones probatorias.....	69
8.9.2. Plazos de las convenciones probatorias.....	72
8.10. CASOS PRÁCTICOS.....	82
BIBLIOGRAFÍA	87

LA NEGOCIACIÓN PENAL PARTE ESPECIAL

CAPÍTULO VI

LA NEGOCIACIÓN EN EL SISTEMA PENAL

6.1. Tipos de acuerdos que se pueden alcanzar en el CPP de 2004

Como hemos mencionado anteriormente, la mayoría de los ordenamientos jurídicos penales de tradición anglosajona y eurocontinental, se han caracterizado por incorporar fórmulas de negociación penal que tienden hacia la regulación de salidas alternativas al conflicto penal y la búsqueda de mecanismos de simplificación procesal¹ con la finalidad de acelerar la actividad procesal, a lo que deberíamos añadir, los mecanismos procesales para la incorporación de información importante para cumplir con los fines del proceso penal.

La inserción de los mecanismos consensuales supone, pues, una flexibilización del principio de legalidad y del principio de oficialidad, en lo que se denomina el principio de oportunidad - que no es otra cosa que su antítesis²- y sus criterios delimitadores que varían según sea la regulación que se analice. La vigencia del principio de consenso en estos mecanismos es claro, que "implica que las partes pueden llegar a un acuerdo sobre la forma procedimental a que se sometería el asunto penal o, incluso, respecto del contenido fáctico y jurídico-penal del mismo asunto"³.

Ahora bien, en el proceso penal, encontraremos diferentes tipos de acuerdos según sea el fin que se persiga, siendo el único rasgo que

¹ Cfr. RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás. *El consenso en el proceso penal español*. José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1997, p. 17.

² Ello, "permite a los encargados de la *persecution criminis* y de la acusación ejercerla o dejar de actuarla; que autoriza a los Jueces y Tribunales a juzgar sin fundamentar, dispensándose la defensa técnica, según criterios de conveniencia, Por consiguiente, lo consideramos un principio, en su pureza, incompatible con el de legalidad". GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidad, oportunidad y consenso en el proceso penal*. Ara editores, Lima, Perú, 2012, p. 95.

³ DEL RIO FERRETTI, Carlos. *Proceso penal, consenso de las partes y enjuiciamiento jurisdiccional*. Librotecnia, Santiago de Chile, Chile, 2009, p. 21.

comparten el respeto al principio de consenso y, que de ningún modo, puede significar la "imposición de voluntad de un sujeto sobre otro, por ejemplo, del interés del fiscal en librarse del procedimiento de investigación o del Juez en terminar el proceso penal, contra la voluntad del inculpado, sino una discusión horizontal, no jerarquizada de la solución del problema criminal con más comunicación entre los sujetos procesales. Son inadmisibles los mecanismos de coacción para alcanzar el término del procedimiento o del proceso"⁴.

En el siguiente gráfico, a manera de resumen definimos estos diversos tipos de acuerdos de manera general:

TABLA N° 14: TIPOS DE ACUERDOS EN EL CPP de 2004

ACUERDOS PARA EVITAR EL INICIO O CONTINUACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PENAL	Acuerdo en el principio de oportunidad.
	Acuerdo reparatorio.
	Acuerdo en el ejercicio de la acción penal privada.
ACUERDOS QUE DECIDEN SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL	Acuerdo de terminación anticipada.
	Acuerdo de conclusión anticipada.
ACUERDO SOBRE PROCEDIMENTALES	Acuerdo en las convenciones probatorias.
ACUERDO QUE DECIDE SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y LA ENTREGA DE INFORMACIÓN	Acuerdo de colaboración eficaz.

Fuente y elaboración propia (2020)

Sin duda, existen particularidades propias en cada uno de estos acuerdos que ameritan un desarrollo individual en los apartados correspondientes; sin embargo, es posible desarrollar una estructura y componentes comunes y que pueden servir como modelo base para la negociación en cada tipo de acuerdos penales, lo que será desarrollado en los siguientes apartados.

6.2. Estructura y componentes en la negociación penal

⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidad, oportunidad y consenso en el proceso penal*. Ob.cit., p. 97.

En los capítulos anteriores, hemos puesto atención a las recomendaciones que se brindan para abordar una negociación desde la escuela de Harvard, que se basa en una negociación en base a intereses y no en posiciones. El reto, es pues, adaptar estas recomendaciones y proyectar un modelo de negociación que sea aplicable a los escenarios consensuales que se plantean en el proceso penal y que nos llevaran a alguno de los tipos de acuerdos que hemos mencionado anteriormente.

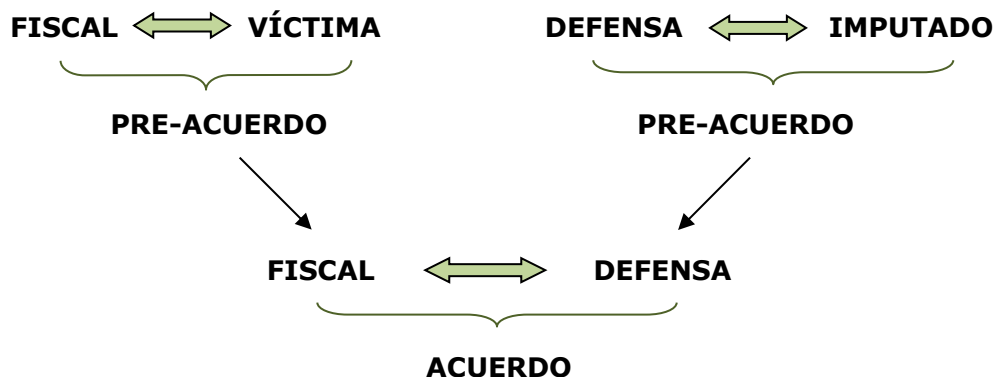
En tal sentido, consideramos que, en el ámbito penal a pesar del reconocimiento legal y jurisprudencial de mecanismos consensuales como el principio de oportunidad, la terminación anticipada o la colaboración eficaz, solo para dar algunos ejemplos, no se ha brindado mayor interés en desarrollar teóricamente la fase de negociación que conllevan los acuerdos penales, dejando simplemente a la experiencia y conocimientos de los sujetos procesales el éxito de la negociación. Si bien, la práctica genera la experiencia necesaria en la negociación, es importante contar con herramientas teóricas que pueden facilitar mejores resultados y que también han sido puestas en práctica.

Comenzamos por señalar que la negociación en el ámbito penal no sólo se da cuando el Fiscal se pone de acuerdo con el imputado y su defensa, sino también, existe una etapa previa de preparación en la cual se toma conocimiento de los intereses de las partes enfrentadas y sobre la base de la cual deben plantear la negociación, ya que, la disposición propiamente no depende sólo de ellos (situación más apreciable en el caso de la víctima en razón de la expropiación del conflicto por parte del Estado, en el cual colisionan los intereses de la víctima y del Estado y, consecuentemente, los derechos y exigencias de los agraviados quedan de lado por ser opuestos a los intereses definidos por el Estado en sus decisiones⁵), pues, en algunos tipos de acuerdos la participación de la víctima es fundamental.

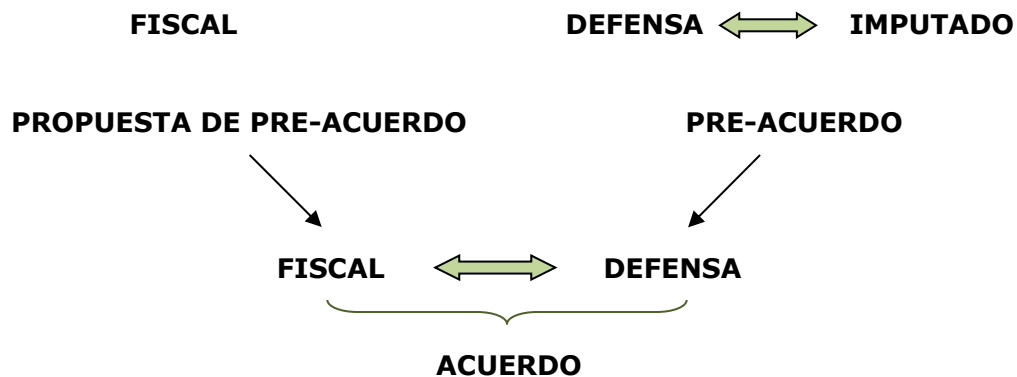
Observando desde esta perspectiva presentamos el siguiente gráfico que reproducen los diversos escenarios que se pueden surgir en un proceso penal:

⁵ Cfr. DEVOTO, Eleonora A. *Sobre la mediación penal, algunas consideraciones relativas a su justificación teórica*. En página web: http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/mediacion_penal.html. Consultado el 29 de mayo de 2020.

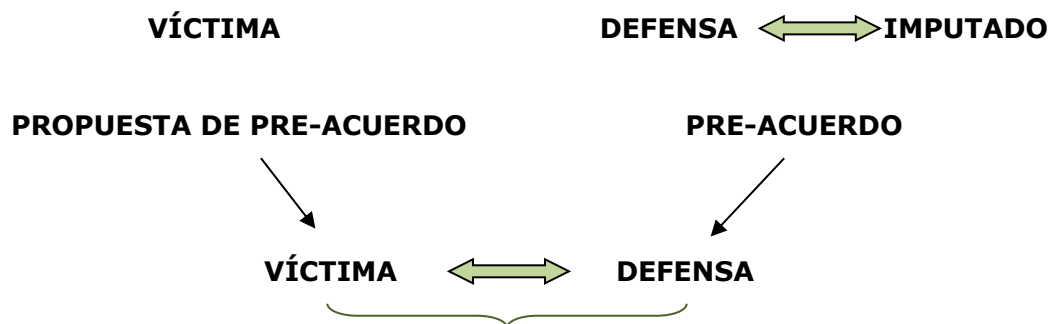
- **Primer escenario: Negociación Fiscal-Víctima/Defensa-imputado.**



- **Segundo escenario: Negociación Fiscal/Defensa-imputado.**



- **Tercer escenario: Negociación Víctima/Defensa-imputado.**



ACUERDO

Estos escenarios de negociación son recurrentes en el proceso penal. Como hemos visto en el método Harvard, la negociación atraviesa por diversas fases que van desde la preparación, negociación y finalmente, el llegar a un acuerdo. En las siguientes líneas, adaptaremos un modelo de negociación penal siguiendo las recomendaciones de la escuela de Harvard, por lo que, resumiremos brevemente lo expuesto en la parte general:

6.2.1. Etapa pre-negociadora

En esta etapa, se desarrolla una fase de preparación completa para la futura negociación. Es la etapa en la cual el negociador debe equiparse de todas las armas posibles para ingresar a la negociación y no verse desprotegido ante alguna propuesta de la otra parte si ésta no le es ventajosa⁶.

a. Preparación táctica

Consiste en establecer la estrategia que se empleará en la negociación. Para ello se deben tener en claro: los intereses (de ambas partes), el estilo de negociación que se empleará (negociación situacional⁷), los temas sobre los que voy a negociar (temas específicos que entrarán en debate, organizados en orden de prioridades), crear una opción previsor, es decir, prever qué hacer si no se alcanza el objetivo, establecer hipotéticamente cuáles serán los temas y propuestas que la otra parte someterá a negociación, crear un proyecto del acuerdo ideal que se busca lograr.

En otras palabras, se debe pensar en cómo aplicar una o varias estrategias que pueden extraerse de la práctica como la utilizada en la

⁶ PONTI, Franc. *Los caminos de la negociación: Personas, estrategias y técnicas*. De Bolsillo, Barcelona, España, 2008, pp. 43-78.

⁷ En la doctrina de la negociación vemos que "la negociación situacional consiste en la capacidad de cambiar la forma de negociar en función de las circunstancias en las que opere en un determinado momento". PONTI, Franc. *Los caminos de la negociación: Personas, estrategias y técnicas*. Op. cit., pp. 25-27.

operación "Chavín de Huántar"⁸, que básicamente nos dice que se debe planificar y ensayar constantemente la negociación con el fin de llegar a un fin enteramente favorable. Para lograr esto, se debe recopilar información de los vínculos positivos que se pueda tener con la contra parte, es decir, aplicar el principio de afinidad, mediante el cual se busca la empatía con el negociador explotando los vínculos de formación, experiencia y gustos conocidos.

b. Preparación creativa

El negociador "ha de viajar por la irrealidad como paso obligado para volver a la realidad misma. ¿Cómo? Convirtiendo en posibilidades todo lo que se encuentra en el ambiente"⁹, es decir, se debe crear un mapa basado en cada tema sobre los que se debatirá, dentro del cual se debe establecer una serie de propuestas (lluvia de ideas) para cada uno de los temas, creando de esta manera mayor espacio para negociar¹⁰. El mapa debe estar estructurado de manera equilibrada y armónica con miras al objetivo que se busca obtener con la negociación.

Dicha lluvia de ideas debe empezar a concretizarse mediante los criterios objetivos que presente el caso, se debe empezar a analizar y purgar las ideas con el fin de llegar a creación de la mejor alternativa para un acuerdo negociado (MAPAN) y el plan alternativo de acuerdo negociado (PAAN). Por el primero se entiende al plan inicial, la propuesta más favorable que mediante la negociación puede ir bajando en su estándar (por el devenir del proceso de planificación y por el conocimiento adquirido en la misma); por el segundo, se entiende a aquel plan que llega a su límite irrenunciable, a su núcleo duro, es decir, muestra hasta donde puede ceder una parte sin perjudicar sus intereses.

⁸ Principio denominado de esta manera debido a que el operativo "Chavín de Huántar", realizada para liberar a los rehenes que el MRTA había aprisionado dentro de la embajada de Japón, fue planificada milimétricamente; y como resultado de dicha planificación y su respectiva planificación el ingreso a dicha embajada fue un éxito de estrategia militar.

⁹ VALBUENA DE LA PUENTE, Felicísimo. *Pragmática de la negociación*. Op. cit., P 81.

¹⁰ FISHER, Roger, URY, William y PATTON, Bruce. *Si de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*. Op. cit. p. 77.

Mediante estos dos planes se puede determinar los límites de la negociación de intereses, límites expresados de una manera lúdica en el siguiente cuadro:

Gráfico N° 6: Bases para la negociación exitosa



Fuente y elaboración propia (2020)

Se recomienda seleccionar el lugar donde se desarrollará la negociación (preferentemente debe tratarse de un ambiente informal que les brinde las comodidades). Ahora bien, esto puede servir especialmente en el caso de ciertos acuerdos como el acuerdo reparatorio o la colaboración eficaz, en la cual, el acuerdo es esencial para el éxito de la institución procesal penal.

c. Preparación personal

Consiste en la preparación interna de la persona que va a negociar. En esta área se debe realizar la gestión emocional (control de emociones), la que consiste en la inversión de roles (percepción), comunicación (verbal o no verbal) y escucha activa, así como el actuar asertivamente. Prepararse emocionalmente para mantener el control en situaciones complejas. Comprender que toda propuesta y negociador por mas fortaleza que ostente siempre tiene debilidades, que en la negociación no se debe atacar todos los puntos, sino solo los más vulnerables.

Por ejemplo, el abogado defensor puede pensar que es una parte débil frente al Fiscal y verlo como parte de una institución con todo el poder, los recursos económicos y humanos necesarios; sin embargo, ello solo debe tomarse como una perspectiva con prejuicios que predisponen al sujeto a la derrota, pues, no se considera que ese poder es una apariencia, en realidad el Ministerio Público presenta también limitaciones administrativas, deficiencias institucionales y trabas burocráticas con los que tiene que lidiar durante la investigación, que nos permiten afirmar que la brecha entre partes no es tan grande y que, en todo caso, corresponde a los jueces de investigación preparatoria y juicio oral viabilizar el ejercicio de los derechos y la aplicación de las garantías del imputado.

6.2.2. Etapa negociadora (negociación propiamente dicha)

Esta etapa es aquella en la cual se despliega todo el proceso de la negociación, es decir, es este el momento en el que se pone en práctica todo lo ideado en la etapa de preparación y se desarrollan los temas analizados en el orden que se estableció previamente. Debemos tener en cuenta las siguientes recomendaciones:

- a) Iniciar esta etapa con una comunicación suave (no temerosa), expresándonos con claridad¹¹ y seguridad.
- b) Identificar intereses¹², interactuar¹³, poner en conocimiento de la otra parte cuáles son nuestros intereses y hacer que este precise los suyos mediante preguntas (desbloquear negociaciones posicionadas), en ese sentido se debe aplicar la mayéutica, tratando de que sea la otra parte la que revele la información. Dicha información (la oferta y la contraoferta) deben ser descritas de una manera precisa (especifica) quien, que, cuando, donde y como cumplirá los términos del acuerdo-propuesta, si no se determina la misma es posible que el negociador contrario quede con dudas, vacíos que serían fácilmente llenado por preconcepto o

¹¹ Cfr. STONE, Douglas/PATTON/Bruce/HEEN, Sheila, *Conversaciones difíciles: Cómo enfrentarlas y decir lo que tiene que decir*. Ed. Norma, Bogotá, 1999, pp. 183-198.

¹² Cfr. FISHER, Roger/URY, William/PATTON, Bruce. *Si de acuerdo! Cómo negociar sin ceder* Ob. cit. PP. 51-58.

¹³ Cfr. STONE, Douglas/PATTON/Bruce/HEEN, Sheila, *Conversaciones difíciles: Cómo enfrentarlas y decir lo que tiene que decir*. Ob.cit., pp. 199-214.

experiencias particulares, pudiendo generar inejecución del acuerdo.

- c) Una vez conocidos los intereses comunes, debemos iniciar la negociación basada en criterios objetivos¹⁴ (búsqueda de beneficios comunes, ser razonables y no ceder ante la presión), aplicando el “principio de reciprocidad” que plasma la idea de conceder y requerir en proporcionalidad, es decir, pedir y solicitar en la misma valoración objetiva, basándose en los puntos de diferencia y concordancia.
- d) Escuchar activamente a la otra parte la sustentación de sus objetivos y al mismo tiempo descubrir sus puntos vulnerables¹⁵;
- e) No alterarse ni reaccionar ante situaciones complejas o posiciones obstinadas sino enfocar la atención y atacar el problema,
- f) Expresar la opinión personal sin presionar, es decir, no contradecir a la otra parte sino replantear su propuesta¹⁶ (hacer ver a la otra parte las desventajas de su propuesta y las ventajas de la propuesta propia);
- g) Inventar opciones (articular propuestas) de mutuo beneficio¹⁷;
- h) No apresurarse con decisiones importantes, se puede solicitar pausas;
- i) Generar acuerdos creativos.

6.2.3. Etapa conclusiva de la negociación

En esta etapa, ya sólo resta plasmar el acuerdo, producto de la negociación, en un documento, que como tal, adquiere valor y relevancia para el ámbito en el que se desarrolló. Si en la etapa pre-negociadora se creó el proyecto de Acuerdo, es en este momento en el que se empleará dicho proyecto con determinadas variaciones que se produjeron por efectos de la negociación.

¹⁴ Cfr. FISHER, Roger/URY, William/PATTON, Bruce. *Si de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*. Ob. cit. pp. 102-107.

¹⁵ URY, William. *Supere el no: Cómo negociar con personas que adoptan posiciones obstinadas*. Ob.cit., pp. 52-55.

¹⁶ *Ídem*, pp. 77-97.

¹⁷ FISHER, Roger, URY, William y PATTON, Bruce. *Si de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*. Op. cit., pp. 66-93.

6.3. Negociación de acuerdos penales

6.3.1. Desde la perspectiva del abogado defensor con su cliente

No siempre lo considerado por el abogado defensor como correcto y beneficioso para la negociación, lo es necesariamente para los intereses de su defendido. En todo momento el abogado defensor debe evitar la confrontación con el cliente, en su lugar, debe establecer con él una "relación colaborativa"; es decir, un lazo centrado en su posición para favorecer la negociación pues de esta manera se busca identificar cuáles son sus intereses y prioridades para perseguirlas vía la negociación.

