

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal

TITULO: CONVENCIONES EN MATERIA PROCESAL

**SUBTITULO: CONVENCIONES PROBATORIAS EN EL PROCESO PENAL
PERUANO**

**Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho
Procesal**

Autor: Gustavo Sebastian Quintana Raymundo

Asesor: Carlos Glave Mávila

Código de alumno: 20173497

RESUMEN

La búsqueda de la verdad por un órgano estatal (Ministerio Público) tiene relación con el principio de oficialidad, pues en la investigación del delito destinada a ejercitar la acción penal, deberá obtener los elementos de convicción necesarios *para* la acreditación de los hechos delictivos, así como para identificar a los autores o partícipes en su comisión, con apoyo de la Policía Nacional del Perú y con las instrucciones generales del Fiscal de la Nacional; puesto que, el Ministerio Público como órgano autónomo constitucional, tiene el monopolio de la persecución penal, debiendo investigar con fines de averiguación de la verdad, de cuyos elementos de investigación (actos de investigación) podrán solicitar, entre otras cosas, medidas coercitivas para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir *la obstaculización de la averiguación de la verdad* y evitar el peligro de reiteración delictiva.

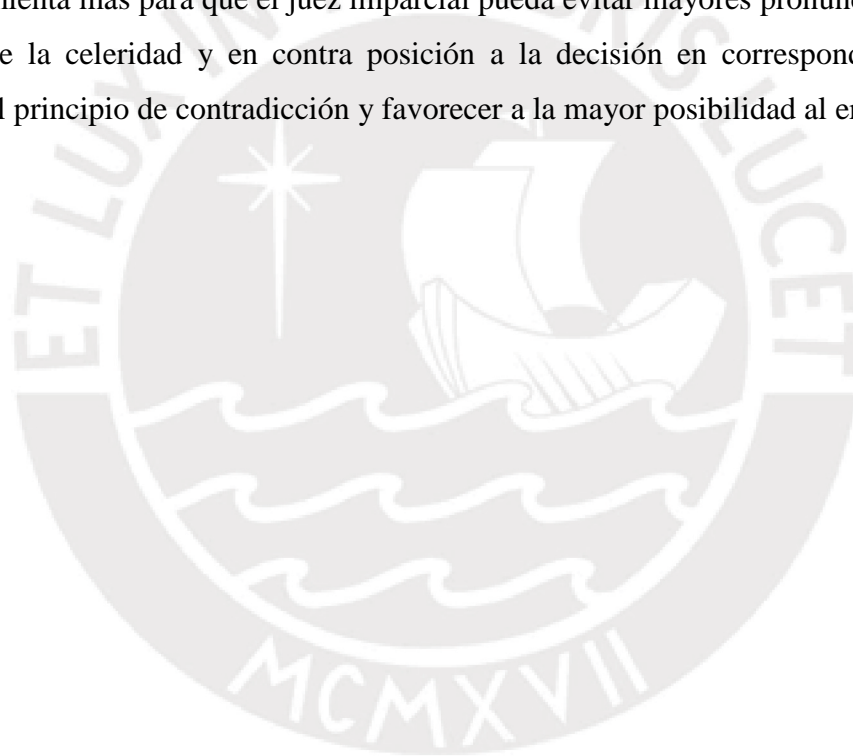
En tal sentido, surge el problema de las convenciones, mejor llamadas “procesales”, pues conforme se puede advertir de los siguientes artículos: 156.3, 350.2 y 352.6, se puede extraer las siguientes estructuras:

- A. Las partes acuerdan que determinada circunstancia no necesita ser probada.
- B. Presentado la acusación, *los demás sujetos* procesales pueden proponer los hechos que aceptan.
- C. Presentada la acusación, *los demás sujetos* procesales pueden proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados.

De las cuales, las partes podrán convenir sobre hechos y pruebas, omitiendo que la actividad valorativa del juez resulta esencial en este engranaje de justicia penal cuya finalidad es la averiguación de la verdad de los hechos. Por tanto, en esta actividad valorativa tanto en las situaciones “A” y “B”, en el que se tiene como hecho notorio y hecho acreditado, invade la esfera privada del rol del juez y deslegitima su función dentro del proceso, tanto más, si dichos efectos bien puede realizar el juez considerando como hechos no controvertidos, que en materia civil se conocen como fijación de puntos controvertidos y no controvertidos; sin embargo, el legislador ha querido darles

etiqueta de “convenciones probatorias”, cuando incluso estos no admiten solución por autocomposición, habida cuenta que, ello supondría que en la decisión de la resolución del conflicto no tendría mayor relevancia la participación de un tercero.

Por tanto, la regulación actual de las “convenciones probatorias” en el proceso penal tienen mucho margen de discusión y debate, además de volverlo ineficaz, por cuanto acordar sobre hechos que pertenecen a la actividad valorativa del juez solo le convendría *a priori* al Ministerio Público quien se vería morigerado en la búsqueda de prueba de cargo y no convendría a los intereses del imputado, o en todo caso, solo sería una herramienta más para que el juez imparcial pueda evitar mayores pronunciamientos, en vista de la celeridad y en contra posición a la decisión en correspondencia a la realidad, al principio de contradicción y favorecer a la mayor posibilidad al error.



INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I: SISTEMA PROCESAL PENAL

I.- SISTEMA ACUSATORIO.

II.- MODELO MIXTO.

III.- SISTEMA ADVERSARIAL.

IV.- CÓDIGO PROCESAL PERUANO.

CAPITULO II: CONVENCIONES PROCESALES

I.- ETAPA INTERMEDIA.

II.- CONVENCIONES PROBATORIAS.

CAPITULO III: LAS CONVENCIONES EN MATERIA PROCESAL Y LA VALORACIÓN PROBATORIA

I.- CONVENCIONES EN MATERIA PROCESAL.

II.- LAS CONVENCIONES PROCESALES APLICADOS AL PROCESO PENAL.

II.- DE LAS ASÍ LLAMADAS CONVENCIONES PROBATORIAS EN EL PROCESO PENAL.

IV.- A MANERA DE CONCLUSIÓN.

V.- BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En el proceso penal, un aspecto importante es la *noticia criminis*, la cual evidentemente se trata de hechos sucedidos en la realidad, por ende, la “distinción carente de fundamento [...] entre la verdad *formal o procesal*, que se determina en el contexto del proceso. Hay quienes llegan incluso a decir que en el proceso sólo es una ‘fijación formal’ de los hechos de la causa, que no tendría nada que ver con la verdad” (Taruffo 2010:100). Esto tiene relación justamente con la actividad del juez que a mayor sometimiento o recortes de facultades, solo se hablaría de verdades formales, en cambio cuando se trata de verdad por correspondencia como Taruffo refiere estaríamos dentro del ámbito de una actividad probatoria amplia en cuanto la relevancia de la prueba sirva al descubrimiento de la verdad.

Ahora bien, cuando se habla de prueba que brinda el conocimiento al juez sobre los hechos, intentamos darles mayor relevancia a las partes, sobre la fijación de puntos controvertibles

Hasta aquí hemos hablado de la prueba de los hechos como si se tratase de un concepto preciso y unívoco y la hemos identificado, grosso modo con la fijación de los hechos relevantes para la decisión judicial. Esta forma de hablar, sin embargo, no es del todo exacta, pues los objetos de la prueba no son hechos sino enunciados sobre hechos. Afirmar que un enunciado fáctico está probado, o que constituye una prueba, significa que ha sido verificado, que su verdad ha sido comprobada; de manera que la expresión “probar un hecho” no es más que una elipsis, una forma de decir “probar la hipótesis de que los hechos han sucedido” (Gascón 2010:76).

Pues bien, resulta claro que probar la afirmación de los hechos tiene que estar vinculada a la actividad del juez y no a la aportación de las partes, ya que, estas solo enmarcaran las afirmaciones de los hechos en el plano en que se actuará la actividad probatoria, cabe recordar quien es titular de la acción penal es el Ministerio Público, cuya

pretensión punitiva la dirige contra un particular, esta forma “especial de formación de proceso”: Estado-Individuo, hace que este trabajó sustente que nuestro sistema procesal penal se asiente sobre la búsqueda de la verdad.

De este modo, cuando el juez se someta a lo alegado por las partes en cuanto a hechos controvertidos o no controvertidos, cabe la posibilidad, y en efecto en la actualidad se aplica, la teoría del negocio jurídico procesal, que en el proceso penal se ve implementado con la convenciones procesales donde las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio (artículo 156.2 Código Procesal Penal) y cuando los demás sujetos procesales podrán proponer los hechos que acepten y que el juez dará por acreditado, obviando su actuación probatoria en el juicio (artículo 350.2 Código Procesal Penal).

Siguiendo a Armenta Deu “la paradójica situación implica disminuir la valoración jurídica atribuible a los órganos jurisdiccionales respecto de los hechos objeto de juicio, y en cambio atribuir a las partes – formales – un poder sobre el Derecho (Penal) que no tiene fundamento suficiente” (2008:127). Por cuanto, adoptando la posición de la búsqueda de la verdad en el proceso, no tendría mayor razón que las partes puedan decidir sobre las pruebas, Carnelutti cuando habla de una verdad formal lo equipara a las pruebas legales, sin embargo, la búsqueda de la verdad debe entenderse como correspondencia con la realidad, es decir, verdad objetiva.

El punto básico es que cualquier enunciado fáctico es en sí mismo verdadero o falso, en función de la existencia o inexistencia del suceso que describe. Ello implica adoptar, aunque en una forma no “ingenua” y críticamente madura, una concepción *correspondentista* de la verdad, según la cual la realidad externa existe y constituye el baremo de medida, el criterio de referencia que determina la verdad o la falsedad de los enunciados que se ocupan de ella (Taruffo 2010: 95).

Con lo cual, la actividad probatoria tiene correspondencia con la realidad existente y con los hechos que se quieren probar, por lo que, la etapa de admisibilidad y relevancia de prueba deben primar sobre cualquier acuerdo; en cambio, en una justicia negociada o cooperación una actividad procesal esencial es justamente las convenciones procesales o

negocios procesales del fiscal con el imputado, quienes pueden convenir sobre los hechos y prueba que se actuarán en el juzgamiento, considerando que “[e]l onus probandi en materia penal consiste en la obligación de una de las partes de persuadir al juzgador de los hechos de que las pruebas presentadas por ella demuestran la hipótesis de interés al nivel requerido” (Laudan 2013:163). En este caso, se requiere que la persuasión del juez convenga a las partes o a una de ellas.

En este esquema, si bien el principio dispositivo es de control de las partes el acordar los hechos sobre los cuales no hay mayor controversia; sin embargo, en cuanto a la actividad probatoria, resulta prudente señalar que:

El término “prueba” es polisémico, pues se usa para hacer referencia a cuestiones diferentes. Además, dentro de las distintas acepciones del término funcionan, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, algunas distinciones que no siempre son usadas en el mismo sentido.

