

Francisco Cox

*Abogado de la Universidad Diego Portales,
Socio del Estudio Jurídico Balmaceda, Cox y Piña.*

fcox@balcop.cl

El ejercicio de la profesión en un sistema acusatorio



Chile's criminal procedure reform is a multifaceted process. This article analyzes the shift from an inquisitorial system to an adversarial one in regard to the significant impact that the reform has had on attorneys' daily work and the skills that they need in order to adequately protect their clients' interests.

Se ha dicho de manera insistente que la reforma procesal penal es para Chile, sino la más, una de las más importantes de las reformas legales del siglo XX. Quienes así lo afirman generalmente se refieren a los cambios institucionales y normativos que implican el paso de un sistema inquisitivo a uno acusatorio. Sin embargo, pocas veces en dicho análisis se consideran los cambios que implican dicha reforma para las dinámicas de trabajo de los abogados dedicados al Derecho Penal.

El paso de un sistema inquisitivo a uno acusatorio tiene implicaciones de considerable envergadura tanto para el trabajo diario de un abogado como respecto de las habilidades requeridas para defender de manera adecuada los intereses de sus clientes. Resulta obvio que hay ciertas destrezas que son similares en ambos sistemas. Así, por ejemplo, el diseño estratégico es vital para el éxito de cualquier defensa sea cual sea el sistema en donde se ejecute.

mayor cantidad de información posible sobre su caso para desarrollar una estrategia adecuada para los intereses comprometidos. De igual forma podrá detectar si el diseño estratégico se condice con las diversas aristas que su caso tiene.

Sin embargo, en un sistema acusatorio el cliente observará de primera mano el desempeño de su mandatario. La estructura del proceso acusatorio es tal que ya desde las primeras decisiones

La transparencia que el sistema acusatorio propugna desde sus inicios, sobre todo en la etapa judicial, permiten una fiscalización del desempeño del ejercicio de la profesión.

que tome su abogado, el cliente podrá observar la calidad de su reciente contratación. La transparencia que el sistema acusatorio propugna desde sus inicios, sobre todo en la etapa judicial, permiten una fiscalización del desempeño del ejercicio de la profesión.

Supongamos que la primera entrevista de la abogada con su cliente es en la celda del tribunal diez minutos antes de la audiencia de control de detención. Ella deberá ser capaz de recopilar la mayor cantidad de antecedentes respecto de la historia personal y familiar de su representado. De igual forma, tendrá que obtener información relativa a la razón por la cual fue detenido; condiciones en las cuales fue detenido, hora, tiempo y lugar; qué le dijeron los policías al momento de detenerlo; qué les dijo él, etc. Toda esa

Relación cliente - abogado

Tanto en un sistema inquisitivo como uno acusatorio un cliente perceptivo podrá detectar las destrezas de su abogado en las primeras reuniones que se realicen entre ambos. En las primeras entrevistas el cliente verá si el abogado está recopilando la

información recopilada, y sin confrontar, será vital para las decisiones que la abogada tendrá que tomar en un par de minutos.

La abogada deberá decidir, por ejemplo, si cuestiona la ilegalidad de la detención. Imaginemos que entre los hechos imputados a su representado y su detención han transcurrido 10 horas. Ella deberá decidir, en ese momento, si va a cuestionar o no la ilegalidad de la detención intentando consecuentemente excluir cualquier prueba que sea una derivación directa de dicha detención. Alguien podrá decir que en realidad el debate sobre la exclusión de prueba solo se tendrá en la audiencia de preparación de juicio oral. Al respecto se pueden decir al menos dos cosas. Primero, si no se cuestiona la legalidad de la detención en esta primera etapa entonces se debilita, al extremo de desaparecer, el argumento de la defensa en la etapa de audiencia de preparación de juicio oral. Por otra parte, el discutir la legalidad de la detención en esta etapa puede tener efecto sobre el otorgamiento o no de las medidas cautelares que pueda solicitar el fiscal.

Todo este proceso de toma de decisiones y su implementación será presenciado por el cliente. La oralidad inherente al sistema acusatorio permite tanto al cliente como al público fiscalizar el desempeño del abogado de una forma que no era conocida en el sistema inquisitivo. La dinámica inquisitiva y la cultura de secretismo que en él imperaba hacía que muchas veces el cliente tuviera que hacer fuertes actos de confianza en el abogado respecto de la ejecución de la estrategia diseñada.