Para ello, el enfoque se basará en cuáles son las "consecuencias fácticas" de las decisiones que se podrían tomar (se debe informar al cliente sobre los pro y los contra de tomar determinada decisión) y sobre la delimitación de la autonomía (entre el abogado y su cliente)¹⁸.

El abogado defensor no solo utilizará determinadas técnicas y estrategias de negociación con las otras partes (el Fiscal y el agraviado) sino también con su cliente para llegar a un buen entendimiento, entre las que podemos mencionar:

- El abogado debe saber compartir el control, el abogado defensor no puede actuar unilateralmente, debe compartir opiniones y responsabilidades con su defendido.
- El abogado deberá escuchar a su cliente, pues existe un aprendizaje mutuo, una retroalimentación para la formación de una teoría del caso y para determinar las pautas de cómo y desde qué posición negociar.
- El abogado defensor debe entender que su defendido a veces no estará de acuerdo con ciertas concepciones personales del abogado, por lo que una buena negociación con su cliente es un punto fundamental.

¹⁸ Cfr. MNOOKIN, Robert H., PEPPET, Scott R. y TULUMELLO, Andrew S. *Resolver Conflictos y alcanzar Acuerdos. Cómo plantear la negociación para generar beneficios*. Editorial Gedisa, Barcelona, 2000. p. 233.

- Ambas partes deberán debatir constantemente los conflictos que se puedan generar, sea sobre el tratamiento de la negociación, temas externos o de emolumentos.

Estos elementos en conjunto deben formar el planteamiento que el abogado tiene para establecer una mejor relación con su cliente, ya que una correcta química entre ambos es fundamental. El abogado deberá preocuparse por conocer los intereses de sus clientes de manera que cuando se le pregunte por ellos o le toque exponerlos no se vea como un desinformado, nunca deberá considerar que se sabe de antemano cuáles deberían ser o cuáles son los intereses del cliente¹⁹.

Por otro lado, el abogado debe hacer ver a su cliente que comprender a la contraparte no equivale a coincidir con sus opiniones²⁰. Que el cliente llegue a comprender a la otra parte permitirá negociar de manera más eficaz, lo que no quiere decir que se vaya a ceder con facilidad ante las exigencias contrarias²¹. En tal situación, el abogado debe hacer entender a su cliente que todo acuerdo debe satisfacer necesariamente algunos intereses y prioridades de la otra parte, por esto, comprenderlos facilitará la búsqueda de tratos que creen valor.

Respecto de los honorarios, la negociación es otro factor importante, éstos deben estar claros desde el principio, ya que, negociar después de realizado el trabajo es más difícil pues se carece de incentivos sobre todo si no hay expectativas de que se vaya a trabajar juntos en el futuro.

Por otro lado, el abogado no debe buscar la sola aprobación de su cliente (que puede darse por su mismo desconocimiento de la materia), sino que, intenta comunicar con claridad la valoración que hace del caso y formula su propósito de aconsejar juiciosamente para tomar decisiones que sean efectivas. Por ello, ante un cambio de ideas por parte del cliente,

¹⁹ Cfr. PONTI, Franc. *Los caminos de la negociación: Personas, estrategias y técnicas*. Op. cit., p. 44.

²⁰ GOZAINI, OSVALDO, *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Ob.cit., p. 35.

²¹ Cfr. FISHER, Roger; KOPELMAN, E. y KUPFER SCHNEIDER, A., *Más allá de Maquiavelo: Herramientas para afrontar conflictos*. Editorial Granica, Buenos Aires, Argentina, 2006, p.70.

lo mejor será la paciencia y esforzarse por comprender lo que sucede, se le debe hacer ver lo perjudicial que ello puede traer a la negociación, y si todavía no se está preparado para llegar a un acuerdo entonces habrá que abordar el tema de manera explícita²².

6.3.2. Desde la perspectiva del abogado defensor con la contraparte

El objetivo del abogado defensor se centrará en establecer una relación de cooperación con las otras partes que permita la creación de un valor agregado, siempre y cuando ello no implique algún detrimento para nuestro cliente. Se debe evitar riesgos de conflicto entre aquellos que intervienen en la negociación, por eso, podría ser útil conocer anticipadamente: Las creencias y formas de pensar de la contraparte, a su vez de adoptar actitudes proactivas (con las que se buscará abrir camino hacia la resolución de problemas); optimistas (para abordar las disputas y tratos buscando acuerdos que generen valor y formular esta búsqueda como una parte esencial de la atención a nuestro cliente) y realistas (que en vez de responder el ataque se debe proteger al cliente mientras se sigue intentando que la contraparte opte por la negociación constructiva).

Un abogado defensor con mentalidad optimista, a la vez que realista será menos propenso de perder el equilibrio, lo más útil será creer que casi siempre existe la posibilidad de crear valor, de llegar a un entendimiento, de crear acuerdo. De esta manera, y a pesar de saber que lo habitual en la negociación es actuar con agresividad y reaccionar a los ataques de la otra parte, es menester intentar reorientar el planteamiento contrario, tomando la iniciativa²³.

6.3.3. La toma de iniciativa para la solución del problema

El método de Harvard postula lo siguiente las siguientes recomendaciones para tomar la iniciativa para la solución del conflicto:

²² Cfr. MNOOKIN, Robert H., PEPPET Scott R. y TULUMELLO Andrews. *Resolver Conflictos y alcanzar Acuerdos. Cómo plantear la negociación para generar beneficios*. Ob. cit., pp. 259 -260.

²³ URY, William. *Supere el no: Cómo negociar con personas que adoptan posiciones obstinadas*. Ob.cit., p. 50.

- El primer paso para la resolución de problemas consistirá en abrir el camino para que en la medida de lo posible:
- Se cree una relación de trabajo colaborativa con la otra parte (Fiscal, Agraviado o el abogado defensor de este último según sea el caso);
- Se promueva la comunicación efectiva sobre las oportunidades y los riesgos legales y la legislación relevante;
- Se efectivice la comunicación sobre intereses, recursos y prioridades de las partes con el fin de alcanzar acuerdos que creen valor;
- Estimular el desarrollo de opciones creativas;
- Minimizar los costos de transacción;
- Tratar las cuestiones distributivas como problemas compartidos;
- No perjudicar (en lo posible, mejorar) la relación con los clientes;
- Defender del abuso a nuestro cliente²⁴.

Por ello, no está de más decir que los primeros minutos de la negociación son cruciales, ya que consisten en un envío explícito e implícito de mensajes sobre las valoraciones del oponente, puede darse el caso que la otra parte esté a la defensiva, por lo que se debe tener en todo momento una actitud dirigida a llegar a un acuerdo, que denote la intención de escuchar lo que la otra parte tiene que decir. Ante esta situación, es importante saber cómo le gusta trabajar a las otras partes, haciendo sugerencias sobre los pro y los contra de cada enfoque para luego elaborar un plan²⁵.

Por este mismo proceso colaborativo, todo se formula como un problema conjunto, se debe buscar lo aceptable para ambas partes. El deseo de querer buscarle una solución al problema mediante un acuerdo no debe confundirse con una imposición a la otra parte por más que éste sea bueno en sí.

Esa compenetración de los abogados en la elaboración del plan y el proceso genera una mayor disposición a continuar a pesar de futuras

²⁴ MNOOKIN, Robert H. y otros. *Resolver Conflictos y alcanzar Acuerdos. Cómo plantear la negociación para generar beneficios*. Ob. cit., p. 266.

²⁵ FISHER, Roger, y otros. Op. cit., p. 46.

complicaciones, ya que cada uno se considerará autor de ambos. La reciprocidad generará que incluso negociadores intransigentes se inclinen por la vía de la resolución de problemas; sin embargo, tampoco se espera que la otra parte adopte siempre un talante únicamente colaborativo, por ello habrá que identificar sus tácticas²⁶:

- a) Exigencias extremas seguidas de concesiones pequeñas y lentas;
- b) La táctica del compromiso;
- c) Ofertas de lo tomas o lo dejas;
- d) Ofertas no correspondidas;
- e) Resistir;
- f) Insultos personales;
- g) Marcarse un farol, exagerar y mentir;
- h) Amenazas y advertencias;
- i) Menospreciar las alternativas o los argumentos de la otra parte y;
- j) El policía bueno y el policía malo.

Descubriendo estas tácticas de “negociación dura” a lo largo de las negociaciones, podemos evitarlas e incluso, intentar utilizar lo que la otra parte haya dicho para favorecer nuestro enfoque de resolución de problemas, lo que se conoce como el *jiu-jit-su* de la negociación. Ahora, si lo que se busca es cambiar la actitud del negociador duro, lo que se debe hacer es reorientar hacia la resolución de problemas. Así pues, escuchar, reformular e identificar su juego para convencer a la otra parte, cambiar a los jugadores si es necesario mandar al otro abogado a su cliente para que negocien.

6.3.4. Formas de resolución de conflictos

Generalmente se piensa que el construir un proceso de negociación que permita estudiar si es posible llegar a un acuerdo lo más pronto que se pueda es el ideal máximo; sin embargo, puede que no sea factible (o ni siquiera deseable) en todos los casos. El abogado defensor, conjuntamente con su cliente, deberá diseñar pronto una estrategia que se ajuste a su situación. Para ello puede hacerse tres preguntas:

²⁶ MNOOKIN, Robert H., y otros. *Resolver Conflictos y alcanzar Acuerdos. Cómo plantear la negociación para generar beneficios*. Op. cit., p. 271.

- ¿Es éste uno de los casos en que un acuerdo negociado quizá no tenga sentido, aunque la otra parte esté dispuesta a negociarlo? Algunos conflictos pueden amenazar el objetivo principal que se busca, puede ser indispensable crear o defender un precedente legal vinculante;
- ¿Cómo podemos crear valor minimizando los costos del acuerdo y estudiando acuerdos basados en las diferencias temporales o las preferencias de riesgo? La pronta consecución de un acuerdo negociado debe ser el objetivo, a su vez se debe analizar las distintas decisiones posibles (oportunidades y riesgos); y
- ¿Es posible que las partes de este conflicto puedan satisfacer sus objetivos si aprovechan las oportunidades de una mayor diversidad de acuerdos? Propio de cuando las partes hayan tenido una relación anteriormente o la puedan tener en el futuro. Se puede llegar a un acuerdo que tenga poco que ver con la disputa legal formal de las partes²⁷.

Hay dos modos básicos (“las dos mesas”) de negociación en la resolución de disputas, son marcos de referencia:

Tabla N° 15: Mesas de negociación para la resolución del conflicto

Mesa del resultado neto esperado.	Mesa basada en el interés.
Las partes se centran en evaluar y configurar el valor de ir a juicio.	Las partes se centran en descubrir los intereses, relacionados o no con el litigio.
Las normas y los argumentos	Se aplican normas y

²⁷ MNOOKIN, Robert H. y otros. *Resolver Conflictos y alcanzar Acuerdos. Cómo plantear la negociación para generar beneficios*. Op. cit., p. 288 – 289.

legales son fundamentales.	criterios no legales.
<p>Se puede crear valor mediante el diseño del proceso, ahorrando costes de transacción y estructurando unos acuerdos negociados para aprovechar las ventajas de las diferencias en las preferencias de tiempo y de riesgos.</p>	<p>Se puede crear valor mediante acuerdos no vinculados al proceso.</p>

Fuente y elaboración propia (2020).

6.3.5. La negociación en la mesa del resultado neto esperado

Como se viene manifestando en diversas oportunidades, la celeridad procesal es uno de los puntos principales que quiere aportar el CPP de 2004, lo que genera un beneficio recíproco entre todas las partes intervinientes. Por consiguiente, el abogado defensor debe tener como objetivo conseguir acuerdos negociados tempranos siempre que favorezcan los intereses de nuestro cliente. El problema radica en que casi siempre se consigue tarde y después de concurrir en costes enormes en el difícil proceso de descubrimiento de pruebas, que es donde se encontrará el arma que fortalezca su posición y debilite la del oponente. La obtención de esta arma es difícil y cara.

El abogado defensor tendrá que tomar la iniciativa, primero con su cliente, luego con la otra parte. Revisar la relación que mantenemos con el cliente para verificar si es proclive a un acuerdo temprano. A

continuación, debe comprobar sus propios supuestos sobre el cliente y sobre los riesgos que están dispuestos a asumir. Lo más frecuente es que la actitud hacia el riesgo sea distinta, por ello, es importante preguntarse respecto de si el cliente tiene la capacidad suficiente para que podamos confiar en él en cuestiones de riesgos. Si confiamos en que nuestro cliente tiene la suficiente capacidad para calcular los costes y los beneficios de alcanzar acuerdo rápidamente o incluso ante la incertidumbre, podremos asentar nuestra relación con él. Obviamente, antes de ello, el cliente debe conocer toda la información referida a la negociación y los alcances que ésta puede tener, manifestando en todo momento la aceptación y la voluntad de hacerlo.

La cuestión no es que el abogado deba olvidar ejercer la defensa durante un juicio, sino que la opción por esa vía debe estar correctamente motivada, no ser meramente un acto reflejo. El abogado que considere un acuerdo temprano se puede preguntar legítimamente: "¿Qué beneficios reporta?", "¿es realmente lo que le conviene a mi cliente?", "¿me conviene realmente a mí negociar?".

Una manera de evaluar el caso de manera eficaz es a través de un análisis de decisiones, es decir, exponiendo las posibilidades y opciones que tiene el cliente. De esta manera se pueden distinguir entre *temas fundamentales* (cálculo de la pena, efectividad de la pena, la reparación civil) y *factores influyentes* (que pueden ser las llamadas consecuencias accesorias). Para analizar la decisión sobre un acuerdo negociado se podría emplear un árbol de decisión, donde una rama representaría el acuerdo negociado, y la otra, ir a juicio. La finalidad de descomponer las opciones de esta manera explícita es ayudar a los abogados y a los clientes a comparar los beneficios inciertos de ir a juicio con una oferta concreta de acuerdo.

El abogado debe calcular el éxito, decir, por ejemplo, que se cuenta con argumentos sólidos quiere decir que las probabilidades de ganar son muchas. De esta manera se puede determinar qué tan conveniente puede terminar siendo un arreglo. La elaboración conjunta de un árbol de decisiones (en la mesa de negociaciones) puede llegar a ser útil en la medida que permite al abogado averiguar si la contraparte ha desvelado sinceramente lo que piensa sobre las oportunidades y los riesgos del

litigio. De igual manera, esta elaboración en conjunto puede ayudar a identificar los hechos conflictivos entre las partes, de manera que estos puedan esclarecerse y superarse²⁸.

6.3.6. La negociación en la mesa basada en el interés

Una vez resuelta la duda de si se va o no a juicio, el próximo punto de estudio será cuáles son los intereses que se van a negociar. Para ello, se debe tratar de convencer de dar ese paso a la contraparte, por lo que puede plantearse lo siguiente:

- Primero: Buscar acuerdos puede ser bueno para ambas partes.
- Segundo: Buscar acuerdos no exige ni implica un cese del fuego.
- Tercero: Hablar de intereses no es signo de debilidad. Puede significar todo lo contrario (signo de fuerza y confianza).

En vez de preguntarle directamente qué le preocupa a la otra parte, el abogado Defensor puede proponer un estudio conjunto sobre qué le preocupa a cada parte y por qué, y qué cree cada una de ellas que se va a conseguir en el proceso. El Abogado defensor debe permitir la participación de su cliente en la negociación directa, para ello, antes deben definir cuáles son los intereses que se buscan en determinados casos para que ninguno contradiga el objetivo principal ni la idea común. Muchas veces la consecución de un acuerdo basado en el interés puede generar mejores resultados que los probables por un juicio.

Al realizar un acuerdo de esta manera, las partes pueden abordar intereses que no se podrían atender si se centraran exclusivamente en el resultado neto esperado del litigio. Ningún método de negociación garantiza total efectividad, incluso aquella basada en el interés, pero si las partes no la intentan puede que no lleguen a ningún acuerdo efectivo.

²⁸ NALEBUFF, Barry J. y BRANDENBURGER, Adam M. *Coopetencia*. Ob. cit., p. 16.

CAPÍTULO VII

LA NEGOCIACIÓN EN LOS PROCESOS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

7.1. Los procesos especiales en el CPP de 2004

El CPP de 2004, regula la estructura y fases de un proceso penal común, al cual se le denomina también proceso de comprobación, cognitivo²⁹ o de conocimiento, el cual pretende no solo la búsqueda de la verdad, sino también, el respeto de los derechos y garantías del imputado³⁰. No obstante ello, además del proceso común también se regulan las denominadas "especialidades procedimentales" que pueden entenderse como aquellos procedimientos divergentes del proceso común u ordinario por incidir en el objeto del proceso ciertos privilegios o prerrogativas en el justiciable, lo que, es una característica que puede encontrarse en diversos ordenamientos jurídicos euro continentales como el italiano³¹.

²⁹ Belling, Ernst. *Derecho procesal penal*. Editorial Labor, Madrid, España, 1943, p. 59. Asimismo, Ferrajoli considera que

³⁰ En ese sentido, Ubertis considera que "la disciplina del proceso penal tiene directamente que ver con la reglamentación de las relaciones entre poderes atribuidos a los órganos judiciales y la salvaguardia de los derechos individuales y cómo, por tanto, los principios inspiradores de un determinado sistema procesal penal están en íntima conexión con el tipo de ordenamiento político de cada país. Esto resulta también de la circunstancia de que los mismos están normalmente incluidos en las cartas constitucionales de los estados, así como del punto de vista doctrinal, compatible, que otorga al proceso penal consideración de "derecho constitucional aplicado". UBERTIS, Giulio. *Elementos de epistemología del proceso judicial*. (Traducción de Perfecto Andrés Ibañez). Editorial Trotta, Madrid, España, 2017, p. 41.

³¹ En Italia, por ejemplo, "junto al procedimiento ordinario de tribunal (por lo demás, celebrado con formas desiguales según se desarrolle ante un órgano jurisdiccional colegiado o unipersonal) y *corte d'assise*, hay una serie de procedimientos especiales que pueden colocarse a lo largo de un arco que va del marcado carácter acusatorio del procedimiento *direttissimo* al incontestable carácter inquisitivo del procedimiento por decreto, donde no obstante la distinción entre acusador y juez introducida por la reforma de 1988, el imputado sigue pudiendo ser condenado sin saberlo (si bien permitiéndosele oponerse a la decisión adoptada *inaudita altera parte* y así obtener la instauración de un nuevo procedimiento en el que se le garantice la contradicción). Y si es cierto que el

Así nuestro CPP de 2004, establece diversos procesos especiales, entre los cuales, se encuentran aquellos que responden a las cualidades del sujeto que se procesa³²; otros que inciden en la voluntad privada del sujeto afectado³³ o cuando la conducta realizada no configura como delito³⁴; están también aquellos procesos que en su estructura se regulan los acuerdos sobre la responsabilidad penal como lo son el proceso especial de terminación anticipada (art. 468º y ss.) y el cual, además se aporta información idónea y eficaz para la investigación penal, como lo es el proceso de Colaboración Eficaz (art.472º y ss.).

Respecto a estos dos últimos procesos, si bien lo común en ambos – que los diferencia del proceso penal común - consiste en que ambos se fundamentan en el principio dispositivo y el principio de consenso de las partes, a su vez, ambos se diferencian en la medida de que los efectos de la Terminación Anticipada consisten en agotar el proceso común de manera sin dar inicio, sustanciar ni concluir la etapa intermedia y juicio oral, y pasando automáticamente a la imposición de pena, siempre y cuando lo considere así el Juez de Investigación Preparatoria; mientras

procedimiento ordinario constituye para el legislador del arquetipo de referencia de los procedimientos diferenciados, es también indudable que estos últimos, incluso en la intención expresada por los artículos del CPP, están destinados a satisfacer la demanda de justicia de la inmensa mayoría de los casos sometidos a la consideración judicial". UBERTIS, Giulio. *Elementos de epistemología del proceso judicial*. Ob.cit., p. 43.