- a) Prueba como elementos de prueba. Esta acepción del término denota todo aquello que permite conocer los hechos relevantes de la causa, es decir, lo que permite formular o verificar enunciados asertivos que sirven para reconstruir esos hechos.
- b) Prueba como resultado probatorio. Es el resultado que se obtiene a partir de los medios de prueba, o sea el conocimiento ya obtenido del hecho controvertido o el enunciado fáctico que lo describe.
- c) Prueba como procedimiento probatorio que conecta los dos sentidos anteriores del término: los medios de prueba y la aserción (verificada) sobre el hecho (Gascón 2010:77-78)

En consecuencia, valoración probatorio no tendría mayor vinculación con las partes, más aun si existe la posibilidad de que el juez pueda desvincularse sobre las convenciones procesales, reconociendo implícitamente nuestro sistema la relevancia de la valoración de la prueba sobre el acuerdo, de modo que, el ofrecimiento o aportación de prueba corresponde a las partes, y de otro lado, la admisión, actuación y valoración corresponde al Juez, y aun cuando en un modelo de cooperación procesal conforme el Código Procesal Penal con la institución de acuerdos trata de moderar la actividad probatoria con miras a un pronunciamiento de mérito.

CAPITULO I

SISTEMA PROCESAL PENAL

En el desarrollo de la humanidad desde que se implantó una forma de control social, el proceso penal ha venido transitando entre el sistema inquisitivo y sistema acusatorio, donde ambos modelos tienen sus propias características, uno de estas características, es su relación con la actividad probatorio y la forma de investigación del *notitia criminis*, aunque Montero Aroca menciona que “no existe dos sistemas por las que puedan configurarse el proceso, uno inquisitivo y otro acusatorio, sino dos sistemas de actuación del Derecho Penal por los Tribunales, de los cuales uno no es procesal, el inquisitivo, y otro procesal, el acusatorio. El sistema inquisitivo responde a un momento histórico en el que los tribunales imponían las penas, pero todavía no por medio del proceso” (1997: 28). Resulta por tanto, tener en cuenta que el sistema inquisitivo, surge después del sistema acusatorio originario, como una respuesta para el poder de los Tribunal de investigar los delitos y la forma en que esto se debe establecer en el proceso para poder imponer una pena; de tal manera desarrollaré lo que se conoce como sistema acusatorio y lo que posteriormente fue etiquetado como un sistema mixto (inquisitivo-acusatorio) dentro de nuestra tradición jurídica distinta a la forma del common law (sistema adversarial y no adverserial).

I. SISTEMA ACUSATORIO.

El sistema acusatorio como rasgo esencial desde sus orígenes mantenía la división de quien acusaba y quien juzgaba; haciendo la salvedad que esto no era entendido, como jueces profesional o jurado, así como el poder de acusar concentrado en una entidad pública del estado o los particulares, o que sea esta oral o escrita, sino partimos de la idea de diferenciación entre quien acusa y quien debe juzgar, así pues, “un rasgo característico en el sistema acusatorio es que existe un sujeto distinto del juez quien tendrá la función de “acusar” a un sujeto la comisión de un ilícito penal, por lo que, este sistema permitiría la posibilidad de imparcialidad del juzgador, a diferencia del Juez en el sistema inquisitivo” (San Martín 2015: 41).

En los orígenes del sistema acusatorio, las partes tenían el poder de formular cargos contra otros sujetos, por lo que era evidentemente un conflicto entre las partes, esto era tanto en el ámbito penal como civil, donde el juez tenía una actitud pasiva reconociendo al vencedor y al vencido en el conflicto, donde ambos tenían que aportar pruebas y sustentar sus alegatos.

la prueba conducía a establecer una verdad aparente o formal, como suele decirse, no existían reglas legales que la gobernaran, pero los medios eran privados, basados en la superstición religiosa y la confesión era la prueba por excelencia con valor absoluto, pero el juez no la buscaba y menos la exigía; aquellos medios eran pruebas aparentes y absurdas, que dejaban la justicia en manos de la suerte o de la fuerza y habilidad de los contendientes, por la ridícula creencia de que Dios intervendría para dar el triunfo a quien tenía la razón; solo en lo civil se aceptó la prueba documental al generalizarse. (Devis 2001: 24).

Por tanto, en el sistema acusatorio la prevalencia de la prueba la tienen las partes, lo cual es un factor de diferenciación al sistema inquisitivo y al así llamado sistema mixto, por cuanto la declaración de confesión del imputado era voluntaria; asimismo, “el derecho romano del *Corpus Iuris Civilis* prevé la existencia de un sistema exclusivamente acusatorio, dado que los pocos trazos que existen de compulsión del poder público a una acusación en los llamados *pública iudicia* también parte de la base de la existencia de una acusación” (Nieva 2017:18).

En nuestro sistema jurídico tuvo gran relevancia la revolución francesa, la ilustración y la evolución de los sistemas políticos que llevaron justamente al cambio de un sistema inquisitivo a lo que hoy podemos llamar sistema mixto; ya que, tradicionalmente se le ha considerado al original sistema acusatorio como actuación de la víctima o el afectado y que reconocía a ciertas persona a actuar el nombre de la colectividad, posteriormente el modelo inquisitivo se consolidaba como la conformación de las monarquías absolutas en el poder y toman como herencia el derecho romano canónico¹.

¹ Cfr. El proceso penal; Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett; Sexta Edición. Universidad Externado de Colombia; pp. 92 – 93.

En conclusión, el sistema acusatorio originario es parte de la historia de identificación de sistema procesales que en la actualidad no tiene mayor sentido práctico, pues es impensable hablar de un proceso basado sólo en la acusación de parte sin la identificación de los hechos que sustentan esa acusación (averiguación de la verdad) y por tanto la persecución de la comisión de ilícitos penales de un acusador, cuya función puede recaer en una entidad pública con las garantías y principios propios de un proceso respetuoso de los derechos fundamentales de la persona.

II. MODELO MIXTO.

Podemos señalar que el modelo así llamado mixto no es *per se* un sistema que contrapone al sistema acusatorio o un sistema inquisitivo, sino que es conocido como una combinación de ambos entre principios y garantías para establecer un modelo que pueda brindar las soluciones propias de una sociedad desarrollada, sin abandonar las bases estructurales e instituciones de ambos sistemas.

El juez no asume en primera persona la responsabilidad de identificar y aportar los elementos de prueba necesarios para dictar la sentencia – tendencialmente se reconoce una cierta disponibilidad de la prueba a cargo de las partes. Ello no significa que el objeto del proceso sea disponible, por lo que no cabe abandonar a la autonomía de la voluntad de las partes los intereses públicos en juego, consecuentemente, se reconoce al juez formular preguntas a los órganos de prueba, dentro del objeto del debate, claro está y acordar de oficio la admisión de nuevas pruebas, la cual debe ser utilizada con moderación y solo con la finalidad de integrar la iniciativa probatoria de las partes y en ningún caso para suplirla. (San Martín Castro: 2015:44).

Asimismo, puede pensarse que este modelo mixto es una reacción o respuestas al sistema inquisitivo influido por el derecho romano canónico, sin embargo, se trata de la alta profesionalización de las labores jurídicas y “se ha reconocido que en uno y otros sistemas la racionalización jurídica convirtió el procedimiento criminal en una tarea técnica sofisticada que desde finales del siglo XVIII europeo mantiene una lucha constante entre las categorías que surgieron de la profesionalización de la labor jurídica en Inglaterra, la revolución francesa y el poder estatal” (Bernal y otros, 2013:195). Por

lo que, este modelo mixto en el que el juez tiene un papel diferente al fiscal (acusador) se notan características específicas de un sistema acusatorio e inquisitivo propios de la averiguación de la verdad como eje central de la acreditación o no de la comisión de un ilícito penal por parte del fiscal, evidentemente esto se llevará a cabo en base a principios y garantías constitucionalmente reconocidas.

Para el presente trabajo resulta necesario identificar, bajo estos dos sistemas acusatorio original y modelo mixto, la influencia de averiguación de la verdad en la acreditación de los hechos que son materia de imputación por parte del acusador. En el modelo mixto, en líneas generales, es entendido como la instrucción a cargo del juez y la acusación realizada por el fiscal; “en la instrucción se observan demasiadas características inquisitivas como para decir que esa fase es netamente acusatoria; de hecho, no es netamente inquisitiva pero ni siquiera con grandes esfuerzos cabría mantener su naturaleza acusatoria, por lo que, el modelo se acerca mucho más a lo inquisitivo que a lo acusatorio, a consecuencia de las actuaciones imputadoras que son competencia del juez” (Nieva 2017: 23), esta característica de la instrucción en el sistema procesal penal peruano, se encuentra en el código de procedimientos penales, donde el proceso se dividía en dos etapas: la instrucción o período investigatorio y el juicio.

Ahora bien, una característica esencial para la averiguación de la verdad en el sistema acusatorio original estaba en relación con las partes porque había un juez pasivo y aquellos tenían que acreditar su inocencia o culpabilidad; en el modelo mixto, “combina elementos característicos de los dos anteriores² mediante la incorporación del fiscal al proceso, que se justifica, no obstante de manera plena en atención a asegurar la persecución penal y con ello la realización del derecho penal, por una parte, y por otra parte, a garantizar la separación de las funciones acusadora y juzgadora” (Armenta 2012: 22). Por lo que, la averiguación de la verdad si bien está a cargo del Juez Instructor, el Ministerio Público tiene la función esencial de acusar para la etapa de Juicio Oral, donde el Juez imparcial determinará la culpabilidad del sujeto con la acreditación de la tesis inculpativa del Fiscal.

² Se refiere al sistema acusatorio original y sistema inquisitivo. Cfr. Sistemas procesales penales, Teresa Armenta Deu; Marcial Pons 2012.

Cabe mencionar que, en el proceso penal peruano, si bien la Constitución del 1979 y la Constitución de 1993, reconocía la titularidad al Ministerio Público para iniciar una investigación de oficio o a petición de parte; sin embargo, ello no era reconocido por el Código de procedimientos penales de 1940, pues, incluso el juez instructor podía iniciar la persecución penal.