Por otra parte, la escrituración que rige en un sistema inquisitivo permite que quien litigue el caso no sea la misma persona que ha sido contratada, siendo esto ignorado por el cliente, ya que puede ser que quien redacte los escritos y quien los firme no sea la misma persona.

Cada uno de estos cambios redundará en un fortalecimiento del poder del cliente frente al abogado al tener más acceso a información que en el sistema inquisitivo controlaba de manera privilegiada el abogado. Obviamente que el conocimiento técnico que posee el abogado lo siguen posicionando de manera aventajada en el manejo de información frente al cliente.

Con todo lo dicho no quiero decir que en un sistema inquisitivo el cliente esté en total indefensión frente al abogado; esa visión pone al abogado y al representado en posicio-

nes antagónicas cuando debiera existir una relación de plena cooperación y transparencia. Bien sabemos que los mandatos éticos del abogado le imponen la obligación de informar a su representado del estado de la investigación penal, ya sea que se siga en su contra o la que promueve como querellante. Por las mismas razones el abogado no puede anteponer sus intereses a los del cliente, sea cual sea el sistema bajo el cual esté ejerciendo la profesión. Sin desmerecer lo anterior, el sistema acusatorio permite que un representado que ha caído en manos de algún abogado inescrupuloso pueda tener mayor control sobre su caso.

Por lo expuesto, una primera forma en la que se ve un cambio en el ejercicio de la profesión es en la dinámica en la relación cliente-abogado encontrándose aquel en una mejor posición para reclamar por el correcto cumplimiento del encargo que ha efectuado al abogado.

Negociación

En la gran mayoría de aquellos países en los cuales se ha pasado de un sistema acusatorio a uno inquisitivo se produce un cuestionamiento, reconocido en los propios códigos, a la aspiración ilusoria de investigar todo hecho que revista caracteres de delito. Algún margen de discrecionalidad es entregada al Ministerio Público. En virtud de lo expuesto en la mayoría de los casos se abre una puerta para negociar directamente con quien tiene el monopolio de la acción penal y lleva a cabo la investigación criminal.

En el sistema inquisitivo con su ilusoria aspiración no existía un reconocimiento formal a la negociación dentro del proceso penal. Es cierto que en los procesos abiertos por delitos económicos en los cuales no habían comprometido intereses fiscales, los abogados negociaban desistimientos de querrelas. Sin embargo, en la mayoría de los casos la negociación era inexistente e imposible.

Qué duda cabe de que los grandes abogados del sistema inquisitivo son grandes negociadores. Esa elite es llamada abogados comercialistas cuando la inminencia de la quiebra de una empresa augura un camino tortuoso que puede terminar en la calificación de la quiebra o cuando una desavenencia societaria hace que los que eran grandes amigos piensen en mutar su relación a la de contrapartes judiciales. En ese contexto aparece casi siempre un abogado penalista para "destrabar" el impasse en la negociación y mostrarse los dientes.

Cada uno de estos cambios redundará en un fortalecimiento del poder del cliente frente al abogado al tener más acceso a información que en el sistema inquisitivo controlaba de manera privilegiada el abogado.

Como he dicho anteriormente, lo novedoso desde el punto de vista del ejercicio de la profesión en el sistema acusatorio es que este reconocimiento de la etapa de negociación se generaliza. El sistema al reconocer que no tiene la capacidad de procesar todos los casos requiere que los abogados estemos preparados para negociar con el ministerio público y/o con la víctima del delito o con el imputado si representamos a la víctima del delito. De manera tal que el sistema exige que el abogado desarrolle dichas destrezas tanto para permitir el correcto funcionamiento de aquel como para representar adecuadamente los intereses de su mandante.

Al momento de tomar un caso y diseñar una estrategia como abogado uno debe tener presente que en este sistema existe la opción de explorar junto con el fiscal y con la víctima un acuerdo que evite el juicio como sería el llegar a una suspensión condicional o un acuerdo reparatorio. La forma de abordar las reuniones con el fiscal y la víctima dependerá obviamente de las características del caso. Sin embargo hay ciertos elementos comunes a cualquier caso.