³² Tenemos al proceso especial por razón de la función pública que, a su vez, se subdivide en procedimientos por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos (arts. 449º y ss.); procedimientos por delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios (art. 452º y ss.) y procedimiento por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos (art. 454º y ss.). Dentro de este género también podemos advertir el procedimiento de seguridad (art. 456º y ss.) en la medida de que en este caso, si bien al igual que en el caso del proceso ordinario, se busca la cognición de la ocurrencia del delito imputado, a diferencia de este no se exige la probanza de la culpabilidad por incapacidad propia del justiciable. De ahí que resulta justificado que todas las personas con estas limitaciones a nivel de dicho elemento del delito tengan que recibir un tratamiento diferenciado y especial.

³³ Dentro de este género, se encuentra el procedimiento por delito de ejercicio privado de la acción penal (Art. 459 y SS) que difiere del proceso común por cuanto los poderes de sujeto procesal activo no le competen al Ministerio Público, sino al agraviado, a pesar de que el objeto procesal recaiga sobre la comisión de delitos.

³⁴ Asimismo, dentro de este género se aprecia el procedimiento por faltas (Libro Quinto Sección VII) que no solo difiere del proceso común por la naturaleza del actor, sino también por la naturaleza del elemento normativo del objeto procesal: Estos procedimientos se incoan con ocasión de la querrela interpuesta por la comisión de faltas y no de delitos.

que los efectos del procedimiento de Colaboración Eficaz lo relevante es el aporte de información útil y eficaz por parte del colaborador y el otorgamiento del beneficio premial acordado, lo que culmina el proceso.

(Art. 446º y ss.), cuya particularidad consiste en la concurrencia de suficiencia probatoria para acudir directamente a juicio oral sin necesidad de agotar las etapas de investigación preparatoria o etapa intermedia; vemos que, es posible que la audiencia de incoación de proceso inmediato las partes puedan acceder a la aplicación de algún criterio de oportunidad o un mecanismo de simplificación procesal³⁵, por lo que el escenario de negociación podría estar presente también en este proceso. A manera de resumen, les presentamos el siguiente cuadro sobre los tipos de procesos penales que regula el CPP de 2004:

Tabla N° 16: Tipos de procesos especiales en el CPP de 2004

GENERO	TIPO DE PROCESO	
Proceso ordinario	Proceso penal común	
Especialidades procedimentales	a. Proceso penal por razón de la función pública.	a.1. Proceso por delito de función atribuidos a altos funcionarios públicos
		a.2. Proceso por delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios.
		a.3. Proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos.
	b. Proceso de seguridad.	
Procesos especiales	a. Proceso inmediato	
	b. Proceso por ejercicio privado de la acción penal.	
	c. Proceso de terminación anticipada	
	d. Proceso por colaboración eficaz.	
	e. Proceso por faltas	
Procedimientos auxiliares o complementarios	a. La extradición	
	b. La asistencia judicial internacional.	
	c. La cooperación con la Corte Penal Internacional.	

Fuente y elaboración propia (2020).

Conforme a lo expuesto, podemos concluir que el CPP 2004 tiene diversas fórmulas consensuales que se pueden encontrar en el proceso penal común y en los procesos especiales o especialidades

³⁵ En ese sentido, el artículo 447º. 4 del CPP de 2004, establece que: "4. La audiencia única de incoación del proceso inmediato es de carácter inaplazable (...) El juez frente a un requerimiento de incoación del proceso inmediato, se pronuncia oralmente en el siguiente orden, según sea el caso: (...) b) Sobre la procedencia del principio de oportunidad, de un acuerdo reparatorio o de terminación anticipada, solicitado por las partes".

procedimentales, según sea el caso. Así pues, el método de negociación en cada uno de ellos puede variar, según como la normativa lo regule, sin embargo, en todos los casos encontraremos como producto el acuerdo negociado. Lo ejemplificaremos de la siguiente manera:

Gráfico N° 7: Acuerdo negociado



Fuente y elaboración propia (2020).

7.2. El acuerdo negociado por tipos de proceso penal

Desde esta perspectiva, podemos clasificar a los mecanismos consensuales conforme al proceso penal en el que se desenvuelven, de la siguiente manera:

Tabla N° 17: Tipos de acuerdo por tipo de proceso penal

PROCESOS DE NEGOCIACIÓN PENAL					
N°	TIPO DE PROCESO	ETAPA DEL PROCESO	MATERIA	TIPO DE ACUERDO	ARTÍCULOS CPP
1	Procedimientos especiales	Procedimientos especiales.	Faltas	Insta a conciliación o acuerdo judicial (484) / transacción extrajudicial (487).	Art. 487 y 484.
2	Procedimientos especiales	Procedimientos especiales.	Querrela	Conciliación	Art. 462. Inc. 3.

3	Procedimiento especial de simplificación procesal	Pre-procesal (472 a 476) / procesal (477 a 478).	Colaboración eficaz.	Acuerdo negociador	Art. 472 y ss.
4	Procedimiento especial de salida alternativa	Diligencias preliminares.	Principio de oportunidad	Conciliación prejudicial o judicial (art 2 inc. 7)	Art. 2. Inc. 2, 3, 7 y 9.
5	Procedimiento especial de salida alternativa	Diligencias preliminares.	Acuerdo reparatorio	Conciliación / MP propone acuerdo a las partes.	Art. 2. Inc. 6
6	Procedimiento especial de simplificación procesal	Investigación preparatoria.	Terminación anticipada.	Acuerdo negociador (468.2)/Juez insta a que acuerden (468.4)	Art. 468, 469 y 470.
7	Simplificación procesal en Proceso común	Etapas intermedia.	Convención probatoria.	Acuerdo negociado	Art. 350. Inc. 2.
8	Simplificación Procesal en Proceso común	Juicio oral.	Conclusión anticipada del juicio.	Acuerdo negociado	Art. 372.

Fuente y elaboración propia (2020).

Finalmente, desde el punto de vista del método por el cual se llega al acuerdo negociado, el CPP de 2004 prevé las dos modalidades del mecanismo de la autocomposición (directa e indirecta). Así, para resumir la clasificación antes expuesta, podemos citar lo siguiente:

Tabla N° 18: Características de los acuerdos negociados según el mecanismo de autocomposición

	MECANISMO DE AUTOCOMPOSICIÓN			
	DIRECTA		INDIRECTA	
	ACUERDO NEGOCIADOR	TRANSACCIÓN	MEDIACIÓN	CONCILIACIÓN

DECISIÓN Y RESULTADO	Se busca un acuerdo mutuamente satisfactorio y lo definen las partes	Se busca un acuerdo mutuamente satisfactorio y lo definen las partes	Se busca un acuerdo mutuamente satisfactorio. Lo definen las partes. El mediador NO propone fórmulas de solución	Se busca un acuerdo mutuamente satisfactorio. Lo definen las partes. El conciliador SI propone fórmulas de solución
REGULACION EN EL NCPP	Colaboración eficaz (Art. 472 y ss.) Terminación anticipada (Art. 468, 469 y 470) Convención probatoria (Art. 350. Inc. 2) Conclusión anticipada del juicio (Art. 372)	- Faltas (Art. 487 y 484.)	No implementado en el NCPP ni en el Derecho penal peruano	Querrela (Art. 462. Inc. 3.) Principio de oportunidad (Art. 2. Inc. 2, 3, 7 y 9) Acuerdo Reparatorio (Art. 2. Inc.)
VINCULACIÓN PARA LAS PARTES	Sólo si hay acuerdo	Sólo si hay acuerdo	Sólo si hay acuerdo	Sólo si hay acuerdo
VOLUNTARIO/ INVOLUNTARIO	Voluntario	Voluntario	Voluntario	Voluntario
PARTES COMPRENDIDAS	Sólo las partes. (Imputado - Víctima)	Sólo las partes. (Imputación - Víctima)	Las partes con un tercero. (Elegido por las partes o por el proceso)	Las partes con un tercero. (Elegido por las partes o por el proceso, que puede sugerir)
CONOCIMIENTO DEL FENÓMENO CONFLICTIVO POR PARTE DEL TERCERO	No	No	Si	Si
FORMALIDAD	Generalmente informal y sin mayor estructura	Generalmente informal y sin mayor estructura	Generalmente informal y sin mayor estructura	Generalmente informal y sin mayor estructura
NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO	Libre presentación de pruebas	Libre presentación de pruebas	Libre presentación de pruebas,	Libre presentación de pruebas, argumentos o intereses

	(en casos que se requiera de ella)		argumentos o intereses	(en casos que se requiera de ella)
CARÁCTER RESERVADO	Privado	Privado	Privado, salvo se realice dentro de un proceso	Privado, salvo se realice dentro de un proceso
CONTROL DEL PROCESO	Por las partes.	Por las partes.	Partes y tercero	Partes y tercero
NIVEL DE COERCIÓN U OBLIGACIÓN DE ACUERDOS	Cuando las partes toman un acuerdo	Cuando las partes toman un acuerdo	Cuando las partes toman un acuerdo	Cuando las partes toman un acuerdo

Fuente y elaboración propia (2020).

CAPÍTULO VIII

APLICACIÓN DE TÉCNICAS DE NEGOCIACIÓN EN EL PROCESO COMÚN

8.1. Apunte previo

Las convenciones probatorias o estipulaciones probatorias – como se le conoce en la doctrina procesal comparada - es una institución procesal que se encuentra regulada dentro del proceso penal común, siendo una innovación del CPP de 2004, que consisten en acuerdos tomados entre las partes de un proceso penal, durante la etapa intermedia previa al juicio oral y que pueden versar sobre hechos, circunstancias o medios de prueba. De tal manera, como ha señalado la jurisprudencia internacional, “las estipulaciones probatorias constituyen acuerdos bilaterales de las partes intervinientes en el proceso penal, en razón de los cuales se admiten un hecho o determinados hechos, con el objeto de prescindir de la presentación del medio o los medios de pruebas encaminados a demostrarlos”³⁶

Se sustenta en el principio de eficiencia y economía procesal ya que aminora el tiempo del proceso y los recursos necesarios al obviar la actuación de pruebas sobre los hechos convenidos. Así pues, su importancia se muestra cuando existen puntos de encuentro respecto de circunstancias secundarias respecto del objeto del proceso penal y sobre los medios de prueba que se ofrecen para probarlos. “Por ejemplo, si existe acuerdo respecto de la autoría material, pero la discusión resida en el tipo de responsabilidad o, en contrario, cuando se discuta la autoría material, pero que no exista controversia en torno de la presencia en el lugar de los hechos. Lo que jurídicamente cabe no es solicitar la prueba

³⁶ Véase la jurisprudencia de Venezuela: Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Tribunal Supremo de Justicia del Circuito Judicial Penal del Estado de Zulia, CAS. N° 1Aa 2258-2004, de fecha 17 de noviembre de 2004, Ponencia de la Juez Profesional C.D.C. Padrón Acosta. En página web: <https://vlexvenezuela.com/vid/carlos-luis-osorio-soto-282314879>. Consultado el 29 de mayo de 2020.

por cada parte o practicarse ésta en dos ocasiones, sino acceder al mecanismo de las convenciones probatorias, cuyo sentido y finalidad apunta, en concreto, a evitar discusiones inanes con claro desmedro de los principios de economía, celeridad y eficiencia procesal, entre otros (cuyo estudio lo profundizaremos más adelante)³⁷.

Tanto el ámbito como la forma de las convenciones probatorias, se encuentran previstas en la ley procesal penal y dado que, el acuerdo se produce en la etapa intermedia, están sujetos a la aprobación del juez de investigación preparatoria, con la finalidad de que previa negociación y debate entre las partes durante la audiencia preliminar argumenten su viabilidad. Dejadas sentadas estas generalidades, conviene brindar un concepto de "convenciones probatorias" aplicable a nuestra regulación que pasaremos a desarrollar.

8.2. Concepto

La convención probatoria se encuentra regulada en el art. 350° inc. 2 del CPP de 2004, que establece:

"2.- Los demás sujetos procesales podrán proponer los hechos que aceptan y que el Juez dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el Juicio. Asimismo, podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados. El Juez, sin embargo, exponiendo los motivos que lo justifiquen, podrá desvincularse de esos acuerdos; en caso contrario, si no fundamenta especialmente las razones de su rechazo, carecerá de efecto la decisión que los desestime".

Así, pueden extraerse los siguientes como características de nuestra regulación: a. Acuerdo entre partes; b. los acuerdos pueden versar sobre los hechos que aceptan y sobre medios de prueba de determinados hechos. Conforme a ello, podemos establecer que se trata

³⁷ UGAZ ZEGARRA, Fernando. "Las convenciones probatorias: Aspectos esenciales y prácticos de una novísima institución". En: HERRERA GUERRERO, Mercedes y VILLEGAS PAIVA, Elky (Coords.). *La prueba en el proceso penal*. Instituto Pacífico, Lima, Perú, 2015, p. 96.

de un mecanismo de acuerdo entre las "partes principales y adversarias: el fiscal y la defensa respecto de la pretensión penal y civil-si fuera el caso-; el actor civil y la defensa respecto de la pretensión civil, y el tercero civil y el actor civil respecto de la pretensión civil"³⁸. Dicho acuerdo versa "sobre hechos no controvertidos del procedimiento que, al ser aprobados por el Juez de garantía, dispensan de la carga de probarlos a través de los medios de prueba legal"³⁹.

En efecto, para entender cuáles son los hechos que pueden ser objeto de convenciones probatorias, nos debemos remitir a lo establecido en el art. 156° inc. 3 que establece "Las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio. El acuerdo se hará constar en el acta", dicho esto surge la duda si ¿pueden ser objeto de convenciones probatorias los hechos objeto de prueba del proceso penal? Esta pregunta será resuelta y fundamentada en el apartado correspondiente.

Sin embargo, podemos afirmar como un adelanto de nuestra conclusión que las convenciones probatorias pueden versar sobre hechos, circunstancias o medios de prueba. De esta manera, si se conviene sobre cualquiera de los dos primeros, éstos serán tenidos por ciertos en el juicio oral y se dispensará de la carga de probarlos. En cambio, si se dispone que sólo determinada prueba sea idónea para acreditar algún hecho, su efecto será que no habrá otro medio que lo pueda probar⁴⁰.

³⁸ DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. *La etapa intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio*. ARA Editores, Lima, Perú, 2010, p. 190.

³⁹ HORVITZ LENNON, María Inés. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 2002, P 41.

⁴⁰ Desde la perspectiva comparada podemos citar al Código de Procedimientos penales colombiano define a las convenciones probatorias (art. 356, 4, Parágrafo) "Se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias. Por otro lado, el Código Orgánico Procesal Penal venezolano señala (art. 200) "Si todas las partes estuvieren de acuerdo en alguno de los hechos que se pretenden demostrar con la realización de determinada prueba, podrán realizar estipulaciones respecto a esa prueba, con la finalidad de evitar su presentación en el debate del juicio oral y público".

8.4. Principios procesales que fundamentan la convención probatoria

En este apartado se analizarán los principios procesales que refuerzan la posibilidad de desarrollar acuerdos sobre pruebas, los que la permitan y los que, eventualmente, se encontrarían en conflicto con esta opción. Se releva profundizar sobre los principios a los cuales las estipulaciones probatorias le son en sí sencillamente inocuas, por estar pensado en otras situaciones, como el de preclusión o eventualidad, el de concentración, de la función preventiva del proceso penal, de la presunción de inocencia, entre otros.

8.4.1. Convenciones probatorias y el principio dispositivo

El modelo procesal penal peruano se inclina a regular instituciones procesales que se inspiran en el principio dispositivo, siendo este, el que otorga a las partes la iniciativa del proceso⁴¹, tanto para iniciarla, como para disponer de determinados actos procesales; en clara oposición a lo que representa el principio inquisitivo que le atribuye la investigación y juzgamiento a la figura del juez, quien es el encargado de encontrar la verdad⁴².

Desde la doctrina del proceso civil, el tratadista Hugo Alsina encuentra como una de las reglas fundamentales del "sistema dispositivo" el que el juez debe tener por ciertos los hechos en que aquéllas [las partes] estuviesen de acuerdo (*ubi partis sunt concordés nihil ab iudicén*)⁴³; asimismo, el principio dispositivo establece "la libertad absoluta de las partes para disponer de sus intereses privados y reclamarlos o no, judicialmente, en la medida que estimen oportuno, vinculando de esta forma la actividad jurisdiccional"⁴⁴.

⁴¹ VÉSCOVI, Enrique, *Teoría general del proceso*. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1984, p. 51.

⁴² MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Principios de Derecho procesal civil*, Editorial Temis, 3ra edición, Bogotá, Colombia, 1988, p. 37.

⁴³ ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial. Parte General*, Tomo I, 2º ed., Ediar, Buenos Aires, 1956, p. 101.

⁴⁴ PICO I JUNOY, Joan. "Los principios dispositivo y de aportación de parte: significado actual". En: PEYRANO, Jorge W. (Dir.); BARBERIO, Sergio y GARCÍA SOLÁ, Marcela M. (Coords.). *Principios procesales*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2011, p. 168.

Una de las implicancias de seguir el principio dispositivo en materia procesal penal, está referida a la prueba. El juez no puede incorporar más afirmaciones fácticas o medios de prueba que los acrediten, que aquellos que las partes aleguen, ni puede actuar prueba de oficio, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo fundamenten⁴⁵.

Es preciso recordar que el proceso penal no es "propiedad" de las partes, como tampoco lo es ningún tipo de proceso judicial, su naturaleza es de Derecho público; entonces, en lo que nos interesa, a los fines de esta investigación, el principio dispositivo no puede significar que las partes tengan absoluta y plena libertad para convenir en lo que quieran y que por el solo hecho de hacerlo esto será aprobado. El principio se encuentra reglado, aunque, en esencia, se permite el acuerdo.

8.4.2. Convenciones probatorias y cumplimiento del principio de economía procesal

Dice el viejo adagio que justicia que tarda no es justicia, por ello, desde la doctrina procesal, se entiende que el proceso es un medio por lo que no puede ser ajeno al valor de los bienes que son objeto de discusión y, por tanto, el costo del proceso no puede ser en definitiva superior a dicho valor, ya que, una "necesaria proporción entre el fin y los medios debe presidir la economía del proceso"⁴⁶. Desde el punto de vista social, "el proceso debe ser barato, rápido y sencillo"⁴⁷.

El principio de economía procesal, se entiende como aquel que busca obtener el pronunciamiento judicial utilizando el menor esfuerzo de las partes e inclusive del Estado, con un menor gasto pecuniario. Este principio se suele resumir en el aforismo: mayor eficacia con ahorro de gastos, esfuerzos y dinero. Así pues, entre las fórmulas que viabilizan esta

⁴⁵ Nuestra norma procesal penal admite la prueba de oficio excepcionalmente en el Art. 385° inc. 2 del CPP de 2004, señala que "El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes".

⁴⁶COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho procesal civil*. Editorial BdeF, 4ta edición, Buenos Aires, Argentina, 2010, p. 155.

⁴⁷ GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1961, p. 155.

“economía de esfuerzos” se “encuentran todas las disposiciones legales y reglamentarias, del Derecho de fondo o procesal, que facilitan o resumen la actividad procesal a saber y entre otras: a) Las que relevan de la carga de la prueba a hechos notorios o admitidos por las partes (...)”⁴⁸.

En el proceso penal, una de las formas de aplicación del principio de economía procesal, consiste eximir de ser probados ciertos hechos con la finalidad de obtener un juicio oral más breve, con menos pruebas que tendrán que actuarse y, por tanto, con un pronunciamiento del juzgador que no tenga que perderse en evaluar lo evidente, impertinente, o simplemente no cuestionado, resultando en una sentencia breve y concisa sobre sólo lo trascendente que fue actuado en el juicio oral.