La Ley Orgánica de dicha institución – Decreto Legislativo N° 52 del 16 de mayo 1981 – no consagró la conducción de la investigación del delito ni le atribuyó la dirección jurídica funcional de la Policía Judicial, no obstante haber sancionado que el Fiscal es el titular de la acción penal y que sobre él recae la carga de la prueba (arts. 11 y 14). Solo se le encargó la supervigilancia de la investigación policial – reconociendo que la policía realiza una investigación propia al respecto, lo que ni siquiera reconocía el Código de 1940 – (art.9) y ratificó implícitamente las características autónomas del *espacio de actuación policial*, sin enfatizar – como correspondía – su naturaleza de *competencia a prevención* en tanto ello se condice con su función auxiliar de la justicia penal. Dicha Ley, además, entregó al Ministerio Público el monopolio de la denuncia al juez en los delitos públicos y le atribuyó la facultad de realizar indagaciones preliminares – por sí o a través de la policía – antes de promover la acción penal (v. art. 94.2) ratificando que, en la fase procesal de instrucción, a cargo de un juez como ya se ha anotado, el Fiscal se limitaba a participar en ella. (San Martín 2004: 38)³

En ese sentido, no realizando mayor análisis sobre la evolución del proceso penal peruano, por cuanto el presente trabajo tiene otros objetivos, me limitaré a mencionar que, en el Código de 1940 se establecía en líneas generales que la acusación era realizada por un fiscal y el juzgamiento por un tercero imparcial, esta posibilidad de acusación del fiscal podía haber llevado a la impunidad de cierto delitos debido a la mala práctica de averiguación de la verdad de la noticia criminal, sin embargo, esta desventaja de modelo mixto se superaba con el fortalecimiento de un juez imparcial y

³ Para un mayor panorama de la evolución del proceso penal peruano, remitirse al trabajo del Profesor César San Martín Castro en su artículo de la Reforma Procesal Penal Peruana: Evolución y Perspectivas. En el Anuario de Derecho Penal 2004.

predeterminado por ley que resolvía de acuerdo al material probatorio presentado por el acusador y con ello enervar la presunción de inocencia del imputado.

Finalmente, cabe señalar que en este modelo mixto resulta esencial tanto lo desarrollado por un juez instructor como la función acusadora del Ministerio Público, que se centra en la posibilidad legal (principio de legalidad o de oficialidad) e ideológica propia de las combinaciones del sistema acusatorio original e inquisitivo, la búsqueda de la comisión delictiva de un sujeto, que en otras palabras, hablaremos de la búsqueda de la verdad material del hecho criminoso, por cuanto su acreditación resulta necesario para imponer una pena a un sujeto que ha sido acusado por una institución autónoma estatal que es el Ministerio Público.

III. SISTEMA ADVERSARIAL.

En cuanto a este punto, es necesario realizar una reseña historia y resaltando de sus puntos importantes y diferenciadores con el *civil law* o la tradición euro continental, además que significa cuando se habla de un sistema adversarial del *common law*, cuya tradición jurídica nace del ya conocido sistema acusatorio originario y se va perfilando por perfeccionar la acusación de las partes a diferencia del *civil law* que refuerza la persecución oficializada por un órgano estatal y sujeto al principio de legalidad (lo que se observa en el sistema inquisitivo y posteriormente el modelo mixto).

Así pues, “el modelo adversativo se estructura como una disputa entre las partes, acusador y acusado, desarrollada ante un tercero, donde el juez actúa de manera pasiva. Un proceso penal en el que las partes son dueñas de la contienda y deben impulsar el proceso con su actividad” (Armenta 2012: 26).

Por lo que, caracteriza, por un lado, al *common law*, es un predominio de la contienda entre las partes ante jueces legos; y al *civil law* un proceso inspirado en la investigación Estatal ante jueces y fiscales profesionales.

Ahora bien, nos centraremos en el sistema adversarial de los Estados Unidos de Norteamérica por ser el que más influencia tiene en nuestro sistema procesal, utilizando las palabras de Mirjan Damaska en adaptaciones transformativas o no transformativas. “La primera consideración sobre el modelo debe partir de un hecho que los propios

autores reconocen: se aplica en realidad menos de un 2 por 100 de la criminalidad en los EE. UU, lo que significa que la mirada hacia el paradigma adversativo se centra en poco más que una ilusión en su propio país de origen” (Armenta 2012: 29), lo cual significa que el beneficio de la persecución penal se encuentra en los mecanismos alternativos de solución “*bargaining*” por la alta discrecionalidad que tiene el Ministerio Público en los EE.UU.

En el *plea bargaining* es donde el dominio del fiscal sobre la decisión de formular cargos es más evidente, a través de cada institución, el 93% de los casos penales es resuelto sin juicio, y consiguientemente sin ningún esfuerzo adversarial o inquisitivo serio por determinar la verdad. La extensión de penas aplicables en el caso de una condena luego de un juicio por jurado es tan amplia, con penas de muerte o presidios perpetuos por delitos no violentos como tráfico de drogas o robo por un reincidente, que un fiscal puede ejercer gran presión sobre un acusado como para que acepte responsabilidad aun cuando sea inocente. (Ambos 2005: 169).⁴

Aunque, este mecanismo de solución resulta tan eficaz en el proceso norteamericano, sin embargo, no refleja la estructura de todo el proceso en el que participa el Gran Jurado y encontrar la culpabilidad del sujeto imputado sobre su máxima “*beyond and reasonable doubt*”.

En cuanto a su estructura, podemos mencionar lo que la profesora Armenta señala:

- 1.- Investigación Policial que determina los hechos.
- 2.- Arresto o detención del imputado previa orden judicial, en la que se permite una llamada
- 3.- decisión de acusar (*complaint*), tras revisar las actuaciones judiciales, del fiscal y la policía, la que convierte al acusado en *defendant* y debe ser revisado sin presencia de la defensa para determinar si existe probable causa.
- 4.- *Preliminary hearing*: la primera comparecencia del acusado, antes de las cuarenta y ocho horas de la detención, para constatar su identidad, formular los

⁴ Stephen C. Thaman, La dicotomía acusatorio-inquisitivo en la jurisprudencia constitucional de Estados Unidos. Traducido por Francisco Cox, LL. Columbia University, profesor de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.

cargos e informarle de sus derechos, así como para determinar la fianza para la libertad provisional, etapa adversativa (contradictoria) al exigir la presencia del de la defensa.

5.- El gran jurado⁵: revisa la acusación y el fiscal efectúa una propuesta de *indictment* documento de acusación que sustituye al *complaint* y que debe someterse al jurado. Asimismo, en la *preliminary hearing* puede llevarse a cabo con declaración de culpabilidad o no (*guilty plea*) las diversas formas de “*plea bargaining*”, paralelamente también se conoce “*pretrial motions*” las alegaciones sobre ciertas acusaciones o vulneraciones tras el “*discovery*” presentación de pruebas y testigos de las partes, así como el resultado de peritos oficiales. El acuerdo de no pasar a juicio está sometido a comprobar por el Juez de la Corte a que la aceptación haya sido voluntaria ni coaccionado directa ni indirectamente ni se le ha ofrecido otra recompensa o ventaja y que es consciente de las consecuencias del mismo. (2012: 29-32)

En ese contexto, podemos mencionar preliminarmente, que en el proceso adversarial, la “búsqueda de la verdad” queda en el plano netamente de las partes, que se conforman con la aceptación o no de la culpabilidad del sujeto para llegar a un acuerdo donde concluiría el proceso; caso contrario, ya en el juicio la decisión del jurado queda supeditado a la aportación de la prueba por las partes; “sin perjuicio de que los jueces del tribunal oral en muchas jurisdicciones de Estado Unidos tienen la facultad de citar nuevos testigos y hacerles preguntas, dichas facultades son raramente utilizadas, porque las cortes de apelaciones revocan rápidamente las condenas si hay indicios que él o ella perdió la imparcialidad” (Ambos 2005: 172).

La corte de apelaciones de Nueva York declaró: “Aun cuando ni nuestro sistema adversarial ni nuestra exigencia constitucional por un juicio imparcial prohíben la

⁵ Stephen C. Thaman, menciona: “El gran jurado puede obligar a los testigos a declarar en secreto sin que deba demostrar previamente ningún tipo de relevancia, y puede detenerlos y declararlos en desacato si se rehúsan a hacerlo. Un testigo del gran jurado no tiene derecho a abogado cuando declara ante dicho órgano y todos los que participan juran guardar reserva. El objeto de la investigación – el futuro acusado – no tiene ningún derecho a presentar pruebas, estar presente, saber que ocurrió en la investigación del gran jurado o de cuestionar las bases de la formulación de cargo (*indictmen*), aun cuando estuviera sustentado en prueba – oídas – que sería declarado inadmisibles en juicio. A diferencia del juez instructor del sistema inquisitivo europeo, el fiscal no tiene la obligación de presentar la prueba exculpatória al gran jurado aun cuando supiera que tal prueba existe. En “Constitución y Sistema Acusatorio”, Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett (compiladores); pp. 161-162.

adopción de un rol activo en la búsqueda de la verdad por el tribunal (...) un tribunal no puede, sin embargo, asumir la función de promoción tradicionalmente reservada a los abogados (...) y a fin de evitar esto la discreción del tribunal debe ser ejercida de manera prudente”⁶.

Además, otra diferencia que se puede advertir es la elección de los jueces y fiscales en el sistema adversarial estadounidense, que en líneas generales se trata por decisión del Presidente de EE.UU, y que la decisión de culpabilidad o no dependerá de un jurado lego, que se sustenta en el principio de democracia; a diferencia del *Civil law*, en cuya elección está encargado por un Organismo Autónomo, donde los jueces serán profesionales y dependerán de ellos la declaración de culpabilidad de un ciudadano.

Cabe mencionar que, en el sistema mixto en el que el principio acusatorio tiene su importancia por el hecho de que quien acusa no juzga, lo cual determina su imparcialidad y en el sistema adversarial la confrontación de las partes ante un tercero imparcial; donde la búsqueda de la verdad en el primero está dada por la investigación oficial (estatal) y en el segundo, por las partes en el que cobra importancia la institución del “*discovery*”.

El sistema adversarial americano no constituye un escalón más en la evolución del procedimiento acusatorio de la Alta Edad Media. En realidad, aquel nació en la época de la Ilustración, producto de una corriente de pensamiento liderada por empresarios; ello explica que los axiomas de los que parte hayan sido la negociación individual, libre mercado y el concepto de individuo titular de derechos. El principio acusatorio en cambio nació con el Código de Instrucción Criminal francés de 1808, y como se vio, no es ni siquiera mencionado en el sistema adversarial americano, por lo que resulta incorrecto identificarlo con aquél. (Herrera 2014: 45)

Así pues, Mirjan Damaska señala que “el modelo del *Civil law*, continental o mixto, tiende a ser un modelo de investigación oficial más que un modelo de ‘dispuesta’; al igual que el modelo mixto tiende a una estructura jerárquica, en tanto el modelo del

⁶ Jurisprudencia. En “Constitución y Sistema Acusatorio”, Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett (compiladores), pp. 172

‘*common law*’ adopta otra más ‘coordinada’ (citado en Armenta 2012: 52). Por tanto, los modelos mixtos o adversariales nacen del sistema acusatorio, donde el primero tuvo una fuerte relación, con el sistema inquisitivo en el que las formas de acreditar un ilícito penal o búsqueda de la verdad podía realizarse sin tener ninguna limitación, para formar su profesionalización; en cambio, el adversarial funda sus raíces en la búsqueda de la verdad por las partes y bajo la contradicción de las pruebas ante un jurado imparcial (órgano de apoyo), conformado por sujetos legos, el cual será persuadido para decidir sobre la culpabilidad del sujeto acusado de un ilícito penal.