En primer lugar uno debe saber bien cuál es la postura del cliente frente a las distintas alternativas que tiene. Uno es un mero representante; son los intereses del cliente lo que está en juego. Por ello la decisión última es siempre de él o ella. Algunos clientes no quieren llegar a ningún tipo de acuerdo con la contraparte porque estiman que puede haber algún tipo de reconocimiento implícito de responsabilidad. Por ejemplo, la suspensión condicional implica algún tipo de afectación de derechos por lo que un cliente que desea probar su inocencia puede querer desechar esa opción.

La función que uno cumple aquí es delicada; siempre existe un frágil equilibrio entre decisiones estratégicas que deben ser tomadas por el abogado y decisiones de fondo que corresponden al cliente. Es dable pensar que un abogado quiera llegar a una suspensión condicional para terminar con el caso y que vea que no hay ningún daño puesto que al cumplirse el período determinado y satisfecha la condición o condiciones impuestas, la causa es sobreseída.

Para algunos esta decisión puede ser desde el punto de vista estratégico la más adecuada. Ello porque, por un lado, en un juicio siempre existirá el riesgo de una condena en tanto que por el otro se asegura al final del camino un sobreseimiento. Para

otros esta será una decisión de fondo que afecta directamente los intereses del cliente. En mi opinión, salvo casos de inimputabilidad, la decisión última es del cliente cumpliendo uno con informarle de los riesgos que implica ir a un juicio oral.

...
este reconocimiento de la etapa de negociación se generaliza. El sistema al reconocer que no tiene la capacidad de procesar todos los casos requiere que los abogados estemos preparados para negociar con el ministerio público y/o con la víctima del delito o con el imputado si representamos a la víctima del delito.

Si bien es cierto -como se dijo más arriba- que el cliente en este sistema tiene más acceso a la información que en uno inquisitivo, no lo es menos que el abogado se encuentra en una situación de privilegio. Esa posición aventajada del abogado se da, entre otros factores, porque conoce mejor los aspectos procesales, maneja el lenguaje técnico y sostiene contacto permanente con los agentes del sistema lo que le permite tener una relación que probablemente el cliente no tendrá. El sistema acusatorio al reconocer mayor discrecionalidad, unido a la sobrecarga de trabajo que un abogado

defensor tiene, crea nuevos problemas éticos en el ejercicio de la profesión.

El conflicto ético surge cuando los intereses del abogado no van en el mismo sentido que los del cliente. Así por ejemplo, puede ser que el abogado tiene una sobrecarga de trabajo y quiere despachar la mayor cantidad de casos con la menor dedicación de tiempo en tanto que el cliente obviamente busca la mejor solución para su caso. Este tema cobra gran importancia al momento de negociar con el fiscal toda vez que éste puede ofrecer alguna solución que implique afectación de derechos para el imputado y que el abogado considere que dicha afectación es más bien menor comparada con el riesgo de una condena en un juicio. Junto con lo anterior, el abogado lo ve desde el punto de vista de la eficiencia para la administración de su tiempo.

Si la situación descrita anteriormente es problemática, lo son más aún aquellas en las cuales la "solución" que ofrece el fiscal es un procedimiento abreviado. A través del procedimiento abreviado el imputado reconoce los hechos de la investigación como aparecen descritos en la acusación pudiendo discutir su calificación jurídica. De lo anterior se deriva que es posible que el tribunal absuelva al imputado, pero si el fiscal ha redactado de manera adecuada a su rol persecutorio los hechos, es más probable que exista una condena. En estos casos las consecuencias de esta aceptación pueden ser mucho más graves que en la aceptación de una suspensión condicional o un acuerdo reparatorio toda vez que las posibilidades de condena son muy altas. Aquí el

abogado tiene que resistir la tentación de una solución relativamente rápida, pero incluso puede que deba resistir la presión del propio imputado quien quizás quiere aceptar dicha alternativa, aun siendo inocente, porque se asegura un máximo de pena aplicable y algún cumplimiento de pena alternativo. El abogado debe siempre explicarle al imputado las consecuencias de su decisión: que existe un alto grado de probabilidad de que el fallo sea condenatorio, que quien decide sobre cumplimiento alternativo de penas privativas de libertad es el juez, etc.