8.4.3. Convenciones probatorias y el principio de celeridad procesal

El principio de celeridad, desde la doctrina del proceso civil, esta “regla indica que el proceso debe tramitar y lograr su objeto en el menor tiempo posible”⁴⁹, ello no significa “que los juicios deben tramitarse y fallarse en un tiempo tal que no se incurra en dilación indebida, por el contrario, los juicios deben ser rápidos, la mora es una anomalía en el servicio, es un incumplimiento con los deberes del Estado, y por su parte la delación indebida es – bajo ciertas circunstancias – un *ilícito* que genera responsabilidad estatal”⁵⁰.

De esta manera, el principio de celeridad es una manifestación de la tutela judicial efectiva que como derecho constitucional significa también el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas — reconocido en el artículo 14º numeral 2º literal “c” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— implica un equilibrio razonable entre el

⁴⁸ BARBERIO, Sergio J. y GARCÍA SOLÁ, Marcela M. “Lineamientos del principio de economía procesal”. En: PEYRANO, Jorge W. (Dir.); BARBERIO, Sergio y GARCÍA SOLÁ, Marcela M. (Coords.). *Principios procesales*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2011, p. 415.

⁴⁹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Sistema procesal. Garantía de la libertad*. AC Ediciones, Lima, Perú, 2018, P. 336.

⁵⁰ MARFIL, Andrés Manuel. “El principio procesal de celeridad como manifestación del derecho constitucional de tutela judicial efectiva”. En: PEYRANO, Jorge W. (Dir.); BARBERIO, Sergio y GARCÍA SOLÁ, Marcela M. (Coords.). *Principios procesales*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2011, p. 596.

principio de celeridad y el derecho de defensa. Así pues, la “duración de los procesos – la celeridad, diligencia, la prontitud – es un asunto que atañe al debido proceso mismo, tiene que ver con la seguridad jurídica y toca el propio tema de la justicia”⁵¹.

En el proceso penal, el principio de celeridad procesal se sustenta en dos postulados: el primero es que en la búsqueda de la verdad en el proceso penal se encuentra limitado en el tiempo y recursos, por lo que debe realizarse en el breve tiempo posible; y segundo, en que el proceso penal debe considerarse una carga para el imputado, puesto que, su tramitación y medidas aplicables conllevan una injerencia en sus derechos fundamentales y, esta no puede ser ilimitada, sino ejercida en un plazo razonable lo que constituye un derecho del imputado⁵².

En el caso de las convenciones probatorias he aquí su límite en su aplicación. El principio de celeridad que tiende a que el proceso se adelante en el menor lapso posible, sin actuación de medios de prueba sobre afirmaciones fácticas aceptadas por las partes o por una actuación de medios de prueba, ya acordados para probar dichas afirmaciones, debe armonizarse con el derecho de defensa, que implica que la ley debe prever un tiempo mínimo para que el imputado pueda comparecer al juicio y pueda preparar adecuadamente su defensa.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional del Perú ha precisado lo siguiente:

“... si bien ha de procurarse la rapidez y la prontitud para llegar a una resolución en todo proceso judicial, inclusive penal, y más aún en uno sumario, ello no puede desvirtuar la protección de la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución). Todo

⁵¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*. Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México, 2002, p. 133.

⁵² Adicionalmente, Volk considera como otro fundamento de la celeridad en el proceso penal que “la calidad de las pruebas disminuye con el transcurso del tiempo. Por otra parte, cuanto más se prolonga la imposición de la pena después del hecho, menos sentido (preventivo) tiene”. VOLK, Klaus. *Curso fundamental de Derecho procesal penal*. (traducción de la 7ma. Edición alemana por Nanzer, Alberto; Nuñez, Noelia; Pastor, Daniel R. y Sarrabayrouse, Eugenio). Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2016, p. 257.

acto de celeridad debe tener como propósito esencial el respeto del derecho a la tutela procesal efectiva. Tal sentido fluye de lo dispuesto por el artículo 125° del Código de Procedimientos Penales, el mismo que determina que si el inculpado invoca hechos o pruebas en su defensa, estos deben ser verificados por el juzgador en el plazo más breve⁵³.

La celeridad de un proceso en donde hubo convenciones probatorias es evidente, por la menor carga probatoria para su actuación que se hace presente en el juicio oral. Por eso, quienes participan en este procedimiento ajustan su actuación de tal modo que se dota al trámite procesal de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

De lo dicho en este apartado, se puede concluir que con el debido respeto al derecho de defensa y la participación activa de todas las partes legítimas, las convenciones probatorias no hacen más que encaminar el proceso al logro de una respuesta pronta de parte del juez. De esta manera, el principio de celeridad orienta también este tipo de actos.

8.4.4. Convenciones probatorias y los principios de buena fe y lealtad procesal

Nuevamente recordemos la naturaleza pública del proceso judicial, no se tratan de actos particulares libres del respeto a normas imperativas, en los que los sujetos puedan traicionarse sin consecuencia alguna. La buena fe es exigencia dentro del proceso, ya que están involucrados intereses superiores a la disputa material; sin embargo, existe dificultades por la indeterminación que implica su concepto.

Como aproximación podemos señalar como refiere Pico i Junoy que la buena fe procesal "es aquella conducta exigible a toda persona

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 6712-2005-HC/TC, *Caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana*, de fecha 17 de octubre de 2005, fundamento 29.

interviniente en el proceso por ser socialmente admitida como correcta⁵⁴; y que para interpretar esta conducta es necesario recurrir a las reglas que fija la Constitución y los derechos fundamentales y valores que regula, por lo que, "toda actividad defensiva que no vulnere ningún precepto constitucional no puede entenderse como actuación maliciosa, por lo que no podrá frustrarse su validez o eficacia procesal"⁵⁵. Como consecuencia de este principio, se le exige a las partes la lealtad procesal en sus actos⁵⁶, lo que deriva la obligación de la veracidad de las alegaciones.

Aparentemente este principio no fundamenta la celebración de acuerdos sobre pruebas o circunstancias de hechos; sin embargo, se nota la exigencia de su respeto cuando hay consecuencias para su incumplimiento. Si bien no hay una nulidad directa del acuerdo por mala fe, más aún cuando las resoluciones al respecto no son recurribles como lo es la resolución que se pronuncia sobre las convenciones probatorias (artículo 352° inc. 6 del CPP de 2004), hay medios indirectos para lograr la ineficacia de tal convención.

De este modo, en la audiencia de control de acusación, las partes (fiscal, defensa de actor civil, del acusado y del tercero civilmente responsable, en ese orden de prelación, según el art. 351° inc. 3 CPP de 2004) podrán, entre otras cosas, exponer sus puntos de vista sobre la validez del acuerdo, éste es el momento en el cual se debe denunciar la felonía en la negociación, entendiéndose que, por lo escuchado en la audiencia, es cuando por fin puede observársela. A su criterio, pero motivando debidamente, el juez podrá sancionar la deslealtad con la desaprobación del acuerdo.

Además, incluso el juez penal de la causa puede desvincularse del acuerdo, mediando un reexamen del auto que admitió la convención probatoria (art. 155° 4 CPP de 2004). Y no hay inconveniente para que la parte afectada por la mala fe de su rival pueda solicitarle al juez que de

⁵⁴ PICO I JUNOY, Joan. "El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional". En: PEYRANO, Jorge W. (Dir.); BARBERIO, Sergio y GARCÍA SOLÁ, Marcela M. (Coords.). *Principios procesales*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2011, p. 799.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso: Aplicable a toda clase de procesos*. Tomo I, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 46.

oficio reexamine el acuerdo aprobado. Hay que ver que no se esté sancionando la mala fe de uno con la mala fe del otro, no lo dice la norma, pero su desvinculación debe prever que quien le solicite tal actuación no haya conocido el defecto que denuncia en el momento de aceptar el acuerdo.

8.4.5. Convenciones probatorias y el principio de igualdad procesal

Desde la perspectiva constitucional, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho de igualdad procesal o de igualdad de armas "se deriva de la interpretación sistemática del artículo 2º, inciso 2, (igualdad) y del artículo 138, inciso 2 (debido proceso), de la Constitución. En tal sentido, todo proceso, judicial, administrativo o en sede privada, debe garantizar que las partes del proceso detenten las mismas oportunidades de alegar, defenderse o probar, de modo que no se ocasione una desventaja en ninguna de ellas respecto a la otra. Tal exigencia constituye un componente del debido proceso ya que ningún proceso que inobserve dicho imperativo puede reputarse como "debido"⁵⁷.

Por su parte, según la Corte Constitucional de Colombia, la expresión "igualdad de armas" utilizada por la doctrina internacional se traduce en el orden interno en igualdad de oportunidades frente al juez, entre la Fiscalía y la defensa, "razón por la cual en el nuevo sistema las competencias que antes ejercía ante sí el ente investigador y acusador, pasaron a control previo o posterior de los jueces de control de garantías, en beneficio del garantismo penal".⁵⁸

Desde la doctrina procesal civil, tenemos que, "este principio consiste en que, salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición. Conforme a este principio, el juez no procede de plano sino en aquellas situaciones en que la ley lo autoriza expresamente"⁵⁹.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 06135-2006-PA/TC, *Caso Ica Hatuchay E.I.R.L.*, de fecha 19 de octubre de 2007, fundamento 5..

⁵⁸ Corte constitucional colombiano C-1194/05.

⁵⁹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho procesal civil*. Ob.cit., pp. 150-151.

En el proceso penal, el derecho a la igualdad procesal, 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”⁶⁰. La exposición de motivos del Anteproyecto del Código procesal penal de 2004, señalaba que el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad, como uno de los principios rectores que forman parte de la estructura del nuevo proceso penal así como de las instituciones contenidas en éste⁶¹.

En el caso de los acuerdos de convenciones probatorias, las partes se presentan en igualdad de términos, es decir con la información que figura en el expediente, y que el fiscal ha descubierto en él como resultado de sus investigaciones; ésta es la manera en que pueden sentarse a establecer lo que no debe ser probado en el juicio, sin poseer, el acusado, desventajas de información, y el fiscal habiendo terminado su investigación, ambos acudiendo voluntariamente a las conversaciones. La igualdad de las partes se satisface con la potencial igualdad de armas en la negociación, no quiere decir que finalmente el producto sea inocuo para ambos, van a obtener beneficios cada uno, pero, obviamente, alguno debe sacar mayor provecho que el otro.

8.4.6. Convenciones probatorias y principio de razonabilidad

El nuevo sistema procesal penal instaurado por el CPP de 2004, que se manifiesta en instituciones como las convenciones probatorias, no se fundamenta en una mera orientación utilitaria, tributaria de la eficiencia procesal a través de una renuncia al debido proceso con la finalidad de acelerar el proceso penal; sino que, no olvida los otros principios que rigen el debido proceso como el principio de razonabilidad (derivado del principio lógico de la razón suficiente, propuesto por Leibniz y desarrollado magistralmente por Schopenhauer) que expresa el ejercicio de la razón

⁶⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*. INPECCP Fondo Editorial. Lima, Perú, 2015, p. 65.

⁶¹ Comisión de Alto Nivel - Código Procesal Penal (Decreto Supremo N° 005-2003-JUS), “Anteproyecto de Código Procesal Penal”, Lima, abril de 2004.

como regla y medida de los actos humanos, que se refleja en las convenciones probatorias en la medida que las partes se dan cuenta que sería perjudicial para ellas el no realizar estas convenciones.

Asimismo, orienta a la judicatura y le permite no aprobar un acuerdo o ejercer su prerrogativa del reexamen cuando haya una manifiesta e importante desprotección a los fines supremos apuntados por el proceso penal.

8.4.7. Convenciones probatorias y los principios de valoración probatoria

La concepción clásica de la "valoración de la prueba con criterio de conciencia" ha sido ampliamente superada. Se entiende hoy que el juez debe ser respetuoso del sistema que contiene las reglas de la sana crítica, de la valoración razonada de la prueba y la libre valoración de la prueba, lo que significa un avance en nuestra forma de valorar prueba. El principio de libre convicción del juez "supone también la libertad de este de escoger, entre el material probatorio incorporado a la causa, los elementos que considere significativos y determinantes para la decisión del hecho"⁶².

Asimismo, la valoración racional de la prueba no solo adquiere importancia para la labor mental del juez, sino también, impone como exigencia que deba motivar dicho razonamiento en las resoluciones judiciales. Así pues, la obligación de motivar "asume un significado muy preciso, consistente en hacer que el juez, justificando mediante argumentaciones racionales sus propias elecciones, las someta al control externo que puede efectuarse sobre la motivación"⁶³. Debe notarse que el cambio es de lo más trascendente y cuyas reglas podemos advertir en el artículo 158º inc. 1 del CPP de 2004, que establece:

"En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de

⁶² TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. (traducción de Jordi Ferrer Beltrán). Editorial Trotta, Madrid, España, 2002. P. 402.

⁶³ Idem., p. 403.

experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados”.

De esta manera, se puede observar que el juez deberá valorar las pruebas aplicando los principios lógicos de la sana crítica, como por ejemplo, el “principio de contradicción” y el “principio de la razón suficiente”, entre otras. Asimismo, se advierte que el juez, en la formación de su convicción no puede estar maniatado o coaccionado por la ley respecto de los resultados de la valoración probatoria, de tal manera que, “la valoración individual y conjunta de las pruebas, se adecue a las reglas de la racionalidad (...) solo si se garantiza que los hechos probados a los que se aplicará el derecho han sido obtenidos racionalmente a partir de los elementos de juicio aportados al proceso puede garantizarse también un nivel mínimamente aceptable de seguridad jurídica”⁶⁴.

En el caso de las convenciones probatorias, el problema está, como se puede colegir, en su propia regulación en el CPP de 2004, pues existe un mandato legal que faculta a las partes que determinen que hechos acordados por hechos debe ser considerado por el juez como “hecho notorio”⁶⁵, como una cierta circunstancia que no necesita ser probada. Surge, entonces, la pregunta: ¿porqué esto es así?.

Hay que considerar dos supuestos: cuando el juez deberá dar por acreditados los hechos sin necesidad de probanza alguna y cuando ciertos hechos serán probados única y exclusivamente con determinada prueba. En el primer caso, ciertamente, al juez no se le está obligando a valorar de determinada manera la prueba, ya que no se la actúa. Entonces, no se vulnera en esa medida la “libre valoración de la prueba”. Este principio orienta al juez en la resolución de hechos litigiosos, pero cuando el hecho no es cuestionado no hay que probar. Sobre la prueba de los hechos es

⁶⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, España, 2007, p. 57.

⁶⁵ Alsina define el hecho notorio como “aquel cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que ocurre la decisión”. Citado por DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Ob.cit., p. 216. En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 156° inc. 2 del CPP de 2004, regula que hechos no hay que considerarse como objeto de prueba “No son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las Leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio”.

donde hay que efectuar la valoración. Por eso, decimos que no se afecta la libre apreciación de la prueba.

Ahora que, si las partes acuerdan que el hecho será probado solamente con determinado medio probatorio, en apariencia sí se vulnera el principio de libre apreciación de la prueba. ¿Qué ocurriría si, por ejemplo, con lo actuado hasta el momento, el juez casi ha terminado de formar convicción respecto de la realidad de determinados hechos, pero por medios de prueba distintos a los acordados por las partes como el único que los acreditará? Hay dos posibles alternativas, o, amparado en este principio, el juez decide desvincularse del acuerdo aprobado, o hace omisión a su convicción y se está a la espera de la constatación por el medio de prueba requerido para considerar probado el hecho. En casos como este se recomienda realizar el reexamen del acuerdo, en los términos y del modo antes dicho.

8.5. Finalidad

Este mecanismo procesal es una manifestación del matiz adversarial que tiene nuestro proceso acusatorio; enmarcado ya en un principio dispositivo en tanto que la prueba y los hechos son alegados por las partes, el juez no puede introducir hechos, por tal el juez no puede ser parte en la convención probatoria, ni apartarse de ella salvo la excepción dada por el código en pro de la verdad como objetivo del proceso.

Desde la perspectiva comparada, vemos que la jurisprudencia colombiana ha precisado que *"la finalidad de tal acto es depurar el juicio de innecesarios debates respecto de los hechos o circunstancias frente a los que no hay controversia"*⁶⁶, en otras palabras, "depurar el juicio de innecesarios debates respecto a "hechos o circunstancias" frente a los que no hay controversia entre las partes"⁶⁷; en suma, llevar al juicio solo los puntos controvertidos que necesitan ser probados, ello con el objetivo de *"evitar juicios farragosos con una práctica probatoria inane o reiterativa*

⁶⁶Colombia CAS 27281; 13/06/07

⁶⁷Colombia CAS 29001; 19/08/08

que atenta contra los principios de eficiencia y celeridad propios de un sistema acusatorio”⁶⁸.

8.6. Presupuesto

El presupuesto para que se llegue a la convención probatoria es la igualdad de información que deben obtener las partes. Con dicha igualdad podrán acordar en todos los términos. Es aquí donde entra a tallar el *discovery* que, a diferencia del *discovery* norteamericano que se da por el acuerdo de descubrimiento, en nuestro país se ha regulado la normativa que permite a la defensa poder acceder a la carpeta fiscal y al fiscal conocer de los medios presentados por la defensa dentro de los diez días de plazo para el control de acusación; es el requerirle al fiscal que descubra lo investigado.

8.7. Discovery

Se define como el derecho que tiene la defensa a requerirle al fiscal que “descubra” parte de su investigación, previamente al juicio. Este derecho tiene su base, desde el derecho comparado, en una serie de pronunciamientos judiciales; así, la Corte Suprema Norteamericana resolvió que se había violado el debido proceso en virtud de que el fiscal interviniente, había presentado durante el juicio a un testigo que declaró falsamente, con el conocimiento del fiscal⁶⁹.

Este precedente es del año 1959, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos sentenció el caso *Napue vs. Illinois*. En el caso, un testigo declaró falsamente en el juicio que no había recibido compensación por su testimonio. De hecho, éste había recibido compensación desde la fiscalía, pero el fiscal no hizo nada durante el juicio para corregir el falso testimonio. *Napue* fue condenado por asesinato, pero apeló su condena cuando descubrió el testimonio falso. No sorprende que la Corte Suprema decidiera que el uso de evidencia falsa en el juicio de parte de la Fiscalía violaba la cláusula del debido proceso de la Enmienda Catorce. No le importaba a la Corte que el falso testimonio se relacionara sólo con la

⁶⁸Colombia CAS 31614; 22/07/09

⁶⁹ Técnicas del juicio oral en el sistema penal colombiano, *Lecturas Complementarias, El sistema procesal penal en los Estados Unidos*, Comisión interinstitucional para el impulso de la oralidad en Colombia-USAID, Bogotá, Colombia, 2003.

credibilidad del testigo del Fiscal. La Corte enfatizó que la "confiabilidad y veracidad de un testigo dado puede ser bien determinante de culpabilidad o inocencia, y sobre tales factores sutiles, como el posible interés del testigo en testificar falsamente, es que puede depender la vida de un acusado o su libertad"⁷⁰.

Este reconocimiento de la importancia de la credibilidad del testigo estableció el paso para una serie de decisiones de la Corte Suprema norteamericana concernientes a las obligaciones del Fiscal que involucren la credibilidad de los testigos durante el descubrimiento.

En 1963, esta Corte indicó que el debido proceso constitucional garantiza al acusado el derecho a descubrir evidencia exculpatória en posesión del Fiscal. En *Brady vs. Maryland*, Jhon Brady fue condenado por asesinato en primer grado y sentenciado a muerte. *Brady* testificó en el juicio sobre su participación en el crimen, pero declaró que su compañero fue el verdadero asesino. Antes del juicio, *Brady* solicitó declaraciones proporcionadas al Fiscal por el compañero. El Fiscal envió algunas declaraciones, pero falló en proporcionar la declaración en la cual el segundo individuo admitió verdaderamente haber asesinado a la víctima. *Brady* conoció de la existencia de esta declaración después de que fue condenado y sentenciado a muerte.