IV. CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO.

En el código procesal penal – en adelante CPP –, aprobado por el decreto legislativo N° 957, publicado el 29 de julio del 2004, tiene entre sus más resaltantes características que la investigación del delito (*otrora* instrucción) está a cargo del Ministerio Público, se había mencionado que la Constitución tanto de 1979 como la del 1993, ya reconocía la titularidad del Ministerio Público como el encargado de la persecución penal, pues bien, el código procesal en el artículo IV del Título Preliminar, prescribe que: “El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad”, además de ello obliga que actúe con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito que acrediten la responsabilidad penal o inocencia del imputado, conduciendo y controlando los actos de investigación. Nótese que su actuación como investigador oficial de un hecho delictivo – búsqueda de la verdad – no está vista como una parte más, en el que puede obviar o evadir alguna prueba que acredite la inocencia del procesado, como si ocurre en el sistema adversarial lo que justificaría la revisión de la acusación por el gran jurado.

En tal sentido, la búsqueda de la verdad por un órgano estatal (Ministerio Público) tiene relación con el principio de oficialidad⁷, “denominado también principio de estatalidad constituye un principio político heredado de la inquisición, mediante el cual se adscribe al Estado la función exclusiva de solucionar conflictos sociales de naturaleza penal” (Oré 2013: 35). Con lo cual, no se puede catalogar como adversarial nuestro sistema por

⁷ El principio de oficialidad implica que el Estado es el único titular del *ius puniendi*, de forma tal que, ante la comisión de una conducta delictiva, únicamente este, a través de sus órganos competentes, tiene el poder de perseguir, juzgar y ejecutar la pretensión punitiva.

el solo hecho que la investigación ya no está a cargo del Juez instructor, sino ahora del Fiscal Penal, lo cual, dentro del modelo mixto, sería una tendencia mayor al sistema acusatorio que al inquisitivo.

Así pues, el Ministerio Público, en la investigación del delito destinada a ejercitar la acción penal, deberá obtener los elementos de convicción necesarios *para* la acreditación de los hechos delictivos, así como para identificar a los autores o partícipes en su comisión, conforme lo señala el artículo 65° del Código Procesal Penal, con apoyo de la Policía Nacional del Perú y con las instrucciones generales del Fiscal de la Nacional; puesto que, el Ministerio Público como órgano autónomo constitucional, tiene el monopolio de la persecución penal, debiendo investigar con fines de averiguación de la verdad, de cuyos elementos de investigación (actos de investigación) podrán solicitar, entre otras cosas, medidas coercitivas para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir *la obstaculización de la averiguación de la verdad* y evitar el peligro de reiteración delictiva (artículo 253.3 CPP), como es el caso de la prisión preventiva y la comparecencia restringida, que en el artículo 288° del CPP, vuelve a mencionar la averiguación de la verdad, como finalidad del proceso y que esta no debe ser obstaculizada y que si se presentara posibilitaría las medidas coercitivas prevista en el código procesal penal.

CAPITULO II

CONVENCIONES PROCESALES

I.- ETAPA INTERMEDIA.

En el proceso penal la etapa intermedia cobra mayor relevancia con el control que se realiza tanto del pedido de sobreseimiento como de la acusación, ambas manifestaciones del poder del fiscal sobre el monopolio de la persecución penal, San Martín señala que “Puede definirse como aquella etapa en la que tras el examen de los resultados de la investigación preparatoria se decide sobre la denegación o el renacimiento de la pretensión penal mediante un examen de sus presupuestos materiales y procesales, ordenando en consecuencia la apertura del juicio o el sobreseimiento de la causa” (2015: 367); asimismo, en esta etapa se realizarán las audiencias preliminares del control de sobreseimiento y del control de acusación donde el juez de la etapa

intermedio tiene mayor poderes que el juez de la etapa de investigación preparatoria – diferenciación solo para fines didácticos ya que se trata del mismo juez de la causa – puesto que, la posibilidad de continuación de la investigación (el juez puede ordenar una investigación suplementaria previa oposición de los sujetos procesales al sobreseimiento, artículo 346.5 CPP) o conclusión de la investigación (contra la acusación del fiscal el juez puede de oficio o a pedido del acusado o su defensa sobreseer el proceso penal, artículo 352.4) depende del poder-deber del juez. “La etapa intermedia consiste en el conjunto de actos procesales en los que se discute preliminarmente las condiciones de forma y fondo de los requerimientos efectuados por el titular de la acción penal. Se constituye en una etapa procesal de crítica a los resultados de la investigación efectuada por el titular de la acción penal” (Salinas 2014: 65-66).

Así pues, sin ingresar al análisis de cada una de estos controles negativos o positivos de la etapa intermedia y la función de sanear los posibles vicios de la acusación, evitando con ello que en la etapa de juzgamiento se afecte el debate y actuación de los medios probatorios. Por lo que “la acusación se orienta a verificar que la misma cumpla con el estándar mínimo para acusar exigible en los regímenes democráticos, bien sea a través de la determinación de la existencia de causa probable, de motivos fundados, de fundamentos razonables o de la acreditación del respeto del principio de imputación necesaria” (Urbano 2013: 53).

En tal sentido, para los fines del presente trabajo, nos centraremos en el aspecto de la acusación fiscal, más estrictamente en la posibilidad que tienen las *demás partes procesales* para proponer los hechos que aceptan y los acuerdos a que arriban acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados; asimismo, las partes pueden acordar que determinadas circunstancias no necesitan ser probadas, en cuyo caso se valorarán como un hecho notorio.

II.- CONVENCIONES PROBATORIAS.

Las convenciones probatorias, entendidas como un negocio jurídico procesal cuya finalidad es la simplificación procesal que proviene de la justicia penal negociada, en respaldo de la economía y celeridad procesal, fueron implementadas en el CPP, conforme se puede advertir de los siguientes artículos: 156.3, 350.2 y 352.6, de los cuales se puede extraer las siguientes estructuras:

- D. Las partes acuerdan que determinada circunstancia no necesita ser probada.
- E. Presentado la acusación, *los demás sujetos* procesales pueden proponer los hechos que aceptan.
- F. Presentada la acusación, *los demás sujetos* procesales pueden proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados.

Ante dichas circunstancias, los efectos de cada acuerdo puede variar, dependiendo del objeto del acuerdo, así pues, tenemos que: en el primer escenario “A” su efecto es que se valorará como un hecho notorio. En el segundo escenario “B” su efecto es que el juez dará por acreditados los hechos obviando su actuación probatoria. En el tercer escenario “C” su efecto es que determinado medio de prueba acordado podrá probar un determinado hecho.

Ahora bien, nótese que en “A” lo realizan las partes y que estos acuerdos se harán constar en actas; y, en cuanto a “B” y “C” lo realizan las demás partes procesales, esto es, distinto al fiscal, como por ejemplo: el agraviado, la parte civil, el tercero civilmente responsable, el imputado y el abogado defensor – el CPP señala a las demás partes procesales – ya que, emana en una simple razón lógica, pues estas propuestas se harán posterior a la notificación de la acusación (en el plazo de 10 días) para proponer los acuerdos y luego en la audiencia preliminar de control de la acusación se realizará recién los acuerdos o las convenciones probatorias.

En este apartado, surge el inicial problema de las convenciones, mejor llamadas, “procesales”, pues versan sobre hechos y pruebas (aunque el término implica otras cosas más), que como veremos más adelante sus inconsistencias para la valoración no surtirán mayor efecto o no debieran hacerlo.

En ese sentido, el artículo 350.2 CPP en la parte *infine*, textualmente señala:

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.

Luego, en el artículo 352.6 CPP expresa literalmente que:

La resolución sobre las convenciones probatorias, conforme a lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 350, no es recurrible. En el auto de enjuiciamiento se indicarán los hechos específicos que se dieren por acreditados o los medios de prueba necesarios para considerarlos probados.

En ese contexto, partiré con señalar mi hipótesis de cómo debería entenderse las convenciones procesales según el CPP y luego trataré de falsearlo con argumentos que criticarían mi posición.

Pues bien, como había señalado, propuesto los acuerdos por las partes, tanto en “B” y “C” y la elaboración del *acta* del escenario “A”, entonces seguiría la audiencia de control donde debería realizarse las convenciones o acuerdos. Ahora bien, el problema surge a partir de la parte *in fine* del 350.2 CPP al señalar únicamente “El Juez” no indicando de que juez se trata, si el de la investigación preparatoria que es el mismo de la intermedia o el juez de juzgamiento, y esto resulta importante, debido a que, la norma le faculta la posibilidad de desvincularse de esos acuerdos.

En tal entendido, utilizando argumentos a coherencia, “cuando a una disposición puedan adjudicarse dos o más significados, han de rechazarse aquellos que sean contradictorios con el significado acreditado de otra disposición y/o debe optarse por aquel que resulte coherente o más coherente con la misma” (Gascón 2014: 260), por lo que, el término “El Juez” debe entenderse como el juez de investigación preparatoria, o sea, el mismo que de la etapa intermedia – lo cual puede sonar obvio pero resulta relevante para la comprensión general de la institución –, pues lo que decida éste juez se verá reflejado en el juzgamiento, conforme lo menciona el artículo 352.6 CPP al señalar que: “La resolución sobre las convenciones probatorias, conforme a lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 350, no es recurrible”; es decir, propuestos los acuerdos conforme los escenarios “B” y “C” – nótese que el dispositivo pone énfasis en dichos escenarios – en la audiencia el juez de la etapa intermedia, ***deberá emitir una resolución donde conste los acuerdos*** y su decisión sobre ellos, la misma que es irrecurrible.

Puesto que, el artículo 352.6 CPP trata sobre las decisiones tomadas en la audiencia de control de acusación y luego de ello, estas decisiones deberán estar indicadas en el auto

de enjuiciamiento; por lo que, resulta lógico que a reglón seguido se mencione que en el escenario “B” y “C” se indiquen los acuerdos en el auto de enjuiciamiento, **claro sí estas son aceptadas** – lo que se desarrollará más adelante.