La decisión de aconsejarle o no a un cliente tomar una salida distinta a un juicio oral es una de las más difíciles de tomar. Uno es consciente de que al aceptar ir a un procedimiento abreviado es muy probable que el representado sea declarado culpable; la otra cara de la moneda es que uno se asegura una pena máxima aplicable. Uno sabe que si rechaza dicha oferta, el Ministerio Público pedirá una pena más alta.

Aunque parezca obvio resulta fundamental para el éxito del proceso de negociación el recopilar la mayor cantidad de información del caso y estar preparado para ir a juicio. El fiscal no puede sentir que el abogado está ahí para hacer las veces de un amigable componedor y que por ningún motivo va a ir a juicio con el caso. La actitud del tipo "lleguemos a un acuerdo rápido" muestra al abogado como temeroso del juicio perjudicando la posición del cliente.

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, uno como abogado debe estar conciente de que el caso, en último término, es del cliente. Por lo tanto, si él o ella quieren una solución distinta a un juicio oral, como ser un procedimiento abreviado, la obligación del abogado es informarle de las consecuencias de su decisión y dejar que el cliente tome la oferta. En casos extremos el abogado podría renunciar al patrocinio y poder si el acuerdo contraviene sus convicciones personales.

La primera regla para negociar una salida justa es que el abogado, no parte presumiendo la culpabilidad de su representado. Los abogados corremos el riesgo de burocratizarnos en el ejercicio de la profesión asumiendo que el cliente es culpable. Dicha actitud puede llevar a que el abogado esté ansioso por aceptar una solución distinta a luchar por la absolución en un juicio oral.

La conducta de un abogado diligente es realizar una investigación acuciosa de los hechos que puedan llevar a una absolución o la aplicación de la pena menos rigurosa posible en caso de condena.

Solo una vez que el abogado ha logrado recopilar suficientes antecedentes puede diseñar una estrategia adecuada que puede incluir un acuerdo con la Fiscalía. Si como producto de su investigación independiente el abogado defensor llega al convencimiento de que el Ministerio Público tiene un caso fuerte, solo entonces debe discutir con el imputado la posibilidad de un abreviado u otra salida. Si esa conversación se da sin el conocimiento de los hechos y elementos del caso por parte del abogado, puede redundar en una pérdida de la confianza del cliente y en una pésima asesoría.

Si el abogado se convence de que la mejor estrategia de defensa es llegar a un acuerdo, debe informar al cliente y obtener su consentimiento para lograr dicho acuerdo. Este consentimiento debe ser informado, por lo cual deben comunicársele al cliente las distintas consecuencias que se derivan de su aceptación. Uno debe explicar porqué un procedimiento abreviado es la mejor alternativa de defensa. Simplemente dejar que un imputado decida ir a juicio con un mal caso con altas posibilidades de ser condenado a una pena más alta que aquella que se podría obtener a través de un procedimiento abreviado, es sin duda un mal desempeño profesional. Si acceder a un procedimiento abreviado es la mejor alternativa, entonces uno debe tratar de convencer al cliente de lo positivo que resulta aceptar una solución acordada. Sin embargo, la última palabra es siempre del cliente.

Con el propósito de cumplir fielmente el encargo profesional, uno debe tener claridad sobre la extensión del mandato que el cliente le entrega a uno para negociar. En otras palabras, qué se está dispuesto a entregar para llegar a una solución que satisfaga a ambas partes.

Hay quienes aconsejan que quien negocie no sea la misma persona que litigaría el caso; sin embargo eso no siempre es posible por la escasez de abogados en un estudio. Por otra parte, hay otros que señalan que el abogado litigante debe negociar porque en ese proceso puede salir información sobre la estrategia de la Fiscalía y podrá ver los puntos débiles del caso del Ministerio Público.

Como se ha dicho previamente, la recopilación de información es crítica para el éxito del encargo profesional. Una primera fuente de información es el cliente. La información por él proporcionada no debe limitarse solo a los aspectos del caso sino también a su situación personal. Sin duda que el cliente maneja datos fundamentales relacionados con la causa, pero también es necesario saber quién es, qué hace, para poder responder las preguntas del fiscal referentes a su situación laboral, sobre su arraigo social, etc.

Los fiscales están más dispuestos a ofrecer mejores condiciones a quienes no muestran compromiso delictivo previo, mantienen alguna fuente de trabajo, tienen vínculos fuertes en la sociedad. Todos antecedentes que hacen parecer el delito por el cual se investiga al imputado como un episodio aislado en su vida, sirven a las veces de obtener un buen acuerdo.