En ese sentido, la Corte Suprema Norteamericana decidió que la condena debía permanecer, pero que él estaba habilitado para presentar la declaración de su cómplice en un esfuerzo por evitar la pena de muerte. Dicha corte, encontró que la "supresión [de evidencia] por parte del Fiscal... violaba el debido proceso en donde la evidencia es material para encontrar culpabilidad y para establecer la pena..." La bien conocida obligación del gobierno de proporcionar a la defensa evidencia exculpatória, o "material *Brady*", viene de esta emblemática decisión⁷¹.

De esta manera, es que hubo notables sentencias de la Corte Suprema Norteamericana que esclarecieron los límites y los aspectos del

⁷⁰ SCHOTT, Richard G. "The discovery process and personnel file information", FBI Law Enforcement Bulletin, 2003. En página web: <https://www.questia.com/read/1G1-111496590/the-discovery-process-and-personnel-file-information>. Consultado el 2 de junio de 2020. pp. 25-32.

⁷¹ *Ibidem*, p. 27.

descubrimiento en los Estados Unidos, a pesar que no existe un derecho constitucional al descubrimiento en casos penales dentro del ordenamiento norteamericano, sí existe una regulación especial respecto al descubrimiento dentro de las mociones que se presentan antes del juicio. Así, la Regla 16 de las Reglas de Procedimiento Penal dicta la clase de información que debe ser compartida por los adversarios en un procedimiento penal.

8.7.1. El acuerdo de descubrimiento como presupuesto para ingresar a las convenciones probatorias

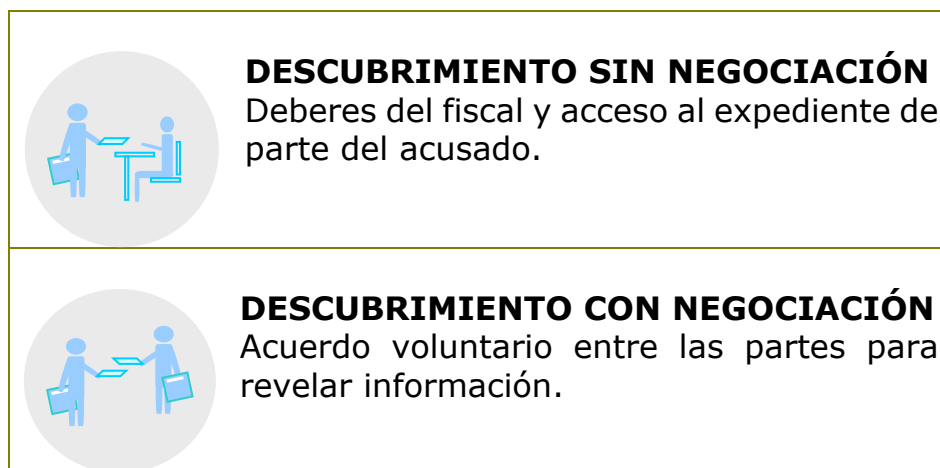
Las convenciones probatorias importan una etapa previa para su realización, una fase de mutua entrega de conocimiento de las informaciones que poseen las partes y que serán utilizados en el juicio oral, este presupuesto es denominado en la doctrina como el “descubrimiento de informaciones”.

Pese a no estar regulado en nuestro ordenamiento nacional como tal, podemos afirmar que se encuentra vinculado al derecho que tiene el procesado o acusado a conocer todos los medios de prueba que se han incorporado al proceso penal, como una manifestación del derecho de defensa⁷², reconocido en el Art. IX del Título Preliminar del CPP de 2004. Por lo tanto, como preliminarmente se puede observar, las condiciones que otorga el descubrimiento lo hacen supuesto ineludible de los acuerdos probatorios.

Ahora bien, el descubrimiento según el procedimiento que se emplea en el sistema penal norteamericano, tenemos dos tipos: El descubrimiento sin negociación (cuando se cumplen los deberes del fiscal) y con negociación (cuando las partes han llegado a un acuerdo para mostrar la evidencia que posee cada una, con miras de una convención probatoria), tal y como se muestra en el siguiente gráfico:

⁷² Este derecho entendido como “el insoslayable derecho subjetivo individual, de carácter público, de intervenir en el proceso penal en todo momento, de probar y argumental en él, por sí y por medio de abogado todas las circunstancias de hecho y fundamentos de Derecho que desvirtúen la acusación, con el propósito de obtener una declaración de eximición o atenuación de la responsabilidad penal atribuida”. JAUCHEN, Eduardo M. *Derechos del imputado*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 151.

Gráfico N° 8: Tipos de descubrimiento



Fuente y elaboración propia (2020).

Por otro lado, el requisito de validez de las negociaciones en el descubrimiento (y también en las convenciones probatorias) es el consentimiento del procesado o acusado expresado en su voluntad. Esto como consecuencia de que la fuente de la negociación penal es el principio de autonomía de la voluntad, que es el poder o facultad que tienen las partes para auto reglamentar sus propios intereses, a efectos de satisfacerlos, respetando el ordenamiento jurídico vigente.

8.7.2. Descubrimiento de informaciones en el derecho procesal penal

El *discovery* o descubrimiento, como hemos mencionado, es un proceso de identificación de pruebas que realizan las partes. Según el ordenamiento legal que se examine, este procedimiento puede estar dirigido a una de las partes que es principalmente el acusador (obligaciones de descubrimiento de pruebas de cargo y descargo del Fiscal); o puede ser realizado por ambas partes dentro de sede judicial previa aprobación del juzgador (así en el procedimiento criminal de los Estados Unidos); asimismo puede ser realizado por ambas partes en una negociación fuera de la sede de la corte (también practicado en los Estados Unidos como política de “oficina abierta” del Fiscal).

En el caso peruano, el CPP de 2004 prevé que el abogado y las partes pueden intervenir en las diligencias, pero lo que nos interesa especialmente, es que, en cualquier momento, pueden obtener copia de las actuaciones. Este acceso a las investigaciones desde sede policial ya constituye un descubrimiento en el que aún no participa el fiscal.

8.7.3. Diferencia entre el descubrimiento y el ofrecimiento de pruebas

Se entiende que una negociación de descubrimiento abarcaría innumerables probabilidades. Así, en el caso de la defensa, implica que ella pueda encontrar más información que la que el Fiscal ofrecerá para el juicio oral. Asimismo, por parte del Fiscal, mediante una negociación de descubrimiento llevada a buen puerto, podrá conocer todo lo investigado por la defensa y quizá atar cabos respecto a la información que ya posee.

Tabla N° 19: Diferencia entre ofrecimiento de prueba y descubrimiento

Ofrecimiento de prueba	Descubrimiento	
Las pruebas se presentan al juzgador.	Las informaciones se presentan a la otra parte.	
Es unilateral y es una posibilidad de la defensa (se entiende que el ofrecimiento de pruebas de parte del Fiscal es obligatorio en la acusación)	<p>EN EL DESCUBRIMIENTO SIN NEGOCIACIÓN, el descubrimiento del Fiscal es unilateral pero obligatorio.</p> <p>EN EL DESCUBRIMIENTO CON NEGOCIACIÓN, este es producto de la voluntad de las partes.</p>	
Se inicia después de la acusación y dura hasta la Etapa intermedia. Se puede realizar nuevamente con el ofrecimiento de prueba nueva.	Se puede realizar antes de la acusación.	EN EL DESCUBRIMIENTO SIN NEGOCIACIÓN. El descubrimiento en la etapa de investigación policial (Art. 1 del CPP de 2004).
		EN EL DESCUBRIMIENTO CON NEGOCIACIÓN. Puede realizarse la negociación con las pruebas de la investigación policial.

Fuente y elaboración propia (2020)

8.7.4. Consecuencias jurídicas de ingresar a un acuerdo sin conocer la información que posee la otra parte

Si hemos dejado establecido la importancia del descubrimiento de información para el procedimiento de las convenciones probatorias, se pueden extraer también consecuencias en caso no se cumplan con el descubrimiento de pruebas, las cuales pueden ser:

Existen consecuencias para el Fiscal. El descubrimiento de información sin negociación, es decir en el marco de los principios de defensa e imputación necesaria que obligan al Fiscal a determinados deberes de descubrimiento de informaciones, favorece al Fiscal indirectamente. Si las partes no poseen la información relevante respecto a lo que se acordará, entonces no pueden tener objetivos y cederán en asuntos primordiales para su caso.

Existen consecuencias para la defensa del procesado o acusado. En una negociación a ciegas el resultado es una mala negociación con un consiguiente mal resultado. Si la defensa no posee información completa de la evidencia Fiscal puede armar su teoría del caso limitada a la información proporcionada por el Ministerio Público, sin abrir sus posibilidades a la investigación policial, u otras informaciones que posea el Fiscal y de las que no tenga intención de presentar a juicio.

8.7.5. Regulación procesal penal nacional y el deber de descubrimiento de parte del Ministerio Público

De una interpretación de nuestra norma procesal penal, puede advertirse que el acuerdo de descubrimiento está previsto en el CPP y guarda coherencia con los principios que rigen el sistema acusatorio en razón a los siguientes fundamentos:

- i. Un acuerdo de descubrimiento se fundamenta en el principio de igualdad de las partes en el proceso y la lealtad que deben guardarse recíprocamente (art. I.3 Título Preliminar CPP de 2004), asimismo en el principio de evitar juzgamientos sorpresivos (Fundamento del *trial by surprise*, principio del derecho civil anglosajón).

- ii. El descubrimiento no sólo proporciona a la defensa una mejor posición frente a un acuerdo probatorio, sino que se fundamenta en el derecho del abogado de la defensa a tener acceso la carpeta fiscal y expediente judicial para informarse del proceso, sin más limitación que la prevista en la Ley, así como a obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento (art. 84.7 CPP de 2004); de esta manera, su sustento constitucional se encuentra en el ejercicio del derecho de defensa reconocido en el art. IX del Título Preliminar del CPP de 2004.
- iii. La fiscalía no puede negarse a una propuesta de acuerdo de descubrimiento, en virtud de que el Fiscal actúa en el proceso penal con objetividad e independencia de criterio (art. IV.2 Título Preliminar NCPP, art. 61.1 NCPP). Es importante recordar que el principio de objetividad se ha convertido en una exigencia normativa que debe observarse. Por lo tanto, en el descubrimiento, debería mostrarse tanto las pruebas de cargo como de descargo.
- iv. Sin un descubrimiento la Fiscalía puede proponer el acuerdo probatorio siendo —al contrario de lo que se piensa— la PARTE DÉBIL, cediendo sobre hechos y medios de prueba no convenientes a su teoría del caso al contrario de conocer los hechos y medios de prueba de la defensa que fortalezcan su teoría del caso. Tener en cuenta que sólo negocia el débil respecto de lo que no tiene seguridad de ganar.
- v. El descubrimiento se encuentra notorio en la obligación del Fiscal de que uno de los aspectos que debe contener la acusación debidamente motivada son los medios de prueba que la Fiscalía ofrezca para su actuación en la audiencia. (art. 349.1.h CPP de 2004).

En este sentido, el principio de imputación necesaria señala que toda persona tiene derecho a conocer exactamente el delito del que se la acusa. La imputación necesaria debe de tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto y singular de la vida de una persona. Ello significa describir un

acontecimiento que se supone real con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos y le proporcionen su materialidad concreta.

El derecho a una imputación necesaria, es presupuesto básico para que el imputado se encuentre en condiciones óptimas para rechazar la imputación que se le dirige o incluso admitiéndola, incorporar otras circunstancias que la neutralicen o aminoren.

8.7.6. Información que debe revelar o no el Ministerio Público

i. Información que debe revelar el Ministerio Público

Un gran tema que contiene el *descubrimiento* es el tipo de información que deben revelarse; pudiendo incluir diversos ámbitos desde acceso la evidencia física hasta declaraciones de testigos o incluso archivos que reflejan la conducta de éstos para efectos de su acreditación en juicio.

El Ministerio Público tiene el deber, durante todo el proceso, de exponer los resultados de sus investigaciones en su carpeta fiscal. Si bien los actos de investigación que constan en la carpeta fiscal, tienen el carácter de reservado, ello no alcanza a la participación de las partes legítimamente acreditadas para el proceso penal. La norma que regula la formación de este legajo es el Reglamento de la Carpeta Fiscal aprobado por Resolución N° 748-2006-MP-FN del 21 de junio de 2006. El art. 4 de dicho reglamento señala que la carpeta fiscal es el instrumento técnico de trabajo que se abre para la documentación de las actuaciones de la investigación y contiene lo siguiente:

Tabla N° 20: Contenido de la carpeta fiscal

N°	Contenido de la carpeta fiscal
1	La denuncia.
2	El Informe Policial de ser el caso.
3	Las diligencias de investigación que se hubieran realizado o dispuesto ejecutar.
4	Los documentos obtenidos.

5	Los dictámenes periciales realizados.
6	Las actas levantadas.
7	Las disposiciones emitidas.
8	Las providencias dictadas.
9	Los requerimientos formulados.
10	Las resoluciones emitidas por el Juez de la Investigación Preparatoria.
11	Toda documentación útil a los fines de la investigación.

Fuente: Art. 4 del Reglamento de Carpetas Fiscales, Resolución N° 748-2006-MP-FN del 21 de junio de 2006. Elaboración propia (2020).

Esta constituye la carpeta original y será la que se remita al Juez con los requerimientos de acusación, sobreseimiento y otras actuaciones que así lo exijan y en la forma prevista en el CPP de 2004. En consecuencia, la remisión de esta carpeta al juzgador en actuaciones en donde se requiere también la notificación al inculpado significa el cumplimiento de los deberes de *descubrimiento del fiscal* durante todo el proceso.

Asimismo, el art. 18 del citado Reglamento, indica que la obtención de las copias pueden ser solicitadas por los sujetos procesales (copias simples o certificadas), sólo de las actuaciones insertas en la carpeta original mediante solicitud dirigida al Fiscal acreditando el pago de la tasa correspondiente fijada en las Tasas TUPA⁷³ y serán otorgadas por el asistente de función fiscal, asistente administrativo o quien haga las veces de secretario.

En suma, la fiscalía debe procurar el descubrimiento de cada elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, es decir las pruebas de cargo y las de descargo, en el caso de éstas últimas el artículo 61.2 del CPP de 2004, señala que el Ministerio Público tiene entre sus atribuciones el practicar u ordenar practicar los actos de investigación que correspondan, indagando no sólo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado.

⁷³ Las tasas cambian cada año y por tanto, las que se encuentran vigentes para el año 2020, son las siguientes: <https://www.bn.com.pe/tramites-entidades-publicas/tupa/poder-judicial.pdf>. Consultado el 4 de junio de 2020.

ii. Información que no puede revelar el Ministerio Público

Ahora bien, si hemos precisado la información que debe ser revelada por el Ministerio Público durante la etapa intermedia y previa al acuerdo de convenciones probatorias, conviene pues, definir cuáles son aquellas informaciones sobre las que no recae dicha exigencia y que, por estrategia fiscal, no deberían revelarse. Siendo estas las siguientes:

- **El Ministerio Público no puede revelar sus opiniones, conclusiones o teorías**

No se pueden descubrir de parte de la Fiscalía los escritos de investigación legal, informes, memorandos, correspondencia u otros documentos internos que contengan opiniones, conclusiones o teorías del Ministerio Fiscal. Según el art. 4 del Reglamento de la Carpeta Fiscal aprobado por Resolución N° 748-2006-MP-FN del 21 de junio de 2006, los documentos e instrumentos de trabajo, como formatos, resúmenes, notificaciones, oficios, cargos, copias, hipótesis y estrategias de trabajo relacionadas con la investigación y con el proceso, entre otros, conforman la carpeta auxiliar, que se conserva en la Fiscalía para fines del trabajo fiscal y verificación de los actos procesales realizados.

- **El Ministerio Público no puede revelar al acusado la identidad o resultados de la investigación del agente encubierto**

Tampoco puede revelar el Ministerio Público la identidad del agente encubierto (art. 341.2 CPP de 2004), dado que la aplicación de esta técnica especial de investigación conlleva ni la información proporcionada por este en salvaguarda del proceso en curso u otro (art. 341.1 CPP de 2004).

- **El Ministerio Público no puede revelar al acusado la identidad del colaborador eficaz**

El art. 475.4 del CPP de 2004, señala que el colaborador eficaz será sometido a las medidas de aseguramiento personal o medidas de protección necesarias para garantizar el éxito de las diligencias de corroboración. Ya que las medidas de protección deben llevarse reservadamente, se entiende que la identidad del colaborador debe ser protegida del procesado, siempre que existan elementos de convicción que acrediten un riesgo fundado para su integridad o su vida; en todo caso, el levantamiento de la medida de protección lo autorizará el juez de investigación preparatoria.

Tampoco puede el Ministerio Público revelar información que genere perjuicio a las investigaciones en curso o posteriores y conexas al proceso especial de colaboración eficaz, en las cuales, se han aportado e incorporado la información del colaborador eficaz (art. 475.4 CPP de 2004).

- **Medidas bajo las cuales debe el Ministerio Público revelar informaciones relacionadas con información sujeta a secreto bancario o reserva tributaria**

Si la información afecta la seguridad del Estado (art. 2º inciso 5 de nuestra Constitución Política, Ley N° 27806 Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Los límites a estas disposiciones están contemplados en el art. 9 del D.U. N° 035-2001 Acceso ciudadano a información sobre Finanzas Públicas). Sin embargo, la excepción del descubrimiento de este tipo de prueba funcionaría en base al párrafo segundo del art. 2º inciso 5 que señala que “El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado”. Esto debería causar que a las partes se le imponga reserva sobre lo escuchado.

8.7.7. Regulación procesal penal nacional sobre el deber de descubrimiento de información por parte del acusado

En el ordenamiento nacional no existe una obligación de descubrimiento de parte del acusado. Sin embargo, si se piensa ingresar a un procedimiento de negociación para arribar a una convención

probatoria, se hace necesario el descubrimiento, aunque no sea exigencia normativa. Es que el mismo CPP de 2004, faculta al juez la posibilidad de apartarse del acuerdo probatorio, y puede ser movido a ello por el fiscal en el debate de la etapa intermedia, cuando descubra la deslealtad de la defensa. Como se ve, la norma no obliga, pero posibilita la coerción del fiscal para descubrir.

8.7.8. Acuerdo fuera del ámbito judicial de descubrimiento de informaciones de la defensa con el Fiscal

Existen principios éticos y jurídicos que permiten la realización de un acuerdo de descubrimiento entre la defensa y la Fiscalía. Asimismo, existe experiencia en el derecho comparado sobre el descubrimiento de informaciones en el proceso penal.

En el derecho comparado podemos observar que el descubrimiento puede realizarse antes del juicio oral y después de iniciado este. De igual manera las legislaciones procesales penales señalan que obligaciones posee el Fiscal y qué obligaciones posee el inculpado y su abogado para realizar el descubrimiento de informaciones. Es en virtud de estas legislaciones que se ha realizado un listado de informaciones que puede descubrir el acusado sin violar ninguna norma nacional, ni vulnerar ningún principio o derecho de éste.

8.7.9. Ventaja para el acusado de ingresar a un acuerdo de descubrimiento con el Fiscal

La ventaja para la defensa es estratégica. Así, el acusado al acordar el descubrimiento de pruebas con el Fiscal, puede evaluar —según el material probatorio que observe del Fiscal— seguir con una terminación anticipada (en etapa intermedia) o ingresar a juicio por considerar que las pruebas que posee el Fiscal son insuficientes y que puede salir bien librado del proceso. Asimismo, el acusado puede descubrir al Fiscal, tempranamente para evitar la necesidad de ir a juicio, alguna causa de justificación o antijuricidad.

8.7.10. Ventaja para el Fiscal de ingresar a un acuerdo de descubrimiento con el acusado

La defensa puede acordar el descubrimiento de pruebas de descargo que obran en su poder, siendo esto favorable al Fiscal para que evite extender sus investigaciones, más aún si éstas se refieren a causas de justificación o antijuricidad (por ejemplo, la prueba de inimputabilidad del sujeto, de la minoría de edad, etc.). Asimismo, con el ingreso a un acuerdo de descubrimiento la fiscalía podrá tener acceso a copias de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones y demás medios probatorios de la defensa.