Esto pues, tiene mayor correlato con el poder que le entrega el dispositivo legal al “Juez” de la etapa intermedia de desvincularse de los acuerdos, ya que, no negará la existencia de los acuerdos sino su vinculación con estos y con mayor importancia la desvinculación con el juez de juzgamiento quien decidirá sobre la controversia (350.2 CPP), para ello, el juez de la etapa intermedia deberá exponer los motivos que justifiquen desvincularse de los acuerdos, caso contrario, si no fundamenta, **carecerá de efecto la decisión que los desestima**; es decir, entendida así, recién cobraría consistencia que el juez de la etapa intermedia no fundamente y; por tanto, carecería de efectos la decisión, por consiguiente, los acuerdos entre las partes surten efectos sobre el juez del juzgamiento. Esto debe entenderse así, ya que, si se quiere dar una *mayor eficacia y celeridad procesal a la resolución de conflicto que es el sustento de esta institución para implementarlo en el Código Procesal Penal*, las convenciones procesales, deberían ante una falta de justificación de desvinculación, cobrar eficacia la autonomía privada de las partes que esa es la esencia de la convención procesal y del negocio jurídico procesal.

Una vez superado el inconveniente de quien estima o desestima los acuerdos entre las partes, es decir, hablando entonces de los escenarios “B” y “C”, donde el juez de la etapa intermedia es de quien dependerá si vincula o no al juez de juzgamiento, resolución que es irrecurrible conforme la expresa prohibición legal.

Ahora bien, en el contexto de **estimación** de los acuerdos por las partes, conforme el artículo 352.6 CPP en el auto de enjuiciamiento se indicarán:

- En el escenario “B”, los hechos específicos que se dieron por acreditados.
- En el escenario “C”, los medios de prueba necesarios para considerar un hecho probado.

Además, debe tenerse en cuenta lo señalado en el artículo 353 del CPP, que indica una vez resuelto las cuestiones planteadas – recuérdese el rol de saneamiento de la etapa intermedia – el auto de enjuiciamiento tampoco es recurrible e indicará bajo sanción de nulidad: en el literal c): “Los medios de prueba admitidos y, de ser el caso, el ámbito de

las convenciones probatorias de conformidad con el numeral 6) del artículo anterior”; es decir, cuando se refiere al termino “de ser el caso”, justamente hace referencia si fueron estimadas las “convenciones procesales”, ya que, estimadas las convenciones se deberá indicar “**el ámbito**” de las mismas (hechos acreditados y/o medios de prueba específicos para acreditar hechos).

De lo expuesto podemos establecer dos cuestiones relevantes: primero, si los acuerdos fueron desestimados por el juez de la etapa intermedia y éste es quien emitirá el auto de enjuiciamiento, entonces obviamente no tendría por qué señalar el ámbito de las convenciones probatorias; y, segundo: si estos acuerdos fueron desestimados, pero si no fundamenta especialmente las razones de su rechazo, carecerá de efectos la decisión que los desestima, esta valoración de “carecer de fundamentos el rechazo”, tiene que ser obviamente posterior al auto de enjuiciamiento, ahora el problema se establece, ¿Quién hará esa valoración de no haber fundamentados las razones especiales de su rechazo? y ¿En qué momento se realizará esa valoración?

Ante ello, cabe mencionar que, del desarrollo de las circunstancias planteadas anteriormente, la única posibilidad de quien realice tal valoración del “carecer de fundamento” es el juez de juzgamiento, pues, ya no se puede replantear al juez de la etapa intermedia quien lo desestimó vía recurso de reposición la posibilidad de estimación de los acuerdos probatorios – *insisto no niega su existencia o que los acuerdos no existen sino únicamente desestima su vinculación* –, ya que, dicha resolución es irrecurrible.

Digamos en el supuesto que sea recurrible vía reposición o apelación, para salvar la posibilidad de que el juez de juzgamiento solo asuma la estimación o desestimación del acuerdo: a) si fuera recurrible por las mismas partes que llegaron al acuerdo, quienes se verían afectados, argumentando entre tantas posibilidades que se resumiría ante todo, en su libertad de acordar o en la autonomía privada de las partes, y el juez fundamentando entre todas las posibilidades, estimo modestamente en tratar establecer la averiguación de la verdad material; por consiguiente, considero que el sistema procesal penal trata de evitar o al menos se resiste a la idea de una imposición de las partes al juez – situación que se encuentra matizada o maquillada por la “innovativa” autonomía de las partes – al considerar ya resuelto tales controversias con las convenciones probatorias y el juez solo debería acatarlas, por

ello que lo considera irrecurrible y estima que sea un acto, digamos, de libertad del juez de estimar o desestimar los acuerdos para vincularse o desvincularse de las convenciones probatorias; por tanto, si se declarara fundada la reposición sustituiría la decisión y se indicaría el ámbito de la convención; ahora si fuera una apelación devolutiva y obviamente continuaría el trámite del control de acusación, pasando por el auto de enjuiciamiento y esta causa se encontraría en la etapa de juzgamiento, también la apelación sustituiría la decisión y el juez de juzgamiento debería estar vinculado al acuerdo indefectiblemente; b) si sería recurrible por las otras partes que no acordaron, el argumento resulta más enfático y sistemático, ya que, las convenciones probatorias dependen de la autonomía privada de las partes y si ese acuerdo afectaría a otras, pues, ya no estaríamos en dicha esfera privada sino invadiendo las de otros, con lo cual no se puede acordar sobre las esferas privadas de terceros, por tanto, sería irrecurrible de pleno derecho para ellos.

Entonces, regresando a lo que nos indica la norma procesal penal (principio de legalidad procesal), la decisión de estimación o no, depende del juez de la etapa intermedia, pero si no fundamenta especialmente las razones de su rechazo, esa circunstancia podrá ser solo revisada por el juez de juzgamiento.

Contrariamente, argumentar que el juez de juzgamiento tiene el poder de desvincularse de esos acuerdos, determinaría la falta de congruencia de las convenciones, pues no tendría mayor sentido que estas fueran indicadas en el auto de enjuiciamiento, así como precisar su ámbito de aplicación, puesto que, en la actividad de los medios probatorios en juicio oral resulta, en el peor de los casos que es contrario a lo discutido en audiencia o es contrario a la valoración del juzgador, deslegitimando todo el procedimiento para su inclusión y estimación en el proceso. Además, si esto fuera así, las “supuestas razones que justifican la desvinculación” y que, también, en el peor de los casos, no se fundamenta dichas razones y carecería de efecto esa decisión, ante quien surtirán efectos las convenciones en materia procesal que las partes acordaron, así como la revisión de esos fundamentos quien lo realizaría. Piénsese en un juez de segunda instancia, que se encuentra limitado por las pretensiones impugnatorias de las partes y que en el mejor de los casos la nulidad, pero tampoco son causas de nulidad absoluta. Asumir ello no lleva inexorablemente a plantearnos mas interrogantes antes que

soluciones, que paradójicamente las convenciones en materia procesal lo que quieres es justamente simplificar la actividad probatoria de los jueces.

Por otro lado, sobre el cuestionamiento de en qué momento se realizará esa revisión de que no hay especiales razones para el rechazo, debemos analizar los siguientes artículos y contextualizar el momento en que se realizará tal control por el juez de juzgamiento.

En ese sentido, se podría mencionar que en atención al artículo 373.2 del CPP, indica que: “Excepcionalmente, las partes podrán reiterar el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes. El Juez decidirá en ese mismo acto, previo traslado del pedido a las demás partes”; sin embargo, los acuerdos no son medios de prueba, primero por definición de un medio de prueba que le precede una fuente de prueba y este medio será valorado por el juez para la decisión; y, segundo, porque, la convención o el acuerdo es vinculante y la ley le brinda sus efectos, donde su valoración *per se* le quitaría su condición de vinculante y justamente como acuerdo de las partes, que ya con ello se superó dicha actividad valorativa. Asimismo, el código procesal penal menciona los medios de prueba (artículos 160 al 201-A), entre los cuales se encuentra la confesión, el testimonio, la pericia, el careo, la prueba documental, otros medios de prueba y pruebas especiales, entre los cuales no se menciona a las convenciones probatorias.

Además, debe mencionarse que posiblemente se trate de argumentar que el artículo 157.1 y 157.2 del CPP señala que “los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible” y “en el proceso penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las Leyes civiles, excepto aquellos que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas”.

Sin embargo, si bien las convenciones están permitidos por ley y podría decirse que su forma de incorporación se adecuará al medio de prueba análogo; empero, y no voy a argumentar que vulnera derechos y garantías de la persona, sino para que este hecho

objeto de prueba puede ser acreditado, deberá realizarse con este medio de prueba análogo, o sea, la convención probatoria debe justamente acreditar el hecho objeto de prueba mediante la actividad valorativa y el sistema de la sana crítica, lo cual contradice de por sí los efectos que el CPP le otorga a las convenciones probatorias, esto es que, con las convenciones probatorias: ya se tiene como hecho notorio o como hecho acreditado obviando su actuación, lo que si calzaría digamos, no en sentido estricto, sería el acuerdo de que cierto hecho debe probarse con cierta prueba, lo cual evidentemente no es un medio de prueba ese mismo acuerdo.

Finalmente, si se alegara que el artículo 155.4 del CPP que prescribe: “Los autos que decidan sobre la admisión de la prueba pueden ser objeto de reexamen por el Juez de la causa, previo traslado al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales”, sin embargo, en el escenario “A” las *actas* en el que constan los acuerdos, no son autos por lo que no hay reexamen; y, en el escenario “B” y “C” el auto de enjuiciamiento decide sobre la admisión de los medios de prueba y, de ser el caso, el ámbito de las convenciones probatorias, por tanto, las *diferencia*: tanto a la admisión de prueba (que se incorpora al proceso como medio de prueba) y las convenciones probatorias estimadas.

Puesto que, las pruebas se admiten a ofrecimiento de las partes y las convenciones probatorias se realizan entre las partes o se proponen para que se acuerde entre ellas, pero no se ofrecen para su admisión, sino están sujetos a estimación o desestimación.

Por tanto, el reexamen del auto que decide sobre la admisión de la prueba está sujeto a la pertinencia, la prohibición por ley o la sobreabundancia, que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como que no vulneren los derechos fundamentales; por el contrario, las convenciones probatorias están sujetos a otras restricciones, como la solución por autocomposición, prohibición de acuerdos sobre derechos indisponibles y que incluya la esfera jurídica de un tercero.

En conclusión, el reexamen sobre los fundamentos que desestimaron la vinculación de los acuerdos con el juez que resolverá la controversia, si bien la norma procesal no señala específicamente el momento en que se realizará; sin embargo, considerar que lo pueda realizar en cualquier momento, incluso en la misma sentencia, resultaría contra

producente, debiendo realizarlo justamente en la preparación para el debate e inicio del Juicio oral – *esto es posterior a la posibilidad de conclusión anticipada del juicio* –, ya que, en la etapa intermedia justamente se realiza las convenciones procesales para que pueda vincular al juez de juzgamiento, y, por ello, con el mismo razonamiento debe realizarse al inicio para el debate probatorio en el juicio oral y quedar vinculado a los acuerdos que llegaron las partes, ya sea por el “hecho notorio”, “hecho acreditado” y que “determinado medio de prueba acordado podrá probar un determinado hecho”, respecto a los dos primeros ya no habrá actividad probatoria y en el último se actuara la prueba acordada. Este reexamen del desistimiento se puede realizar posterior a la audiencia de conclusión anticipada en atención a los poderes del juez en juicio oral tal y como lo establece el artículo 374 del CPP.