En cuanto a la estrategia de negociación que se emplee, dependerá de las fortalezas y debilidades del caso del fiscal. Sin embargo, al menos un autor sugiere que existe una estrategia válida para todos los casos: moverse de una estrategia de confrontación a una de cooperación.¹

Me parece importar señalar las distintas alternativas que existen para enfrentar un proceso de negociación ya que, como se ha dicho, esta función es una de las principales que debe cumplir un abogado en un sistema acusatorio. Todas las estadísticas muestran que la mayoría de los casos no terminan en un juicio oral, por lo que negociar constituye una parte importante del trabajo que uno desarrolla en un sistema acusatorio. Las distintas estrategias de negociación se pueden agrupar en tres:

- 1) La estrategia competitiva;
- 2) La estrategia cooperativa; y
- 3) La estrategia integrativa

Estrategia competitiva

La estrategia competitiva consiste en maximizar los beneficios de nuestra postura. Para ello se debe convencer a la otra parte de que arregle por menos de lo que hubiese estado dispuesta a aceptar originalmente. La premisa detrás de este tipo de estrategia es que existen intereses antagónicos entre las partes. En un sistema acusatorio existe una inclinación casi natural por optar por este tipo de estrategia. Sin embargo, dado que los jugadores de este "juego" se repiten, puede ser que adoptar una estrategia de esta naturaleza redunde en una afectación de las relaciones y comprometa los intereses del cliente.

Las tácticas que generalmente se utilizan en este tipo de estrategia son comenzar con una demanda bastante más alta que lo que realmente se espera,

mostrar la menor cantidad posible de información en cuanto a los hechos y las preferencias de la parte, efectuar unas cuantas concesiones, presentar argumentos y amenazas y, por último, la defensa férrea de la postura.

Al presentar una propuesta muy alta, esto le permitirá por una parte ocultar su verdadera pretensión y aparecer como otorgando concesiones, lo que a su vez tiende a generar concesiones de la parte contraria. Por otra parte, si la contraria sabe cuál es su verdadera pretensión, entonces no tiene incentivos para hacer más concesiones que dicha pretensión y uno ha entregado en bandeja a su cliente sin obtener nada a cambio.

El problema está en que como ya todos conocen esta táctica, ella se ha tornado poco efectiva y lleva a que se pierda tiempo en supuestas muestras de fuerza entre el fiscal y el defensor. Hoy en día probablemente nadie se toma en serio la primera oferta de la parte contraria, salvo que exista una relación profesional más asentada en el tiempo.

Un aspecto problemático de esta estrategia en Chile es que la suspensión condicional tiene que ser aprobada por el juez de garantía. Por lo tanto, si en la formalización, primera instancia donde tiene que mostrar fuerza el fiscal, formaliza en exceso, será difícil después venderle al juez el acuerdo. Por otra parte, puede ser un incentivo para el imputado para negociar especialmente si observa que existe un gran número de cargos en su contra.

En cuanto a la necesidad de no develar mayor información, pues bien, eso es evidente. Mientras más tenga que "bailar en la oscuridad" la contraria, mejor para uno. Sin embargo, algunos aconsejan revelar cierto tipo de información: aquella que favorece a su cliente o parte. Pero hay que cuidarse de esto también. Si uno comienza a mostrar su mano, entonces nuevamente ha debilitado su posición. Efectivamente, si la contraria es advertida de los puntos débiles de nuestro caso, entonces puede intentar reforzar esos puntos débiles, siempre que ello sea posible.

Como he dicho anteriormente, en los procesos de negociación siempre se espera que se hagan concesiones. Alguien que opta por la estrategia competitiva hará las menores concesiones posibles y cuan-

Todas las estadísticas muestran que la mayoría de los casos no terminan en un juicio oral, por lo que negociar constituye una parte importante del trabajo que uno desarrolla en un sistema acusatorio.

¹ Ver Gifford Donald, "Context based theory of strategy selection in legal negotiation", en 46 Ohio State Law Journal 41, 1985, página 82.

do las haga intentará hacerlo respecto de puntos que realmente no le interesan. Para que esa concesión surta el efecto de lograr algo a cambio, entonces debe haber sido defendida con convicción anteriormente. La otra forma de hacer concesiones, si se opta por esta estrategia, es que parezca como que se concede algo, pero en realidad no se hace.