8.7.11. Información que debe revelar o no el acusado

A. Informaciones que puede revelar el acusado

La defensa no está obligada a colaborar en lo más mínimo con el Ministerio Público al ingresar al juicio oral. Sin embargo, debemos preguntarnos si, en el marco de negociaciones para iniciar un acuerdo sobre pruebas, la situación cambia. Aún ahí, habría que definir cuáles son los límites que tienen que observarse.

En general, todos los descubrimientos deben ser realizados atendiendo al marco legal de la Constitución, las leyes y la buena fe de las partes. En ese sentido, el art. 3 del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú señala que: "El Abogado debe obrar con honradez y buena fe. No debe aconsejar actos fraudulentos, afirmar o negar con falsedad, hacer citas inexactas o tendenciosas, ni realizar acto alguno que estorbe la administración de justicia"; de modo contrario, se invalidaría el acuerdo.

- i. El acusado puede revelar una coartada (testigos o pruebas de que al momento que se cometió el delito el acusado no se encontraba en el lugar del delito).**

Desde la doctrina argentina, Edmundo S. Hendler, comentando el *discovery* norteamericano, admite la controversia sobre la posibilidad de que el acusador solicite el descubrimiento de indagaciones particulares de la parte contraria, pero la admite en dos circunstancias: 1. Cuando se

invoca inocencia, se debe descubrir la coartada, y 2. Cuando se alega insanía, anticipar la invocación de inimputabilidad⁷⁴. Hay que precisar que este análisis del profesor Hendler, no se circunscribe sólo a las negociaciones por convenciones probatorias, sino, en general, a la fase previa al juicio (con acercamiento para convenir pruebas o sin él), y que en el modelo norteamericano se permiten investigaciones particulares⁷⁵.

Si el acusado acuerda un descubrimiento de informaciones con el Fiscal, entonces debería revelar su coartada, si la tuviere. La coartada es entendida como el argumento del imputado para rechazar los cargos fiscales. La obligación de develarla no vulnera ninguno de los derechos del imputado en el proceso; al fin y al cabo, la teoría del caso será expuesta en los primeros momentos del juicio. Sin embargo, su descubrimiento no es requisito para la convención.

La falta de revelación de la coartada no puede ser opuesta en la etapa intermedia, porque se desconoce su existencia. Lo mismo sucede con la posible defensa en base a la inimputabilidad del sujeto. Empero, estas estrategias defensivas pueden deducirse de las pruebas presentadas.

Por todo lo dicho, es válido entender que no existe exigencia alguna para revelar la coartada en toda su extensión, como estructura argumentativa lógica de defensa. El compromiso de un eventual descubrimiento de la misma está en la habilidad del litigante para condicionar sus concesiones a la coartada negada.

ii. Evidencia documental que puede revelar el acusado.

Si el acusado acuerda un descubrimiento de informaciones con el fiscal, entonces debiera revelar documentos relevantes al caso, pero que no afecten la teoría del caso de la defensa, que obren en poder del acusado o de testigos del acusado.

⁷⁴ Cfr. HENDLER, Edmundo. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1996, pp. 189 y 190.

⁷⁵ En nuestro modelo tendríamos que solicitar al fiscal la realización de las diligencias de donde se obtendrían pruebas de descargo (máxime debiéndose regir por el principio de objetividad), ante la negativa del fiscal, se puede acudir al juez de la investigación preparatoria para que le ordene realizarlas al fiscal.

iii. Declaraciones de testigos o peritos que puede revelar el acusado.

El artículo 84.2 del CPP de 2004, contempla el derecho del abogado defensor de interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos de cargo y descargo y peritos. En este sentido, el acusado puede realizar descubrimiento respecto de declaraciones previas de los testigos de descargo.

Asimismo, se debe tener en cuenta que el descubrimiento de las afirmaciones en las declaraciones de los testigos, tienen la ventaja de ser leídas (declaraciones juradas) durante el conainterrogatorio para impugnar declaraciones controvertidas o desacreditar testigos. Respecto a sus testigos de cargo, éstos no pueden ser revelados, como se ve más adelante, a causa de derecho a la no autoincriminación.

iv. Resultados de exámenes o investigaciones científicas o médicas que el acusado puede revelar

Como se mencionó líneas arriba sobre las ventajas de realizar acuerdos de descubrimiento de informaciones de parte de la defensa, el acusado y su abogado pueden revelar resultados de exámenes o de investigaciones científicas que establezcan su no responsabilidad en el delito o para efectos de una pena inferior.

v. La defensa puede revelar los exámenes médicos físicos o mentales que tengan que ver con la no imputabilidad para el acusado

Asimismo, el acusado puede revelar resultados de los exámenes médicos físicos o mentales que tengan que ver con la no imputabilidad del mismo.

B. Información que no puede revelar el acusado

Todos los supuestos siguientes se desprenden del art. 71 CPP de 2004, que enumera los derechos del imputado delimitando la información

que la defensa puede poner a disposición en el sentido que esta no debe afectar los derechos del imputado.

i. Implicancias del principio de no autoincriminación en la revelación o descubrimiento de información de parte del acusado

El principio es que no puede ser descubierta la información que por disposición constitucional no pueda ser objeto de prueba. Es el caso de la prueba que lesiona derechos fundamentales. (Art. VIII del T.P. y el Art. 159° de CPP de 2004). Como lo dice nuestra norma procesal penal, no tienen valor ni aún con el consentimiento del acusado. Ejemplificando, diremos, si en las negociaciones se quiere convalidar un allanamiento ilícito, en casa del imputado, de donde se obtuvo material incriminador, la consecuencia será la ineficacia del acuerdo, por imperativo normativo.

Cosa distinta es que se pretenda validar la prueba obtenida por medios ilícitos, pero que favorezcan al imputado. El mismo CPP de 2004 lo dice en el Art. VIII. 3, cuando refiere que: "La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio". De esta manera, la vulneración de derechos fundamentales siempre que favorezca al imputado es admisible, más no, cuando se pretende utilizar en su contra.

ii. Revelación de información del acusado sobre su participación en el delito

El acusado no tiene que descubrir información sobre su responsabilidad o participación en el delito, por la vigencia del principio de no a la autoincriminación; asimismo, está garantizado su derecho a guardar silencio. No se puede admitir que la acusación se sustente principalmente sobre prueba convenida por las partes y proporcionada por la defensa. Sin embargo, debe ser posible cuando se trate de prueba accesoria, o sea, de la que no es la principal razón por la que se acusa, sino que, v. gr. grafique las circunstancias del delito, o refuerce la prueba de participación, etc.

iii. Revelación de información del acusado sobre declaraciones de testigos que señalen su participación en el delito

No puede revelarse la información que se obtiene de las personas que están prohibidas de prestar declaración (sujetos vinculados por el secreto profesional, funcionarios públicos respecto de los secretos de Estado, conforme al art. 165° del CPP de 2004), a menos que cese tal prohibición. En cambio, sí podrán ser utilizadas las declaraciones de quienes tienen la facultad de elegir si declaran o no, como los familiares cercanos al imputado (art. 165. 1 del CPP de 2004).

Estratégicamente, la defensa tampoco debería revelar las declaraciones hechas por los testigos o posibles testigos a su favor, debe procurar que el fiscal no interrogue a sus testigos salvo en el juicio oral, nunca antes. Sin embargo, es materia negociable. Su descubrimiento puede limitarse a la presentación de aspectos referenciales de que expliquen por qué es útil, conducente y necesario, sin presentar su identidad o dar mayores vestigios para determinarlo.

iv. El abogado defensor no puede ser obligado a revelar su teoría del caso

No debe permitir al Fiscal inspeccionar, copiar o fotocopiar grabaciones, correspondencias, asuntos, memorandos, archivos, documentos o apuntes personales que tengan que ver con el estudio y preparación de la defensa del caso en concreto (incluyendo la estrategia de defensa entre otro análisis jurídico del abogado). No estamos en el sistema norteamericano. No es obligatorio que la defensa exponga su teoría del caso (coartada). El descubrimiento debe limitarse a las pruebas no a las estrategias.

v. Principios que viola el abogado defensor que revela las conclusiones de sus conversaciones con el acusado

Asimismo, no pueden revelarse informaciones referidas a la comunicación o declaraciones hechas por el acusado a su abogado. Es la información que afecta el derecho al acusado a no autoinculparse, el

abogado de la defensa no podría descubrir pruebas de cargo (Art. VII.1 Título Preliminar, Art. IX.2 Título Preliminar del CPP de 2004), asimismo, el art. 71.4 del CPP de 2004, señala que el inculpado puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que resuelva sobre el incumplimiento de sus derechos. El Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú contempla en su art. 10 el secreto profesional, que protege las conversaciones que ha tenido el letrado con su cliente.

Cabe recordar que la defensa sigue vinculada a su cliente por el secreto profesional y que el Discovery es una atribución del imputado, no de la defensa. Si éste no desea convenir pruebas, nadie, ni su defensa, puede obligarlo a hacerlo.

vi. Ingreso del acusado a un acuerdo de descubrimiento de información, revelando información sobre hechos ajenos a la acusación

No tendría sentido revelar información es sobre hechos ajenos a la acusación. Así el art. 155.2 CPP de 2004, señala que el Juez decide la admisión de la prueba excluyendo las que no sean pertinentes o las prohibidas por la ley, también el art. 156.1 CPP de 2004, señala qué constituye objeto de prueba para el proceso penal, por lo que, cualquier información ajea al objeto del proceso penal sería desestimada por el juez por impertinente.

vii. Espacio que ocuparía un acuerdo de descubrimiento de pruebas en el CPP de 2004

El acuerdo de descubrimiento de pruebas podría ocupar el espacio de 10 días posteriores a la notificación de la acusación y debería culminarse antes de ser acordadas las convenciones probatorias. No existe ninguna imposibilidad que se realice un acuerdo de descubrimiento antes de la acusación; sin embargo, esto no sería efectivo ya que aún no se habría terminado la investigación preliminar y podrían obviarse el descubrimiento de pruebas importantes para las partes, sobre todo para la defensa.

Así pues, lo óptimo sería haber culminado un acuerdo de descubrimiento y luego de esto iniciar uno de convenciones probatorias, sin embargo, el lapso de 10 días que otorga el CPP de 2004 termina siendo muy corto para estos efectos.

8.7.12. Resultado de un acuerdo probatorio cuando el Ministerio Público ha descubierto información y la defensa no lo ha hecho

Si se ha realizado con anterioridad un acuerdo de descubrimiento entre acusado y Ministerio Público, los elementos que no hayan sido descubiertos por las partes no podrán ser considerados para las convenciones probatorias y no deberían actuarse en juicio si no se llega a acordar sobre ellos. Salvo si se acredita que su descubrimiento no se haya hecho por causas no imputables a la parte afectada.

8.7.13. Resultado de un acuerdo probatorio cuando el acusado ha descubierto información y el Ministerio Público no lo ha hecho

En este sentido, en el caso que la Fiscalía —habiendo aceptado un acuerdo de descubrimiento— incumpliera en descubrir las pruebas de descargo, importantes para la teoría del caso de la defensa, y vulneraría el fundamento del derecho del imputado al conocimiento de los cargos (Art. 71.2.a del CPP de 2004).

8.8. Requisitos

8.8.1. Requisitos de procedibilidad

Los requisitos de procedibilidad están constituidos por la legitimidad de los sujetos y la existencia de un acuerdo manifestado de tal manera que evidencie ser un acto libre y consiente. Para una mayor comprensión pasaremos a analizar cada requisito de manera detallada.

A. La legitimidad de los sujetos

El requisito está plasmado en el art. 250° del CPP de 2004, en la cual plasma que “los demás sujetos procesales” podrán presentar las

convenciones probatorias; así, se permite a estos sujetos la presentación de la oferta de convención dentro de los 10 días de plazo para contestar la acusación, legitimando al fiscal el presentarlo en la audiencia previa. Para resumir, los sujetos legitimados que pueden participar son los siguientes:

- i. El representante del Ministerio Público.** En la negociación de las convenciones probatorias debe participar el representante del Ministerio Público.
- ii. El acusado con su abogado defensor.** Como se ha reseñado líneas arriba el resultado del acuerdo debe ser presentado al juzgador para su evaluación. Asimismo, en la audiencia preliminar, se otorga la palabra a las partes, incluyendo a la defensa del actor civil, así como al tercero civilmente responsable, para que debatan sobre lo presentado.
- iii. La víctima y la parte civil.** La víctima participa por medio de la defensa de la parte civil en el momento de la audiencia preliminar en el que se invita al abogado de la parte civil a realizar observaciones a los pedidos que se resolverán en la audiencia.
- iv. El tercero civil.** Participa en las mismas condiciones que los demás sujetos procesales, es aquel considerado causante del daño que amerita reparación civil.
- v. El procurador.** Defendiendo los intereses estatales, en los procesos donde tenga que intervenir.
- vi. Los representantes de intereses difusos.** Quienes actúan en salvaguarda de estos mismos intereses.

B. El acuerdo

El acuerdo o "consentimiento es el resultado de la integración armoniosa y conjunta de las declaraciones de voluntad de las partes"⁷⁶ que consiste en el ofrecimiento de una parte y la aceptación de la otra. En otras palabras, es necesaria el ofrecimiento y la aceptación como manifestaciones de voluntad.

⁷⁶ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exegesis del código civil peruano de 1984*. Tomo I, Gaceta Jurídica, 2da edición, Lima, Perú, 2000, p. 136

i. La oferta

Es el dar a conocer por una parte a la otra una propuesta de convenio, por tal debe delimitar de manera expresa y clara el hecho que se desea convenir como notorio.

ii. La aceptación expresa o tácita

La aceptación implica una manifestación de la voluntad de convenir de la otra parte, es decir, es el admitir, aprobar lo estipulado en la oferta; nótese que si está conforme solo en parte de la propuesta ofertada no se podría admitir dicha oferta, tendría que generarse una nueva propuesta para que esta recién sea admitida.

Surge la pregunta ¿si se necesita la manifestación del imputado? Esto debido a que en el proceso se le concede una cantidad de derechos garantía y que en la etapa intermedia no se requiere la presencia de este. Si bien parece que fuera una indefensión (el no requerimiento de la manifestación de voluntad del procesado cuando la convención se oferta en la audiencia preliminar), debido a que la parte emplazada es la que sufre los efectos del acuerdo, y el abogado que da a conocer su aceptación no tiene perjuicio alguno.

Al respecto, se pronuncia la interpretación autorizada de Colombia, la cual hace referencia a la ausencia del acusado, y en este caso no se requiere en la manifestación de voluntad de este, pero sí de la defensa. Es decir, el pronunciamiento necesario para el acuerdo es como parte procesal⁷⁷. Debo decir, que esta propuesta es razonable, por ello la compartimos, debido a que el abogado representa y defiende, vela por los intereses de su patrocinado, por tal da legitimidad a las decisiones que toma, por lo menos en teoría su función es hacer que se respeten los derechos de su defendido, por ello es de pensar que el acuerdo que este pueda realizar será en principio en beneficio del sujeto y bajo el consentimiento de este.

⁷⁷ Véase la jurisprudencia colombiana del Tribunal Supremo de Justicia de Colombia, CAS N° 28212, de fecha 10 de octubre de 2007.

La aceptación necesaria para un acuerdo se materializa, en la realidad, de dos maneras (expresa o tácita). Puede expresarse de manera oral, escrita, en cuanto a lo tácito la voluntad se manifiesta a través de un acto positivo de conformidad. En ese sentido, podemos afirmar que:

“No debemos confundir la aceptación tácita, que es conducta positiva, con el silencio del destinatario de una oferta, porque el silencio es inactividad. El que calla no afirma ni niega, ya que, nada expresa, pero en determinadas circunstancias el silencio puede valer como una forma sui géneris y excepcional de aceptación, cuando mediante hechos negativos se calla, cuando fuese necesario y posible manifestar el disenso;...El silencio constituye manifestación de voluntad sólo cuando los usos o las circunstancias lo autorizan como tal y no resulta necesaria una declaración expresa salvo lo que disponga el contrato o la ley”⁷⁸.

Para el caso de convenciones no existe una norma que le dé efectos al silencio como tal. Aceptar que el silencio manifiesta voluntad en la convención probatoria, significa aceptar que el juez puede interpretar el silencio de una parte, ello sería vulnerar dos principios estructurales del proceso penal como lo son el principio de legalidad procesal y el principio dispositivo.

En ese sentido, el principio de legalidad se vería lesionado en el sentido de que el silencio tiene efecto de voluntad manifestada solo si la ley le da ese efecto, pero en el caso de las convenciones probatorias, no hay ley que le de dicha consecuencia. Por otro lado, el principio dispositivo se vería mermado debido a que si el juez, sin autorización o facultad legal, interpreta el silencio y admite una convención probatoria estaría en realidad introduciendo el mismo hecho al proceso y esto solo le corresponde a las partes, el juez cumple su papel de juez de garantías que vela por la vigencia de estos principios.

⁷⁸ KAUNE ARTEAGA, Walter. *Curso de Derecho civil. Contratos*. Tomo I. En página web: <http://es.scribd.com/doc/52785167/45/SILENCIO-COMO-MANIFESTACION-DE-VOLUNTAD>. Consultado el 5 de junio de 2020.

8.8.2. Requisito de fundabilidad

A. El objeto de la convención

El objeto de las convenciones probatorias recaen sobre hechos, conforme lo establece el art. 350° inciso 2 del CPP de 2004; circunstancias, conforme al art. 156 inciso 6 del CPP de 2004 y sobre medios de pruebas, tal y como lo establece el art. 350 inc. 2.

Se entiende por hechos a acontecimientos plasmados en la realidad, pero los hechos a los que se hace referencia en el proceso no son propiamente hechos, sino afirmaciones de hechos, no es posible llegar a determinar la concurrencia de un hecho (objetivo), pero sin llegar a tomar como cierto que una afirmación de hecho es verdadero o falso (subjetivo).

El hecho objeto de las convenciones probatorias debe ser secundario. Los hechos secundarios son otros hechos que se relacionan con el principal, entendiendo por este último, al hecho que acarrea efectos jurídicos. Estos hechos secundarios, no tendrían el mismo efecto que el del llamado hecho principal porque "la naturaleza espuria de los elementos, apenas marca una de las tantas aristas que deben converger positivamente para que entienda materializada la conducta punible que se atribuye al procesado"⁷⁹.

Cuando se llega a un acuerdo de convenciones probatorias sobre medios probatorios, en realidad se conviene los hechos que en ellos se contiene, dando como efecto la inutilización de dicho medio de prueba. En suma, lo que se tiene por probado son los hechos, o mejor dicho afirmaciones de las mismas, por tal estas deben estar desprovistas de cualquier calificación jurídica; en ese sentido, se pronuncia la jurisprudencia colombiana al decir: "Los hechos o circunstancias...deben hallarse desprovistos de cualquier concitación jurídica, pues, precisamente es a través de tales factores, en conjunto que el juez de conocimiento atribuye unos particulares efectos jurídico"⁸⁰.

⁷⁹ Véase, la jurisprudencia colombiana CAS N° 28212, de fecha 10 de octubre de 2007.

⁸⁰ *Ibidem*.

En ese sentido, tampoco se permite la aceptación de la responsabilidad como convención probatoria; esto porque es el juez el que le da dicha calificación; así por ejemplo se puede convenir que el sujeto tubo relaciones con una menor de edad pero la cualificación de acto típico lo da el juez, es decir al convenir no se puede decir: ofrezco como convención que el sujeto realizó el acto típico, sino decir: ofrezco como convención que el sujeto realizo un hecho que el juez valorara como acto típico. No es lo mismo decir que el sujeto sea mayor de edad y no es un enfermo mental a decir que el sujeto es capaz jurídicamente hablando; lo primero es un hecho, lo segundo es una calificación jurídica, por tal. Solo el primero es objeto de la convención.