Puesto que, el artículo 374° del CPP, el juez puede observar otra calificación jurídica por el Ministerio Público; es decir, en esta etapa de apertura de nuevos elementos para juicio, se puede plantear el saneamiento de un acto procesal conforme el artículo 153° del CPP:

“Los defectos deberán ser saneados, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido, de oficio o a instancia del interesado.”

Por tanto, si bien en la estimación de las convenciones se habla bajo sanción de nulidad que no se indique en el auto de enjuiciamiento y su desestimación refiere que carecerá de efecto sino hay especiales razones; por tanto, su revisión puede ser alegada en el planteamiento de los nuevos elementos o circunstancias para el juicio oral.

Por último, en cuanto al escenario “A”, esto es que, las partes acuerdan que determinada circunstancia no necesita ser probada y se valorará como hecho notorio, que se hará constar en acta; empero, sin entrar analizar “el hecho notorio” que no es el propósito del presente trabajo, cabe señalar que, “al juez se le permite tomar en cuenta hechos que no fueron probados y obtener conocimiento de esos hechos a partir de su cultura personal” (Taruffo 2008: 143), además es de público conocimiento por haber sido difundido, “los hechos notorios que pertenecen a la cultura media común existente en el momento y en el lugar de juicio, o que pueden ser descubiertos por cualquiera a través de las vías ordinarias de conocimiento” (Taruffo 2008: 144), por lo que, ante tales circunstancias

no necesitan ser probados; por su parte, el CPP considera hecho notorio cuando “las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada”; no obstante a ello, el CPP está considerando un hecho notorio cuando en realidad se refiere a un hecho no controvertido (que ambas partes aceptan o que una afirma y la otra no la niega) – posteriormente se analizará sus consecuencias – por lo que, advertido ello, el acuerdo de las partes se convierte en hecho notorio, entonces procesalmente, no formaría parte del procedimiento a que está sujeto tanto el escenarios “B” como el escenario “C”, ya que, la norma procesal solo hace referencia a estos, y no a los hechos notorios, pues, evidentemente un hecho notorio no necesita ser considerado en una resolución donde se indique su notoriedad o que se fije su ámbito notorio, por cuanto, su naturaleza misma lo convierte en perceptible fácilmente – a mi parecer un gran error del código – obviando incluso la homologación o participación del juez, pues, se trata solo de una ficción legal de considerar el acuerdo como hecho notorio; además “la falta de oposición a la alegación de un hecho no tiene en sí ningún efecto vinculante, ni para las partes ni para el juez: no se trata de un negocio estipulado entre las partes, sino de una situación en la que subsiste el valor de la verdad como condición de justicia de la decisión y en la que es necesario minimizar la posibilidad de que se adopte una decisión sin una determinación efectiva de la verdad de los hechos relevantes” (Taruffo 2010: 153), con lo que, conviene realizarse los siguientes cuestionamientos, cómo sería el uso de estos hechos notorios por el juez en la resolución del caso concreto, hasta qué límites puede hablarse de hechos notorios, en cuanto a hechos principales o secundarias del caso concreto, cuestionamientos que no será abordados en el presente trabajo y que merece su propia investigación.

CAPITULO III

LAS CONVENCIONES EN MATERIA PROCESAL Y LA VALORACIÓN PROBATORIA.

I.- LAS CONVENCIONES EN MATERIA PROCESAL.

Preliminarmente podemos mencionar, no siendo materia del presente trabajo, la diferencia entre acto jurídico y negocio jurídico, que no se centra en la manifestación de la voluntad, pues, “el negocio jurídico se destaca por implicar la libertad de celebración y la libertad de estipulación” (Carneira 2015: 228), o por los efectos que la ley les

otorga a los negocios jurídicos. Asimismo “en el negocio jurídico, la voluntad no crea efectos; estos están definidos por el ordenamiento, el cual puede conferir a los sujetos de derecho algún poder de elección de la categoría jurídica” (Carneiro 2015: 229), así pues lo relevante es la capacidad de las partes en elegir categorías jurídicas, ya que, “[e]n el acto jurídico en sentido estricto, la voluntad no se destina a la elección de la categoría jurídica. Manifestada o declarada la voluntad, se produce los efectos preestablecidos en la ley” (Carneira 2015: 229).

En ese sentido, teniendo una idea del negocio jurídico, donde lo relevante es la capacidad de elección, pues bien, en “el negocio jurídico [procesal] es producto de la autonomía privada o de la autorregulación de intereses, implicando libertad de celebración y de estipulación, ello no impide que la legislación establezca el régimen de determinados negocios” (Carneiro 2015: 243), por lo que, otra diferencia importante para tener en cuenta es la propuesta por Xavier Cabral:

Así la constitución de las convenciones en materia procesal se da por dos o más declaraciones de voluntad que se unen para la formación de un acto único y nuevo, con efectos específicos, en contraposición al acto dispositivo concordante, en el que hay dos manifestaciones de voluntad sucesiva, con la ley vinculando los efectos del acto de una de las partes, a la concordancia del otro litigante y al pronunciamiento judicial. [...] En la convención en materia procesal, en la cual hay consenso entre las voluntades manifestadas por las partes no existe posibilidad de revocación del nuevo acto de modo unilateral, salvo que se establezca lo contrario en la ley o en el propio pacto. Ya cuando el acto de voluntad de una de las partes depende del acto concordante de otro litigante y también tiene sus efectos condicionados a un pronunciamiento judicial homologatorio, su revocación puede ser unilateral, pero solo hasta la decisión del juez, momento en el que la manifestación de voluntad se concretiza efectivamente [...] hecha la identificación entre las especies de manifestación de voluntad dentro del proceso para la constitución de la convención, y considerando que la convención celebrada dentro del proceso es un acto procesal. (2015: 312)

Habíamos mencionado que el término más correcto a los negocios procesales ocurrido entre las partes, es considerarlas como “convenciones procesales”, aunque, puede llamarse acuerdos que también se usa en el presente trabajo, pues, “el significado jurídico de los términos ‘convención’, ‘negocio’, ‘contratos’ y ‘acuerdos’ es muy próximo, siendo que todos ellos implican manifestación de voluntad, buscando un fin específico y la producción de efectos jurídicos” (Xavier 2015: 307); lo importante que quiero mencionar es que estas convenciones se sustentan en la autonomía privada de las partes para negociar ciertos aspectos del proceso mediante un acuerdo que tendrá sus condiciones y efectos, muchas veces ya señalados por la ley, las cuales llamamos “convenciones procesales”.

Por lo que, si bien las convenciones procesales pueden realizarse en el proceso su homologación o su incorporación en el proceso depende del juez o al menos de un acto procesal que reconozca dicha convención, por ejemplo, “el desistimiento o la suspensión del proceso no surten efectos ni producen consecuencias procesales sino cuando son sometidas al escrutinio del magistrado, aunque solo para fines de control de su validez” (Xavier 2015: 312).

Así pues, ante un negocio jurídico material o procesal, notamos que lo relevante es la autonomía privada de elección de categorías jurídicas aplicadas a nuestros intereses o sobre cargas, poderes, facultades y deberes procesales, al margen de los efectos o no que la ley establezca, lo cual no desnaturaliza el negocio jurídico; por su parte, Didier Jr. con relación a la homologación de los acuerdos, señala que:

Hay negocios jurídicos procesales que necesitan ser homologados por el juez, como es el caso del desistimiento del proceso y otros que no requieren de esa aprobación, como es el caso del negocio tácito sobre la modificación de la competencia relativa o el desistimiento del recurso. La necesidad de homologación judicial no descaracteriza al acto como negocio, así como tampoco deja de ser negocio jurídico el acuerdo de divorcio donde hay hijos incapaces apenas por el hecho de someterse a homologación judicial. La autonomía privada puede ser más o menos regulada, más o menos sometida a control, pero ello no desnaturaliza el acto como negocio. Todo efecto jurídico es, obviamente, consecuencia de la incidencia de la norma sobre un hecho jurídico. (2015: 164).

En tal sentido, las convenciones procesales, como negocio jurídico procesal tienen como base en la autonomía privada de las partes de regular estrictamente su esfera jurídica de intervención en el proceso, con lo cual, se puede designar al fenómeno como “flexibilización procedimental voluntario” (Didier 2015: 166); sin embargo, dicho fenómeno, en la doctrina procesal igualmente tiene sus límites y está supeditado al cumplimiento de sus requisitos para su validez, así como a su revocación e invalidación, ya que, “[e]xiste vulnerabilidad cuando haya un desequilibrio entre los sujetos en la relación jurídica, haciendo que la negociación no se perfeccione en igualdad de condiciones” (Didier 2015: 172), además las convenciones deben admitir la posibilidad de solución de autocomposición, pues, “el derecho en litigio puede ser indisponible, pero puede admitir una solución por autocomposición” (Didier 2015: 174).

Asimismo, las convenciones deben estar sujetas a la reserva legal, porque no se pueden crear instituciones procesales distintas a que la ley procesal manda, por ejemplo, “no se puede crear recursos por negocio procesal” (Didier 2015: 175); siendo relevante para la presente investigación, que una vez aceptado la existencia de negocios jurídicos procesales – que digamos en la doctrina tiene la posición mayoritaria – al margen de que pueden ser sometidos al control de un tercero (juez) o que sus efectos jurídicos los determine la ley procesal, por cuanto, no son negocios jurídicos materiales, que incluso en estos los efectos jurídicos también puede establecer la ley, por ejemplo incumplimiento de obligaciones contractuales. Con todo ello, no se niega la existencia de los negocios jurídicos procesales, resulta determinante la posibilidad de realizarlos en el proceso penal.

II.- CONVENCIONES PROCESALES APLICADOS AL PROCESO PENAL.

En este punto, conviene señalar que si bien se acepta la existencia de negocios jurídicos procesales; sin embargo, también debe asumirse a priori, como todo derecho o instituciones procesal, que no es absoluto, pues, existe un mínimo irreductible al menos de derechos o normas imperativas no sujetas a negocio procesal de las partes, “Leonardo Greco, quien defiende convenciones sobre el procedimiento por las partes [...] advierte que el juez debe velar por el núcleo duro de principios y garantías que

forman el orden público procesal, aceptando que las partes dispongan con libertad sobre la marcha del proceso, siempre que se respete ese mínimo irreductible” (En Guilherme 2015: 208).