8.8.3. La estimación judicial como aquel acto que permite el despliegue de los efectos

Este es un requisito formal, debido a que nuestro sistema judicialista así lo requiere, como una suerte de certificar la ocurrencia del acuerdo y que esta cumple con los requisitos, una suerte de control. No se puede decir que es un requisito de sustancia debido a que el juez no se puede oponer al acuerdo salvo causa justificante, es decir que no cumpla con los requisitos mencionados líneas arriba. En Colombia lo entienden muy bien, ya que, su jurisprudencia en relación al juez y a la estipulación probatoria dice que "...La participación del director de la audiencia estuvo realmente orientado a los sujetos a deliberar en torno a si podían existir otros temas sobre los cuales arribar un acuerdo"⁸¹.

Motivo por el cual, él solo puede instar a las partes, mas no intervenir en el proceso, ya que, "El contenido, alcance y límite de las estipulaciones depende de la voluntad de la fiscalía y la defensa"⁸², debido a que son los sujetos interviniente del acuerdo. El juez no es parte del acuerdo y por tal debe respetar lo estipulado en cuanto a contenido, alcance y límite de dicho acuerdo, en este orden de ideas se pronunció la

⁸¹ Véase, la jurisprudencia colombiana CAS 31853, de fecha 15 de setiembre de 2010.

⁸² Véase, la jurisprudencia colombiana CAS 29001, de fecha 19 de agosto de 2008, en caso de nuestra normativa seria lo estipulado entre las partes adversarias que conviene, es decir, no se limita a la fiscalía y la defensa.

jurisprudencia colombiana al decir que el tribunal debe “respetar las estipulaciones probatorias hechas por las partes”⁸³.

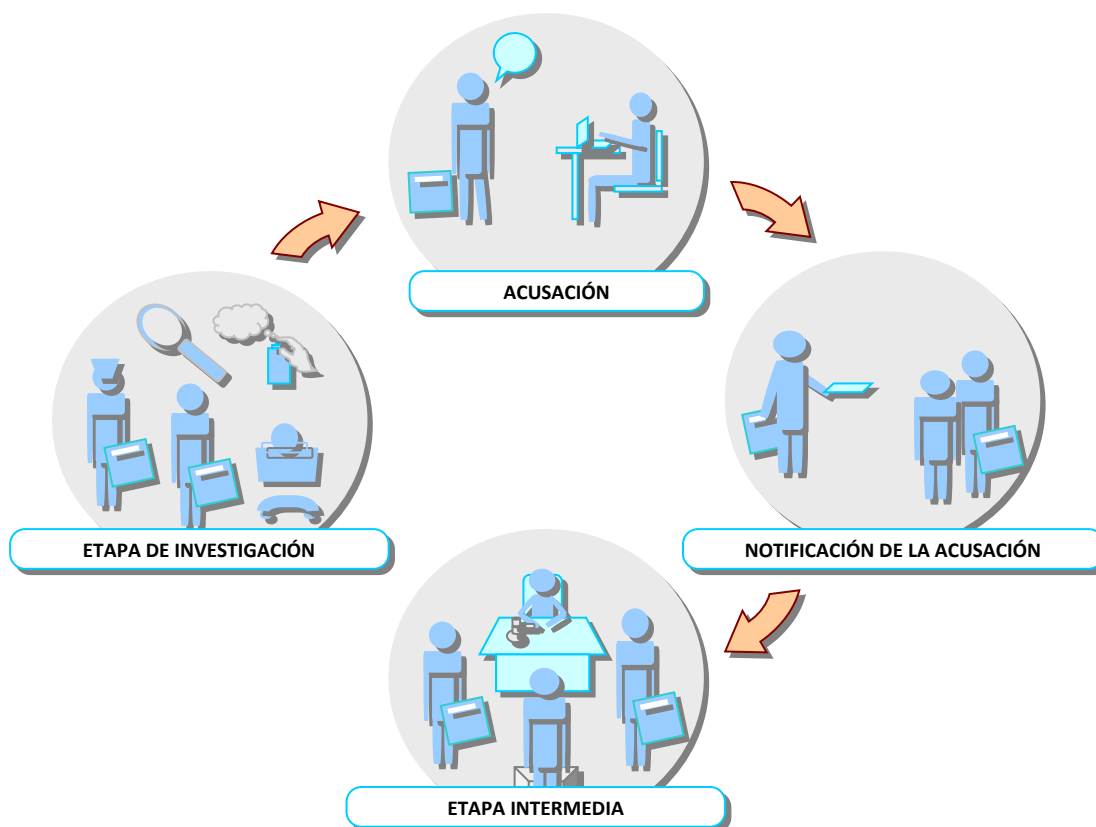
8.9. Procedimiento

8.9.1. Momento de las convenciones probatorias

a) Etapas previas al juicio en el nuevo proceso penal

Para determinar en qué momento del proceso se produce la negociación de las convenciones probatorias, es necesario identificar las etapas del previas a juicio, así tenemos que el proceso penal se da la etapa de investigación (inicia con la formalización de la investigación) y la etapa intermedia (inicia luego de la acusación fiscal).

Gráfico N° 9: Etapas procesales anteriores al juicio



Fuente y elaboración propia (2020)

⁸³Colombia CAS 28212; 10/10/07

b) Convenciones probatorias y su realización antes de la acusación

No hay nada que impida el acuerdo probatorio antes de formalizarse la acusación, a pesar de que el CPP del 2004 contemple una etapa con su determinado plazo de 10 días para plantearlo y presentarlo al juzgador. Ya que el plazo es mínimo, habría que identificar dos escenarios:

- i. Si no existiera acuerdo de descubrimiento, sería inapropiado convenir sobre pruebas, porque no se conocería el arsenal probatorio completo con el que cuenta el Fiscal.
- ii. Si existiera un acuerdo de descubrimiento de pruebas, podría entablarse mejor la convención probatoria, aunque éste sea antes de formalizarse la acusación, entendiéndose que el fiscal ha cumplido cabalmente con un acuerdo de descubrimiento y ha revelado todas las pruebas con las que cuenta.

No cabe acordar sobre hechos o medios de prueba durante el juicio, puesto que el juicio es el momento en el que estas pruebas se evalúan y forman convicción en el juzgador. Se entiende que la no recurribilidad de las convenciones probatorias (art. 352º. 6 CPP) se estipula sobre la base de que las mismas han quedado establecidas en el auto de enjuiciamiento, luego de haber sido pasadas por los dos filtros del juzgador y de las otras partes, diferentes al fiscal y acusado con su abogado. Pese a ello, es posible el reexamen, como se dijo antes.

c) Las convenciones probatorias se realizan antes del juicio

Las convenciones probatorias deben realizarse antes del juicio, ya que, según el CPP de 2004, el auto de enjuiciamiento debe contener los medios de prueba admitidos y el ámbito de las convenciones probatorias (Art. 353º .2.c CPP de 2004). Es necesario distinguir entre la negociación de las convenciones probatorias y el acuerdo de las convenciones probatorias. Se entiende que lo que debe ser formulado en la audiencia preliminar es el acta que ya fue examinada por el filtro del juzgador y que se hace pública a las otras partes que no participaron en su elaboración. Se le entrega el acuerdo, previamente negociado. El acuerdo probatorio

se cierra con el término de la negociación entre las partes, constando en documento. Pero, como se dijo antes, esto no implica una vigencia automática.

d) Convenciones probatorias y su formulación en la audiencia preliminar⁸⁴

i. Convenciones probatorias y su realización después de la acusación

Al término de la investigación preparatoria la fiscalía ha debido haber terminado de recolectar su material probatorio, por eso ha emitido la acusación o ha requerido el sobreseimiento, dando inicio a la etapa intermedia. Es precisamente este estadio el previsto para que las partes puedan acordar y presentar al juzgador las convenciones probatorias. Éste es su momento lógico⁸⁵.

ii. Convenciones probatorias y su negociación fuera de las audiencias

No existen limitaciones legales a la reunión de las partes en sede diferente al juzgado o la fiscalía para sencillamente sentarse a realizar las negociaciones pertinentes para arribar a un satisfactorio acuerdo. Debe tenerse en cuenta que el grado de libertad en que se realicen las reuniones para esta negociación puede dirigir el resultado hacia uno beneficioso para las partes o hacia una negociación infructuosa o perjudicial.

⁸⁴ El Nuevo Código Procesal Penal Chileno señala en su art. 275: "Durante la audiencia, el fiscal. El querellante, si lo hubiere, y el imputado podrán solicitar en conjunto al juez de garantía que dé por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio oral. El juez de garantía podrá formular proposiciones a los intervinientes sobre la materia. Si la solicitud no mereciere reparos, por conformarse a las alegaciones que hubieren hecho los intervinientes, el juez de garantía indicará en el auto de apertura del juicio oral los hechos que se dieron por acreditados, a los cuales deberá estarse durante el juicio oral".

⁸⁵ En este sentido el Código de Procedimientos Penal Colombiano dispone en el artículo 356, 4): "En el desarrollo de la audiencia el juez dispondrá:[...] Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. En este caso decretará un receso por el término de (1) hora, al cabo de la cual se reanudará la audiencia para que la Fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto".

8.9.2. Plazos de las convenciones probatorias

a) Plazo para la proposición de las convenciones probatorias

El artículo 156º. 3 del CPP de 2004, establece que “las partes podrían acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como hecho notorio. El acuerdo se hará constar en el acta”. No se indica el momento en concreto, por lo que, al menos formalmente, la norma admite la posibilidad de realizar convenciones probatorias durante la investigación preparatoria.

Sin embargo, esta no prohibición normativa no implica que lo más conveniente sea hacerlo en ese momento. Haciendo una interpretación teleológica, se llega a ver que los fines que se buscan con esta institución son de celeridad, y una convención sobre hechos en momentos muy prematuros puede dificultar la labor persecutoria del fiscal y la valoración del juez.

Además, sistemáticamente, el CPP de 2004 ha dispuesto expresamente un momento para proponer otros tipos de convenciones (art. 305º. 2 CPP de 2004). Siendo lo más recomendable realizarlos en la etapa intermedia, como se dispone, luego del descubrimiento de pruebas. El plazo para presentar las convenciones probatorias es, entonces, de 10 días de notificada la acusación a los sujetos procesales correspondientes (art. 350º. 1 y 2 del CPP de 2004).

b) Plazo para la aceptación de las convenciones probatorias

Las convenciones probatorias siguen la suerte de los documentos que lo contienen para su aceptación. Así, es aceptada para el debate en audiencia cuando el acta cumple con todos sus requisitos. Esto para cuando la solicitud sea conjunta. El documento conteniendo el acuerdo simplemente tiene que satisfacer los requerimientos de validez de cualquier acta, tiene que cumplir lo dispuesto en el art. 120º del CPP de 2004.

Cuando la convención es propuesta como contestación a la acusación, el escrito debe ajustarse a lo establecido para sus similares, no siendo exigibles elementos adicionales. La recepción de la solicitud de las partes determina inmediatamente su aceptación. Si fuere el caso, su devolución por inobservancias técnicas se realizará, también, en el acto.

c) Plazo para la aprobación de las convenciones probatorias

La aprobación de las convenciones probatorias será en el momento mismo en el que el juez resuelva sobre los puntos sometidos a debate en la audiencia preliminar. Estas decisiones del juez deberán tomarse finalizada la audiencia o, por excepción, hasta cuarenta y ocho horas luego de realizada ésta.

d) Plazo para la impugnación de las convenciones probatorias

No hay plazos para impugnar, ya que la resolución sobre convenciones probatorias es irrecurribles tal y como se establece en el art. 352º 6 del CPP de 2004.

e) Plazo para el reexamen por el juez del caso

El CPP de 2004, se refiere al reexamen del auto que admita pruebas por el juez de la causa, pero guarda silencio respecto de cuál es el momento indicado para realizarlo. Esto, lejos de parecernos censurable, nos parece muy apropiado. Los motivos para quitar eficacia a estos acuerdos pueden aparecer en cualquier momento. Los supuestos pasan desde la revelación de la felonía de una parte procesal, hasta el descubrimiento de pruebas nuevas, que pueden ocurrir desde la instalación de la audiencia hasta los momentos previos a la sentencia, y aun luego de ella.

Entonces, el momento oportuno para el reexamen es cualquier momento del juicio oral, no siendo admisible su realización con la sentencia misma, a efectos de salvaguardar los derechos de las partes. Tampoco es posible realizarlo luego de dictada la sentencia. La prueba obtenida luego de ella implica una novedad probatoria luego del proceso, la cual sólo tiene como vía el recurso de revisión de la causa, y solamente

si esta prueba nueva demostrase la inocencia del imputado, no una reducción de pena. Pero esto ya no es el reexamen del que estamos hablando.

f) Plazo para la ejecución de las convenciones probatorias

El tiempo para el arribo de un acuerdo que cuente con la total voluntad de las partes debe ser suficiente, ya que el juez debe verificar el consentimiento del imputado a tales convenciones. Si éste lo considera necesario, podrá rechazar los acuerdos sin que se pueda recurrir esta decisión (Art. 352.6 CPP de 2004). Debe realizarse cuando las partes entiendan realmente sobre lo que pueden acordar, es decir, entender que sólo puede haber acuerdos sobre hechos o medios de prueba mediante las convenciones probatorias; y deben abordar todas las circunstancias para un acuerdo completo. Por todo lo dicho hasta aquí, afirmamos que el plazo de 10 días para que se realicen estas convenciones, además de las otras actuaciones, en muy poco.

8.9.3. Efectos de las convenciones probatorias

Los efectos de la aprobación de la convención probatoria se encuentran plasmados en el art. 156º del CPP de 2004, en este se establece que el efecto inmediato es que éstos serán considerados como acreditados los hechos objeto de La convención. Asimismo, respecto al objeto de prueba, su efecto es que éste será considerado como hecho notorio⁸⁶. Finalmente, las afirmaciones que se debían probar sobre los hechos serán consideradas como probadas. Su efecto mediato es que su actuación probatoria será omitida en el juicio (art. 350º CPP de 2004).

Por notorio se entiende a aquel hecho que es de conocimiento del grupo social, en otras palabras, que todos conocen; por acreditado se entiende un hecho al cual se le ha dado credibilidad, hecho verificado por algo (en este caso por el acuerdo y no por la prueba); en ambos casos la convención probatoria trae por efecto que los hechos alegados se den como probados , esto "...obliga al juzgador a tenerlos por cierto en la

⁸⁶ Esto es criticable, porque las consecuencias valorativas del hecho notorio son distintas a las que se obtienen con el acuerdo probatorio. Las partes dicen no discutir algún punto, por eso, el hecho se considerará "no controvertido", y como tal se le tiene que valorar.

elaboración de los juicios de hecho y de derecho”⁸⁷, en ese sentido ya no habrá valoración probatoria, debido a que el fin de la valoración es la de establecer la falsedad o verdad de la afirmación de hecho; pero si habrá valoración en el sentido de relacionarlo con las pruebas ya actuadas en juicio.

Lo plasmado hace que devenga como efecto también la declaración de inadmisibilidad, por impertinencia de los medios probatorios que afirmen o nieguen los hechos acreditados por la convención.

8.9.4. Técnicas de negociación

El negociador debe seguir las siguientes técnicas de negociación en cuanto a las convenciones probatorias:

a) Plantear de manera adecuada su teoría del caso y en función a esta convenir

Es decir, preparar su caso, conocerlo y plantear como teoría aquella que sea más verosímil, coherente; y en base a dicha teoría no acordar ningún hecho que comprometa la idea central de la misma.

Un ejemplo adverso a esta técnica sería cuando el fiscal, en un caso de homicidio calificado en gran crueldad; cuya muerte probable es entre las 10 y 12 am., de fecha 14 de enero del 2012; pero el fiscal en descuido solo conviene la causa de la muerte y la fecha de la misma; dejando de lado la fecha probable, la cual es llenada por la contraparte en su propuesta de convención probatoria y el fiscal ante esta propuesta, y por desconocimiento de los hechos acepta que la hora posible de muerte era entre las 10 y 12 pm. Luego en la etapa de juicio la defensa logra acreditar que el procesado se encontraba en otro lugar entre las 10 y 12 pm; haciendo que el fiscal pierda su caso, generando impunidad para alguien que merecía la sanción estatal por el agravio al bien jurídico protegido.

⁸⁷ Véase, la jurisprudencia colombiana CAS 28212, de fecha 10 de octubre de 2007.

b) Conocer e informar a su cliente sobre los efectos de la convención probatoria

En si la convención trae como consecuencia la acreditación de un hecho, no siendo posible desacreditarla. Por tal, puede ser utilizado por la contraparte.

Cuando se le da a conocer sobre los efectos, lo que se está haciendo en realidad es darle anticipar al cliente para que ante las propuestas de convenciones no crea que se trate de una admisión de cargos; explicarle que dichos acuerdos no afecta la teoría del caso implica hacer que el defendido no deslegitime el actuar del abogado en la audiencia preliminar⁸⁸.

c) Ceder y aceptar como acreditadas solo aquello que pueda ser disponible, buscando no alterar la teoría del caso; ya que puede ser perjudicial en la etapa de decisión judicial

Una vez delimitada la teoría del caso, es realmente importante que esta se vea constante y coherente; por tal motivo, no se puede ceder ante presiones o técnicas de la contraparte que traten de perjudicar tu teoría; en ese entender, cuando se llegue a plantear la oferta de convención probatoria, de debe observar de manera minuciosa el hecho que se pretende acreditar a través del acuerdo.

Esta técnica trata, básicamente, de una correcta planificación de la mejor alternativa para el acuerdo negociado y el plan alternativo del acuerdo negociado, esto para que se poder saber cuál es el límite básico de la negociación (lo indisponible).

Un ejemplo que se puede proponer, es cuando el abogado defensor ante la propuesta de homicidio por gran crueldad del fiscal, este plantee

⁸⁸ Tal y como se mencionó en el punto 4.1. "desde la perspectiva del abogado con su cliente" del capítulo I, en dicho ítem se menciona que el abogado deberá escuchar a su cliente, pues existe un aprendizaje mutuo, una retroalimentación para la formación de una teoría del caso y para determinar las pautas de cómo y desde qué posición debe negociar, además de ello, el abogado defensor debe entender que su defendido a veces no estará de acuerdo con ciertas concepciones personales del abogado, por lo que una buena negociación con su cliente es un punto fundamental

como teoría el homicidio por emoción violenta; en tal sentido, se puede convenir que su patrocinado dio muerte a la persona en cuestión; pero jamás convendrá respecto a las circunstancias de la muerte que puedan negar una emoción violenta.

d) Conocer a profundidad y analizar, previamente todos los medios de prueba presentados

Esto implica utilizar de manera expresa un presupuesto necesario para todo tipo de acuerdo; este es la igualdad. Igualdad plasmada en las convenciones probatorias como igualdad de información; igualdad alcanzada a través del Discovery.

En ese sentido el abogado debe conocer a profundidad la carpeta fiscal, mientras que el representante del ministerio público debe analizar a profundidad los medios de prueba presentados por la defensa en el plazo de diez días para presentar su control de acusación. En suma, consiste en aplicar todos los medios permitidos para la obtención de información necesaria para negociar en igualdad de condiciones.

e) Debe tomarse conciencia de que un medio probatorio no solo aporta una información, sino un sinfín de elementos y que al convenir se está renunciando a los contra indicios que pudieran nacer de la actuación

En cuanto a las convenciones que inutilizan pruebas, es decir, en aquellas convenciones que tienen por efecto la no actuación de determinadas pruebas, toda vez que el hecho que se iba a acreditar por dicho medio de prueba ya está tomado como probado.

Un ejemplo de ello está en el caso de la figura del testigo único, el cual puede testificar respecto a determinado hecho; en el caso materia de ejemplo sería una persona que vio al procesado ingresar a la vivienda de la víctima entre las horas probables de muerte. Si el fiscal propone como convención que el sujeto ingreso a la vivienda en determinada hora (evitándose la actuación de la prueba testimonial) y el abogado defensor acepta; lo que se está haciendo es renunciar a los contraindicios que pueden surgir de dicho medio probatorio, como por ejemplo la visibilidad

del testigo, su capacidad memorística, la cantidad d procesos en los que ha participado en calidad de testigo; o incluso información favorable que este pueda proporcionar.