Pues bien, el problema de las convenciones procesales es determinar justamente esos límites objetivos, hasta qué punto específicamente ya no se puede realizar negocios entre las partes, en qué momento, o es que todo el proceso puede ser sometido a negocio procesal, seguramente con el desarrollo de la doctrina se tendrá esos límites claros y específicos, pero mínimamente, como carácter general se puede mencionar que:

- Deben estar dentro de la esfera jurídica individual de las partes, es decir, no deben comprender a la esfera jurídica de quienes no acuerdan o de las funciones del juez.
- Deben admitir la solución de autocomposición.
- Deben realizarlo aquellos que tiene la capacidad de negociar libremente y en iguales condiciones.
- La convención procesal debe estar dentro del ámbito de la ley.

Por otro lado, otro aspecto esencial es la diferencia que existe en su aplicación que puede resultar más exitosa en el proceso civil que en el proceso penal, no voy a entrar a analizar su aplicación en el proceso civil, pues, ello resultaría un trabajo independiente, sino específicamente en el proceso penal obviamente señalando matizaciones con el proceso civil para la mejor comprensión del presente trabajo.

Así pues, en el proceso civil se regulan los intereses individuales “la oportunidad que es el interés del individuo el que predomina” (Montero 2003: 298), es decir, la discusión sobre la controversia está íntimamente ligado a ese interés individual donde bien pueden ser aplicados los negocios jurídico-procesales, siempre en condicional como se mencionó hay instituciones transformativas y no trasformativas dependiendo del contexto social; sin embargo, en el proceso penal se habla de criterio de necesidad “supone que el interés de la comunidad es el dominante” (Montero 2003: 298), ya que “no existe derecho penal por los particulares” (Montero 2003: 298), por lo que, en el proceso penal la conducta delictiva tiene que estar sometida al principio de legalidad y

la correspondiente subsunción al tipo penal, para la imposición de la pena o no, es decir, el *ius puniendi* que solamente lo ejerce el Estado ante un órgano jurisdiccional.

Ahora bien, dentro del proceso penal estrictamente no se puede hablar de igualdad de condiciones entre el Estado y el ciudadano imputado por un delito, como si se puede al menos de manera abstracta de las condiciones de igualdad en el proceso civil, con lo que, *prima facie* las convenciones procesales no deberían ser aplicadas en el proceso penal; sin embargo, el sistema procesal penal otorga a las partes, cierta disposición del proceso como por ejemplo el ofrecer pruebas, intervención del actor civil, (como acotación el actor civil no forma parte esencial del proceso como sí el imputado y el acusador) y actualmente la justicia penal negociada (como la terminación anticipada, conclusión anticipada y principio de oportunidad).

Por lo que, podemos concluir que en líneas generales el proceso judicial, como un todo, nunca tiene un contenido puro de necesidad de interés de la comunidad y otro de oportunidad del interés particular, por lo que, es aceptable al menos sin afectar el espacio irreductible de los derechos y deberes de las partes y el juez para la solución de la controversia, admitir la concurrencia de un acuerdo, llámese convención, negocio, etc., entre las partes y el juez, para flexibilizar el proceso y además, en especial en el proceso penal la búsqueda de la verdad; pues, así como la autonomía privada puede ser más o menos regulada, más o menos sometida a control, pero ello no desnaturaliza el acto como negocio; de la misma forma, la búsqueda de la verdad material, puede ser más o menos regulada, más o menos sometida a control, pero ello no desnaturaliza que la verdad en el proceso penal.

Ahora bien, sin entrar en el campo de los negocios jurídicos en el proceso penal, cuyo estudio resulta fascinante, por cuanto solo me limitare a mencionar que, existen “propuestas de privatización de los ‘conflictos que llamamos delitos’ a través de la mediación, como manifestación de una justicia dulce” (Silva 2001: 75), como si el conflicto de intereses en el proceso penal se referiría al mismo conflicto de intereses entre los particulares, ya que, el proceso penal implica un control y seguridad social además de una influencia de la política criminal del Estado. Así pues, en cuanto a la admisión del consenso, “Roxin refiriéndose a los acuerdos en el proceso penal alemán manifiesta: ‘pudiera ser que en el futuro necesitemos dos códigos procesales, una

contradictorio y otro consensual. El primero absorbería los delitos más graves y estaría sujeto al principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal; mientras que el segundo prevalecería el principio de oportunidad y su aplicación debería limitarse a la criminalidad menor” (En Herrera 2014: 31).

En tal sentido, incluir a la autonomía privada o al principio dispositivo en el proceso penal como regulador de las etapas del proceso, resulta contraproducente sino se hace bajo la óptica de no afectar principios básicos del proceso penal y su finalidad como legitimación de sanción penal, esto es, la búsqueda de la verdad material, en el que, habiéndose averiguado la verdad material de las afirmaciones de hechos imputados por el Ministerio Público, resultaría legítimo su imposición o no de una pena, en comparación a que se busque solo una imposición de pena por el consenso o por la sola intervención de las partes.

III.- DE LAS ASÍ LLAMADAS CONVENCIONES PROBATORIAS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESO PENAL.

Llegado a este punto, se debe destacar que, en el proceso penal, la búsqueda de la verdad o averiguación de la verdad material está en relación a la decisión de un órgano jurisdiccional en el que se legitima la pena al demostrar que las afirmaciones o enunciados de los hechos imputados por el Ministerio Público corresponde a la realidad (verdad por correspondencia) en base al material probatorio acopiado por el acusador.

Ello no descarta que las demás partes procesales puedan ofrecer pruebas, que sean admitidas, actuadas y valoradas; así como tampoco implica que la búsqueda de la verdad convierta al proceso penal en persecución inquisitiva, “los elementos nucleares de este proceso – la *indagatio* y la *veritas delicti* – se incorporan al nuevo proceso penal reformado [...] En otras palabras, rigen los conocidos principios (principio de averiguación, de oficialidad y de verdad material) complementados con el principio acusatorio y con la inmediación, oralidad y publicidad” (Ambos 2008: 69).

En tanto que, en el proceso penal se tiene el principio acusatorio ejercido por el Ministerio Público y el principio de contradicción básicamente ejercido por el

procesado y el principio de imparcialidad ejercido por el Juez, cuya decisión en cuanto a la imputación de hechos delictivos resulta relevante cuando se relaciona justamente a la verdad material en base al material probatorio planteado por las partes o recurrir a la prueba de oficio, en palabras del profesor Illuminati: “el sistema acusatorio puede definirse como aquél en el cual solo las pruebas practicadas en el juicio oral, con garantía del principio contradictorio, pueden ser utilizadas para fundar la sentencia judicial” (2008: 150).

Ahora bien, el CPP señala en el artículo 202° dentro del libro segundo de actividad procesal, que: “Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado”; es decir, esto modula la investigación que realiza el aparato Estatal por medio del Ministerio Público.

Por tanto, en cuanto al escenario “A” las partes acuerdan que determinadas circunstancias no necesita ser probada y se valorará como hecho notorio debiendo constar en actas, podría pensarse que está exento homologación judicial para que surta efectos de valoración empero el artículo 121° del CPP permite cuestionar su eficacia por alguna formalidad como la no certeza de las personas que intervinieron en el acto o si falta firma del funcionario que lo ha redactado; empero, ello solo será posible cuando no pueda ser suplida con certeza sobre la base de otros elementos de la misma actuación o actuaciones conexas; por lo que, están sujetas a la actividad valorativa del juez, convirtiéndose en inconsistente una convención que perfectamente puede realizarlo el juez mediante la valoración probatoria.

De la misma forma, en el escenario “B” se proponen hechos que aceptan las partes y se dará por acreditado obviando su actuación probatoria; en cuanto a esta convención probatoria, lo que intrínsecamente quiere limitar es justamente el principio contradictorio, pilar del sistema acusatorio e irreducible a un acuerdo de las partes en contraste paradójicamente al sistema inquisitivo; y; también limita la libre valoración de la prueba por parte del juez; que en último de los casos, al tratarse de un proceso complejo o difícil, piénsese lavado de activos, estos acuerdos serán rechazados. En ese entendido bastaba la doctrina para señalar como hechos no controvertidos y no tratarlos de darle la etiqueta de convención probatoria.

Finalmente, en cuanto al escenario “C” proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para determinados hechos se estimen probados, esta convención del código procesal penal cumple digamos con la autonomía de la voluntad, así como la solución por autocomposición o el principio dispositivo de las partes en el proceso, al contar éstas con la libertad de ofrecer pruebas y que el juez se sujete a que dichas pruebas deben ser actuadas y valoradas conforme las partes lo proponen, sin intervenir en la esfera jurídica del juez de la actividad valorativa sobre la prueba.

Ahora bien, el hecho de que el fundamento de los procesos civiles sea la solución de conflictos, del cual me limitaré a decir que también se puede hablar de verdad material como pronunciamiento del juez sobre los hechos alegados; empero, en el proceso penal, es cierto que se han introducido instituciones de resolución de conflictos, “los reformadores liberales, fue estructurar los proceso penales, cuando era posible, como si fuesen un choque de opiniones entre el Ministerio Público y el imputado. Las reformas de competición o de simulación de disputa, parecían indicar por lo menos algún reconocimiento de que los intereses de un individuo pueden oponerse legítimamente a los intereses del Estado” (Damaska 2000: 326).

Pese a ello, no puede hablarse de abandono de la búsqueda de la verdad en el proceso penal, situación que se ve influida por su carácter de establecer el orden social o como un método de control social, “la admisión y pactos de las partes no son vinculantes para los jueces, quienes pueden realizar sus investigaciones incluso si traen a la luz información susceptible de desencadenar posteriores procesos penales o demandas civiles. En resumen, el objeto de aplicar la política criminal aumenta el valor relativo que tiene la búsqueda de la verdad” (Damaska 2015: 126); por tanto, la búsqueda de la verdad material puede ser más o menos regulada, más o menos sometida a control, pero ello no desnaturaliza la verdad material en el proceso penal.

Piénsese en una justicia penal en la que solo importe la resolución de conflictos, primero debería cambiar los pilares de nuestra idiosincrasia como cultura y sustentar por encima de todo el principio de democracia y descartando el principio de legalidad y oficialidad; implementar además un aparato “acusador” discrecional sin control sobre las posibilidad de acusar ante un órgano judicial, sino sometido al poder político, que

incluso olvidar el principio de objetividad del Ministerio Público que conociendo de prueba absoluta de no ofrezca como medio de prueba; evitando *prima facie* argumentos de corrupción; así como la búsqueda de prueba o evidencia sometida a la retórica de los mejores abogados preparados para persuadir a un juez o tribunal, careciendo de utilidad que estos fueran profesionales y bastaría de ser legos de aceptar la tesis más coherentista de los alegatos. Bajo esta perspectiva que se evite una investigación de lavado de activos de los personajes políticos que el país esta viviendo.

En ese contexto, la actividad valorativa del juez resulta esencial en este engranaje de justicia penal de aplicación de una pena y privación de la libertad, Taruffo menciona que: “la valoración de la prueba tiene por objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio” (2008: 132); nótese que en la actualidad de hablar de proceso sin acusación de un tercero, además del principio de contradicción e imparcialidad sería un regreso hacia un sistema que no es congruente a nuestra realidad por ello que no que las ideologías liberales están erradas o en su momento el inquisitivo lo fuera sino son “procesos” de evolución del contexto social.

Asimismo, debemos señalar que “los métodos son objeto de evaluación epistémica con el fin de comprobar si son o no son válidos para el descubrimiento de la verdad” (Taruffo 2010: 156), con lo cual, en la valoración probatoria, “la concepción racional del libre convencimiento del juez es epistémicamente válida, en la medida que admite – e incluso requiere – que la valoración de la prueba se dirija hacia la determinación de la verdad de los hechos” (Taruffo 2010: 185).

Por su parte Nieva hace referencia a la actividad probatoria con su correspondencia en la realidad, de la siguiente manera:

“Si el legislador ha creído que a esa realidad se llega mejor sin intervención del juez en la prueba, salvo en el momento de admitir y valorar, se habrá optado por una opción posible en esta materia. Y si se le permite intervenir en la preposición a través de la prueba de oficio, se habrá optado por otra opción que, desde luego, restringe los poderes de las partes en el proceso. Pero en ambos casos el objeto será el mismo: el acercamiento en la mayor medida posible a la realidad de los hechos [...] En realidad,

cuando se practica prueba es porque no sabemos cómo ha sucedido algo. Queremos saber cómo ha acaecido. Deseamos conocer la realidad. Esa es la situación en un juicio jurisdiccional y no difiere en absoluto de la situación con la que nos enfrentamos cuando realizamos un experimento científico” (2010: 149).

Por tanto, esta actividad valorativa ligada al rol del juez en el proceso, resulta concordante con la búsqueda de la verdad material, por lo que, asumir que tanto en las situaciones “A” y “B”, en el que se tiene como hecho notorio y hecho acreditado, invade la esfera privada del rol del juez y deslegitima su función dentro del proceso, “provocando importantes disfunciones y conduciendo a la paradójica situación de un juez penal al que acaban reconociéndosele muchas menos facultades para la tutela de intereses públicos” (Armenta 2008: 126), tanto más, si dichos efectos bien puede realizar el juez considerando como hechos no controvertidos, que en materia civil se conocen como fijación de puntos controvertidos y no controvertidos; sin embargo, el legislador ha querido darles etiqueta de “convenciones probatorias”, cuando incluso estos no admiten solución por autocomposición, habida cuenta que, ello supondría que en la decisión de la resolución del conflicto no tendría mayor relevancia la participación de un tercero.

Finalmente, la regulación actual de las “convenciones probatorias” en el proceso penal tienen mucho margen de discusión y debate, además de volverlo ineficaz por cuanto acordar sobre hechos que pertenecen a la actividad valorativa del juez solo le convendría *a priori* al Ministerio Público quien se vería morigerado en la búsqueda de prueba de cargo y no convendría a los intereses del imputado, o en todo caso, solo sería una herramienta más para que el juez imparcial pueda evitar mayores pronunciamientos, en vista de la celeridad y en contra posición a la decisión en correspondencia a la realidad, al principio de contradicción y favorecer a la mayor posibilidad al error.

IV.- A MANERA DE CONCLUSIONES.

La evolución de los sistemas procesales en la historia no determina que uno u otro sea mejor, sino que depende de la evolución de la sociedad y debe ser congruente con el contexto social en el que se desarrolla y de su idiosincrasia cultura. Por tanto, a un

sistema procesal no se le puede etiquetar por inquisitivo o acusatorio, ya que, en último término no existen modelos puros.

En nuestro contexto histórico cultural y en la actualidad, la investigación penal y el sistema penal se orienta como una de sus finalidades a la averiguación de la verdad en correspondencia con la realidad, donde el método epistémico cobra relevancia mediante la actuación y valoración de la actividad probatoria; además, el proceso penal al ser un mecanismo de control social se ve influenciado por la política criminal y, por tanto, ligado con la búsqueda de la verdad, la misma que puede ser más o menos regulada, más o menos sometida a control, pero ello no desnaturaliza la verdad en el proceso penal.

En tal sentido, las convenciones en materia procesal como manifestación de la justicia penal negociada no pueden intervenir en la esfera del rol del juez en sus funciones de actividad valorativa, que además los hechos notorios o hechos acreditados no tienen en sustento en la autonomía privada y menos admiten posibilidad de autocomposición.

Las partes bien pueden convenir sobre la elección de peritos, acerca de determinados medios de prueba que acrediten ciertos hechos, de plazos procesales, distribución de cargas probatorias, elección del juzgado competente, etc, circunstancias que están sujetas a la autonomía de las partes y a la admisión de autocomposición; en el que además debe señalarse sus consecuencias al incumplimiento de las convenciones en materia procesal., lo cual no ocurre en nuestro Código Procesal Penal, pues se desconoce los efectos del incumplimiento de las convenciones probatorias, más allá de la nulidad cuando no se indique en el auto de enjuiciamiento el ámbito de la convención.

En esa línea de ideas, las convenciones probatorias según nuestro Código Procesal Penal se pueden realizar tanto en la etapa de la investigación preparatoria como en la etapa intermedia cuya finalidad es que el juez de juzgamiento esté vinculado a los acuerdos de las partes.

Asimismo, se descarta la posibilidad de que el juez de juzgamiento pueda decidir de la desvinculación o rechazo de las convenciones, recayendo solo en ellos la potestad de

revisión de los argumentos de las razones especiales de rechazo; de igual forma, se descarta la posibilidad de que estas convenciones probatorias se realicen en la etapa de juzgamiento, por cuanto ello implica actividad valorativa del juez. Puesto que, solo sería la etiqueta de un acuerdo cuando el juez aprecia que no hay controversia al respecto; aunque, cabe señalar que pueden concurrir convenciones en materia procesal en etapa de juzgamiento distinto a las reguladas en el código, por ejemplo, plazos, cantidad de audiencia, suspensión del proceso, calendario procesal, etc., es decir, se trata de acuerdos sobre las reglas del proceso y no sobre el objeto del proceso que es materia de controversia.

Por otro lado, debemos manifestar que, mientras las partes acuerden que determinadas circunstancias que no necesitan ser probadas y se valorarán como hechos notorios o que aceptan hechos y se tendrán por acreditados, con ello sólo se consigue una herramienta de simplificación de la actividad valorativa del juez o de morigerar la investigación, en menoscabo de la libre valoración de la prueba que implica la averiguación de la verdad y del principio de contradicción.

En consecuencia, estas convenciones así llamadas probatorias resultan inconsistentes con el sistema jurídico procesal y que brindan mayores dudas se su aplicación que certezas útiles en el proceso. Sin embargo, lo mismo no se puede decir de las convenciones sobre el medio de prueba para acreditar un determinado hecho.

Finalmente, existen serias dudas sobre estas convenciones probatorias al considerarlas la solución de la sobre carga procesal que es el gran problema del aparato estatal o si por el contrario es una forma de aliviar la misma.

V.- BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (compiladores).

2005 *Constitución y Sistema Acusatorio. Un estudio de derecho comparado.*
Colombia: Editorial Cordillera S.A.C. (impreso en Perú).

AMBOS, Kai

2008 “El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica”. En BACHMAIER WINTER, Lorena. *Proceso penal y sistemas acusatorios.* Madrid: Marcial Pons, pp. 49-72.

ARMENTA DEU, Teresa.

2012 *Sistemas Procesales Penales. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?.* Madrid: Marcial Pons.

ARMENTA DEU, Teresa.

2008 *Estudios sobre el proceso penal.* Buenos Aires, Rubizal Editores.

BERNAL CUÉLLAR, Jaime y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT.

2013 *El Proceso Penal.* Sexta Edición. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo

2015 “Negocios Jurídicos Procesales en el proceso civil brasileño”. En HENRIQUE NOGEIRA, Pedro y Renzo CAVANI (coordinadores). *Convenciones procesales estudio sobre negocio jurídico y proceso.* Lima: RAJUEL Ediciones, pp. 221-270.

DAMASKA R., Mirjan.

2000 *Las caras de la justicia y el poder del estado*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

DAMASKA R., Mirjan.

2015 *El derecho probatorio a la deriva*. Madrid: Marcial Pons.

DEVIS EHCANDÍA, Hernnado.

2012 *Compendio de derecho procesal. Teoría General del Proceso*. Tomo I. Undécima edición. Editorial TEMIS.

DIDIER JR. Fredie

2015 “Cláusula general de negociación sobre el proceso en el nuevo código de proceso civil brasileño”. En HENRIQUE NOGEIRA, Pedro y Renzo CAVANI (coordinadores). *Convenciones procesales estudio sobre negocio jurídico y proceso*. Lima: RAJUEL Ediciones, pp. 57-86.

HERRERA GUERRERO, Mercedes.

2014 *La negociación en el nuevo proceso penal*. Un análisis comparado. Lima: Palestra editores.

HURTADO POZO, José (Director) y César SAN MARTÍN CASTRO (Coordinador)

2004 *La Reforma del Proceso Penal*. Anuario de Derecho Penal 2004. Perú: fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

GUILHERME MÜLLER, Julio

2015 “Convenciones Procesales”. En HENRIQUE NOGEIRA, Pedro y Renzo CAVANI (coordinadores). *Convenciones procesales estudio sobre negocio jurídico y proceso*. Lima: RAJUEL Ediciones, pp. 187-219.

ILLUMINATI, Giulio

2008 “El sistema acusatorio en Italia”. En BACHMAIER WINTER, Lorena. *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, pp.135-160.

MONTERO AROCA, Juan

1997 *Principios del Proceso Penal*. Una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch alternativa.

MONTERO AROCA, Juan y otros

2003 *Derecho jurisdiccional I Parte General*. Décima Segunda Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch.

NIEVA FENOLL, Jordi.

2012 *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Madrid: EDISOFER S.L.

NIEVA FENOLL, Jordi.

2017 *Derecho Procesal III. Proceso Penal*. Madrid: Marcial Pons.

NIEVA FENOLL, Jordi.

2010 *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

ORÉ GUARDIA, Arsenio.

2013 *Principios del Proceso Penal*. Lima: Editorial Reforma.

TARUFFO, Michele

2008 *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.

TARUFFO, Michele.

2010 *Simply la Verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.

SAN MARTÍN CASTRO, César

2015 *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Lima: INPECCP.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María

2001 *La expansión del Derecho Penal Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones.

XAVIER CABRAL, Tricia Navarro

2015 “Convenciones en materia procesal”. En HENRIQUE NOGEIRA, Pedro y Renzo CAVANI (coordinadores). *Convenciones procesales estudio sobre negocio jurídico y proceso*. Lima: RAJUEL Ediciones, pp. 293-335.