Por ello es recomendable que se observe si el medio de prueba a convenir en realidad tiene un sinfín de conraindicaos; o si no presenta dichos elementos de desacreditación.

f) Saber las verdaderas debilidades que pueda tener la prueba a convenir

Las debilidades se refieren a la existencia de pruebas referenciales, indirectas o que la credibilidad de las mismas, sean fácilmente cuestionadas o desvirtuadas al momento de actuarlas en el juicio.

Del lado fiscal, si evidencia debilidad de la prueba que este ofrece, debe plantear un discurso coherente que persuada a la otra parte, que convenza en que de pasar el medio de prueba sería perjudicial para él defensor; vender ese medio de prueba como “el medio de prueba”. Si el fiscal evidencia debilidad en el medio de prueba presentado por la defensa, este funcionario debe abstenerse o negar la aceptación⁸⁹. Así por ejemplo el único testigo que la fiscalía tiene para corroborar la salida del procesado de la escena del crimen, solo tiene un testigo; este escucho de un transeúnte que un señor con las características del procesado salió del lugar.

g) Ser consciente, luego del análisis, de la fortaleza de los medios probatorios y toda la información que pueda salir de la misma

Si el medio de prueba tiene una gran cantidad de información que puede probar puntos importantes de la teoría del caso. En ese caso se recomienda a la parte contraria (a la que presentó la prueba) que oferte la convención, con efecto de solo acordar unos de los hechos o algunas de las circunstancias; esto para que dicha prueba no entre en su totalidad y a la contraparte no dejar de convenir los puntos relevantes que acreditaría dicho medio probatorio.

⁸⁹ Técnica de negociación aplicable, igualmente a la defensa.

Un ejemplo, sería en el caso del homicidio dentro de la habitación; la cual fue filmada por una cámara VHS; este registro hecho con fines de seguridad es recabada por el fiscal en la etapa de investigación preliminar. En audiencia preliminar el abogado defensor plantea convención respecto a la muerte causado y que este fue causado por su patrocinado. El fiscal en este supuesto debería tener cuidado respecto a la aceptación, ya que, el video registra mucho más. El video puede registra las circunstancias, si fue en legítima defensa o fue pro gran crueldad, con alevosía, entre otros, el fiscal debe tratar de introducir todas las circunstancias del hecho y no solo el hecho narrado genéricamente por la defensa.

La parte que trata de inutilizar este medio mediante el acuerdo, debería presentar a la contraparte todas las debilidades de la misma, que toda esa "fortaleza" en realidad es solo aparente, superficial, fácilmente vencible en el devenir del proceso⁹⁰.

h) Cuando sea realmente importante para una parte la realización de la convención, esta debe proponerla

Ante este supuesto no debe esperar a que la otra parte proponga la convención probatoria, debido a que esta puede no hacerlo; por tan en estos casos, se debe anticipar a la posible pasividad de la contraparte. Pero dicha iniciativa debe ser controlada, sin evidenciar que el interés es de gran medida para uno.

i) En el caso de pluralidad de procesados se debe tratar de convencer a todos los ellos

Toda vez que, en estos casos, se le debe vender el producto de la convención no solo a un procesado, sino a todos; en el entendido de que solo tendrá efectos, en tanto todos ellos consientan tomar como notorios dichos hechos.

⁹⁰ Como se plasma en el primer capítulo, uno no debe dirigirse a la negociación creyendo en la fortaleza de la contraparte, sino viendo las debilidades que esta puede tener; por ejemplo se puede cuestionar la calidad de la filmación, qué pasaría si el video es ilegible, haciendo difícil la identificación de los que aparecen en el video.

j) La parte ofertante de la negociación debe mostrar también las consecuencias negativas de no llegar a dicha convención

Como en el ejemplo del testigo; la parte contrapuesta que sabe que ese testigo puede ser perjudicial, puede convenir mostrándole a la otra parte la incertidumbre de la forma en que se expresara un testigo, la información que prestara en juicio; esto es algo que no se puede predecir a un cien por ciento; aunque tengas todas las declaraciones previas del mismo⁹¹.

k) Se debe analizar de manera profunda y detalladamente la propuesta de la contraparte

Comparando los intereses propios y los del adversario, de manera objetiva dentro de lo posible. Se debe desprenderse de los elementos o circunstancias que puede nublar el juicio objetivo, eliminando toda subjetividad del mismo. Para ello, el negociador debe desarrollar la capacidad de diálogo, saber expresar de manera clara y convincente la propuesta, y saber escuchar a la contraparte, que ella muestre su postura (de preferencia utilizar la mayéutica como forma de comunicación).

l) Para compararlo de manera objetiva se le debe pedir apoyo a terceras personas

Es decir que en estos casos se debe pedir ayuda a los amigos, compañeros de trabajo. Siendo fiscal debe preguntar a sus colegas; colegas que puedan brindar sus experiencias en negociación, generando otra perspectiva.

De la defensa emplear el análisis en colegiado, incluso pedir opinión a personas distintas que no tengan interés alguno en el caso. Observando los distintos puntos de vista, de personas que no están inmersas en el proceso penal, se podrá ser objetivo; analizar el tema por si solos (fiscal o la defensa) es si no imposible, muy difícil; toda vez que el fiscal o el defensor, ya están, hasta cierto punto, subjetivizados por el proceso en el que participan.

⁹¹ En tal sentido plasmar que el costo de transacción es bajo en comparación al costo de no convenir (ver el consejo N° 5 plasmado en el punto 4.3.Capítulo I).

m) El proponente debe plasmar a la otra parte una convención que sea “favorable” para ambos

En otras palabras; vender el resultado como algo favorable para la contraparte; no venderlo como algo necesario o imperativo de realizar; sino convencer que arribar a un acuerdo sobre un hecho traería como consecuencia un beneficio mutuo y no unilateral⁹².

Aquí debemos aplicar la verdadera negociación (la negociación cooperativa), la cual no busca solo un ganar individual, sino un ganar colectivo (de ambas partes). Esto debido a que negociar implica ceder, implica entender que la contraparte no aceptara una propuesta que no genere ventajas y pérdidas proporcionales que permitan la satisfacción del interés.

n) Cuando una oferta de convención probatoria es rechazada por la contraparte (esta parte no cedió), no se debe renunciar a la negociación

En el caso de ser rechazada la oferta por la contraparte; no se debe claudicar en la utilización de este mecanismo que simplificaría el proceso a solo lo controvertido; sino replantearla, partiendo de una posición distinta, a la forma planteada inicialmente; sobre el mismo hecho, pero con otras circunstancias, entre otras.⁹³

La negociación no se basa en la posición, sino en los intereses (el para qué), no se puede trabajar sobre la base de una única propuesta, se debe prever situaciones en que la contraparte rechace la propuesta. Cuando ello pase se debe presentar las propuestas subsidiarias, es claro sin ceder el mínimo mostrado mediante el plan alternativo del acuerdo negociado.

⁹² Ver el capítulo I: 3.1.2 negociación colaborativa, en la cual se plasma la negociación de tipo racional que trata de mostrar una posición de beneficio mutuo.

⁹³ Esta es una técnica de flexibilidad y movilidad, para poder

8.10. CASOS PRÁCTICOS

- ✓ Pedro Filosa Lado encuentra, en un local reservado para mayores de edad, a Virginia Santana, esta chica le hace una propuesta a Pedro, la cual consistía en una noche de desenfreno amoroso, este decide aceptar a oferta y la lleva a un hotel, en el cuarto del hotel intiman en todas formas posibles. Al día siguiente Pedro decide irse del hospedaje despidiéndose de Virginia, esta le dice que lo hecho el día de ayer lo compromete y que a partir de ese momento ella debería ser su enamorada; Pedro le contesta: "estás loca, lo sucedido se queda en el pasado, en realidad no la conoce y no puede estar con una chica tan fácil". Ella humillada decide vengarse e ir a denunciar el hecho como violación sexual, alegando que ella es menor de edad y que a pesar de que el sujeto conocía dicha información tuvo relaciones con ella. En la audiencia preliminar las partes deciden llegar a una convención probatoria, aceptando como acreditado y por tanto como hecho notorio la relación sexual entre ellos.

a) ¿La conciliación recae sobre un hecho plausible de ser objeto valido de la convención probatoria?; ¿Es un hecho principal o secundario?

La convención es permitida, toda vez que en el presente caso no se trata de un hecho principal, sino de un hecho secundario; el admitir la relación sexual de con la menor, solo la acreditación de un hecho que configura el elemento objetivo del tipo; sigue en discusión los elementos subjetivos; además de ello el caso muestra un error de tipo, toda vez que, si ocurrió una relación carnal con una menor, pero él desconocía la edad de dicha chica.

b) ¿El momento, en el que se celebra la convención, es el oportuno?

En el caso-ejemplo se muestra que esta se realiza en la etapa intermedia, para ser explícito en la audiencia preliminar, momento adecuado para purgar los tópicos que se discutirán en juicio.

El fiscal Sergio Vergara Olaechea en la audiencia preliminar decide presentar su oferta de convención probatoria un acta de defunción en la cual se consignan muchos datos; este alega ampararse en el artículo 350 inc. 2 del CPP de 2004 en el cual se plasma: “los demás sujetos procesales (...) podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados”.

c) ¿El artículo en cuestión es aplicable al fiscal?

En artículo hace mención a los demás sujetos procesales, en relación a los demás incisos de ese artículo, es decir, no están comprendidos en el inciso dos, el fiscal y la defensa; pero hay que entender que esta se contextualiza dentro de los diez días de plazo de la contestación de la acusación; para lo demás sujetos procesales; en otras palabras, ese es el tiempo oportuno para que ello propongan convenciones; pero la defensa y la fiscalía están facultadas de presentar dichas propuestas de convención en dicho plazo y también en la audiencia (Artículo 156 del CPP de 2004).

d) ¿Es estimable dicha convención; de qué manera se debió proponer?

Esta propuesta, aunque hubiese sido aceptada por la contraparte no debe ser tomada como convención probatoria, esto debido a que lo que se conviene son hechos; cuando el artículo 350. Inc. 2 hace referencia a los medios de prueba, se debe presentar como convención los hechos específicos que se pretenden dar por acreditados. El acta de defunción, en realidad, proporciona en realidad demasiados datos, la forma adecuada para convenir es mencionar el medio de prueba y el fin que se pretende probar, por ejemplo: el estado de muerte, la fecha de muerte, el lugar, etc.

Lo que se ve es un desconocimiento en cuanto a la figura; además de que en el presente caso no se delimito bien los hechos que se deseaba convenir en base al medio probatorio; no empleo una buena técnica de negociación.

- ✓ En un caso de hurto agravado, en el cual son procesados Carlos Raptobi Enes y Malandro Lenin Robespierre; ante la propuesta fiscal de una convención probatoria respecto a la sustracción del televisor LED de 99`` 3D SMARTTV LG; a horas de la noche, en casa habitada; Carlos admite la sustracción de dicho bien por ambos; pero Malandro niega el hecho.

a) ¿Se debe admitir la convención probatoria?

b) ¿Si la respuesta anterior es afirmativa, que efectos tendría la convención respecto a Malandro?

c) ¿El convencimiento debió ser dirigido solo a un procesado o a los dos?

d) ¿Qué tipo de propuesta alterna daría, en caso de no consentimiento de la defensa?

- ✓ Mediante la vulneración al derecho de a la inviolabilidad de domicilio se obtiene información respecto a un delito de tráfico ilícito de drogas, el fiscal sabiendo que dicha información no podía ingresar al proceso debido a que esta constituye la figura de la prueba ilícita; Por tal, decide utilizar el mecanismo de la convención probatoria; y en la audiencia la parte contraria acepta la propuesta fiscal.

a) ¿En el presente caso, la aceptación tiene efecto?

b) Cómo Juez ¿cuál sería el fundamento por el cual rechazaría o confirmaría la convención?

c) ¿Cómo ofertante de la convención probatoria, como plantaría sus argumentos para que la otra parte acepte dicha propuesta?

- ✓ En la audiencia preliminar seguida para controlar la acusación fiscal, en la cual se tiene como procesado a Alejandro Corrup Tazo por la presunta comisión del delito de cohecho pasivo propio; la procuradora Benefy Ciode Lestado propone como convención el hecho de que Alejandro obtuvo 30, 000 soles el día en el cual violó sus funciones; la defensa se niega a la propuesta fiscal.

a) ¿El hecho propuesto como convención es de tipo secundario o principal?

b) De ser secundario, ¿La convención debería ser confirmada judicialmente?

c) Como fiscal, ¿qué técnica de persuasión utilizaría o qué tipo de planteamiento (replanteamiento) utilizaría en el caso en cuestión?

- ✓ Un día Inocencio Amaa Suma (10 años de edad) al llegar a su casa y abrir la puerta principal encuentra una escena traumática; su padre Carlos Primitivo de Salvaje estrangulaba a Sheila Facilo Nazza (madre del menor). Por los hechos expuestos se inicia un proceso, llegando la etapa de juicio, en los alegatos de apertura del fiscal, este describe los hechos y lo tipifica en feminicidio (art. 107); el abogado defensor describe los hechos y los tipifica como homicidio por emoción violenta (art 109); luego de expuestos los alegatos iniciales, el juez al percatarse de la igualdad en los alegatos respecto a la muerte por estrangulación, les propone a las partes que dicho hecho sea objeto de una convención; las partes acceden y se llega a usar la figura de la convención para dar por acreditado la muerte por estrangulación.

a) ¿El hecho por el cual se acordó es estimable para una convención?

b) ¿Es permitido por el NCPP la convención probatoria en el presente caso?

c) ¿Qué error (en la planificación) cometieron las partes para no presentar ellas, en el momento oportuno la convención?

- ✓ Rafael Caracor Tada observa a un ciudadano de nombre Grimaldo Brabucón Primitivo, el cual tenía un celular Samsung Galaxi S3, de última generación, motivo por el cual Rafael decide quitarle dicho celular y se vale de un arma blanca para intimidarlo; Grimaldo no solo opone resistencia, sino que también lo golpea salvajemente. Luego de esto Grimaldo se retira del lugar con su celular; pero Rafael decide denunciar un acto de lesiones graves. En la audiencia de control de acusación el fiscal propone como convención que se acepte que las lesiones de Rafael fueron causadas por Grimaldo;

cuando el juez pregunta si existe oposición por parte de la defensa, esta se queda en silencio.

- a) ¿Se puede convenir respecto a la autoría de las lesiones?**
- b) ¿El silencio puede ser interpretado como consentimiento?**
- c) ¿el fiscal ante el silencio qué debería hacer?**

BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Sistema procesal. Garantía de la libertad*. AC Ediciones, Lima, Perú, 2018.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exegesis del código civil peruano de 1984*. Tomo I, Gaceta Jurídica, 2da edición, Lima, Perú, 2000.
- BARBERIO, Sergio J. y GARCÍA SOLÁ, Marcela M. "Lineamientos del principio de economía procesal". En: PEYRANO, Jorge W. (Dir.); BARBERIO, Sergio y GARCÍA SOLÁ, Marcela M. (Coords.). *Principios procesales*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2011.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho procesal civil*. Editorial BdeF, 4ta edición, Buenos Aires, Argentina, 2010.
- DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. *La etapa intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio*. ARA Editores, Lima, Perú, 2010.
- DEL RIO FERRETTI, Carlos. *Proceso penal, consenso de las partes y enjuiciamiento jurisdiccional*. Librotecnia, Santiago de Chile, Chile, 2009.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso: Aplicable a toda clase de procesos*. Tomo I, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1984.
- DEVOTO, Eleonora A. *Sobre la mediación penal, algunas consideraciones relativas a su justificación teórica*. En página web: http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/mediacion_penal.html.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, España, 2007.
- FISHER, Roger; KOPELMAN, E. y KUPFER SCHNEIDER, A., *Más allá de Maquiavelo: Herramientas para afrontar conflictos*. Editorial Granica, Buenos Aires, Argentina, 2006.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*. Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México, 2002.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidad, oportunidad y consenso en el proceso penal*. Ara editores, Lima, Perú, 2012.

- HORVITZ LENNON, María Inés. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 2002.
- JAUCHEN, Eduardo M. *Derechos del imputado*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2007.
- KAUNE ARTEAGA, Walter. *Curso de Derecho civil. Contratos*. Tomo I. En página web: <http://es.scribd.com/doc/52785167/45/SILENCIO-COMO-MANIFESTACION-DE-VOLUNTAD>. Consultado el 5 de junio de 2020.
- MARFIL, Andrés Manuel. "El principio procesal de celeridad como manifestación del derecho constitucional de tutela judicial efectiva". En: PEYRANO, Jorge W. (Dir.); BARBERIO, Sergio y GARCÍA SOLÁ, Marcela M. (Coords.). *Principios procesales*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2011.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Principios de Derecho procesal civil*, Editorial Temis, 3ra edición, Bogotá, Colombia, 1988.
- MNOOKIN, Robert H., PEPPEY, Scott R. y TULUMELLO, Andrew S, *Resolver Conflictos y alcanzar Acuerdos. Cómo plantear la negociación para generar beneficios*. Editorial. Gedisa, Barcelona, 2000.
- PICO I JUNOY, Joan. "Los principios dispositivo y de aportación de parte: significado actual". En: PEYRANO, Jorge W. (Dir.); BARBERIO, Sergio y GARCÍA SOLÁ, Marcela M. (Coords.). *Principios procesales*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2011.
- PICO I JUNOY, Joan. "El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional". En: PEYRANO, Jorge W. (Dir.); BARBERIO, Sergio y GARCÍA SOLÁ, Marcela M. (Coords.). *Principios procesales*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2011.
- PONTI, Franc. *Los caminos de la negociación*. De Bolsillo, Barcelona, España, 2008.
- RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás. *El consenso en el proceso penal español*. José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1997.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*. INPECCP Fondo Editorial. Lima, Perú, 2015.
- SCHOTT, Richard G. "The discovery process and personnel file information", FBI Law Enforcement Bulletin, 2003. En página web: <https://www.questia.com/read/1G1-111496590/the-discovery->

process-and-personnel-file-information. Consultado el 2 de junio de 2020.

- STONE, Douglas/PATTON/Bruce/HEEN, Sheila, *Conversaciones difíciles: Cómo enfrentarlas y decir lo que tiene que decir*, Ed. Norma, Bogotá, 1999.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. (traducción de Jordi Ferrer Beltrán). Editorial Trotta, Madrid, España, 2002.
- UBERTIS, Giulio. *Elementos de epistemología del proceso judicial*. (Traducción de Perfecto Andrés Ibañez). Editorial Trotta, Madrid, España, 2017.
- UGAZ ZEGARRA, Fernando. "Las convenciones probatorias: Aspectos esenciales y prácticos de una novísima institución". En: HERRERA GUERRERO, Mercedes y VILLEGAS PAIVA, Elky (Coords.). *La prueba en el proceso penal*. Instituto Pacífico, Lima, Perú, 2015.
- VOLK, Klaus. *Curso fundamental de Derecho procesal penal*. (traducción de la 7ma. Edición alemana por Nanzer, Alberto; Nuñez, Noelia; Pastor, Daniel R. y Sarrabayrouse, Eugenio). Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2016.

JURISPRUDENCIA COMPARADA

- Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Tribunal Supremo de Justicia del Circuito Judicial Penal del Estado de Zulia, CAS. N° 1Aa 2258-2004, de fecha 17 de noviembre de 2004, Ponencia de la Juez Profesional C.D.C. Padrón Acosta. En página web: <https://vlexvenezuela.com/vid/carlos-luis-osorio-soto-282314879>. Consultado el 29 de mayo de 2020.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

- *Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 6712-2005-HC/TC, Caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, de fecha 17 de octubre de 2005.*
- *Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 06135-2006-PA/TC, Caso Ica Hatuchay E.I.R.L., de fecha 19 de octubre de 2007.*