Ahora bien, si uno no quiere hacer concesiones, la otra tampoco va a querer. ¿Cómo lograr, entonces, que se hagan? Aquí es donde hay que argumentar y amenazar, pero sin producir el efecto de alertar sobre una debilidad salvable o provocar un endurecimiento de las posiciones sin que ello sea necesario. El lograr esto puede ser sumamente difícil y puede afectar las relaciones personales. Aquí se hace aplicable lo que dije: entre jugadores que se volverán a encontrar, como son el defensor y el fiscal, esto puede afectar sus negociaciones futuras.

Por último, el negociador debe ignorar tanto los argumentos como las amenazas de la contraria. Para ello debe tener mucha confianza en su caso y en sus destrezas como litigante. También ayudará tener una cierta reputación en el medio.

La estrategia competitiva puede ser muy efectiva en ciertos casos y para ciertas personas. Nuevamente si el caso es muy fuerte entonces puede surtir el efecto de lograr un muy buen acuerdo y ahorrar recursos, tanto al sistema como al imputado. Sin embargo, en otros casos puede alejar posturas y dar la apariencia de imposibilidad de llegar a acuerdo cuando en realidad las posiciones no estaban tan lejos. Por otra parte, este tipo de negociación puede tener efectos muy negativos de relación entre los actores del sistema y como he dicho anteriormente, las buenas relaciones, al menos para el defensor, pueden ser muy importantes para futuros casos.

Estrategias no competitivas

La alternativa a las estrategias competitivas son las no competitivas. Estas se dividen en dos: la cooperativa y la integrativa.

La estrategia cooperativa intenta lograr un acuerdo que sea justo para ambas partes, para ello éstas buscan crear un ambiente de confianza mutua. Se considera que un arreglo es justo para ambos cuando se llega a, lo que en teoría de juegos se llama, un equilibrio de Nash. Ello ocurre cuando se opta por la mejor estrategia utilizable en razón de la estrate-

gia utilizada por la otra, por lo que ninguna de las partes cambiaría su postura una vez que la ha revisado y toda la información está disponible.

En el contexto del proceso penal, el ambiente de confianza se puede haber construido a lo largo de una relación de trabajo entre el fiscal y el defensor o incluso por ciertas características de las partes. Por ejemplo, en los Estados Unidos los fiscales tienden a confiar más en abogados defensores que fueron fiscales. Pero para aquellos que no han tenido esa suerte, la técnica que se emplea es la de otorgar concesiones bajo la expectativa de que ellas sean correspondidas por la parte contraria. Si el defensor o el fiscal considera que no es probable que vuelva a encontrarse con ese abogado, entonces podrá tomar esos gestos y utilizarlos en contra de la otra parte adoptando una estrategia competitiva. Claro está que ese defensor o fiscal no volverá a ser confiable en futuras negociaciones, pero quizás haya un cliente que valga la pena ese daño.

Una debilidad de esta estrategia es que abre un flanco al hacer una concesión si el abogado del frente ha decidido adoptar una estrategia competitiva. Hay que recordar que hace caso omiso a las concesiones, amenazas y argumentos, y más aún puede interpretar dicha concesión como un signo de debilidad. La pregunta es qué hacer en ese caso. Obviamente dejar de hacer concesiones hasta que exista reciprocidad, pero para evitar un daño muy grande hay que comenzar con una propuesta que, sin ser el óptimo que se busca, sea más aceptable y suene razonable para la contraria, de tal forma que no exista una pérdida tan grande si la otra se aprovecha. También lo que hay que lograr es que quien no ejerce reciprocidad pague un costo alto de forma tal que no tenga incentivos para hacerlo.

Esta estrategia tiende a producir buenos resultados en aquellas situaciones como la del proceso penal, pero siempre dependerá del poder relativo que cada parte tenga. Por último, los abogados defensores y las fiscales se pueden sentir más cómodos utilizando esta estrategia antes que la competitiva. Mal que mal son “colegas”.

En tanto que la estrategia integrativa busca una solución que tome en cuenta los intereses de las partes involucradas. Este modelo perfeccionado, según Gifford, por los profesores Fisher y Ury² intenta evitar centrarse en las posturas. De manera tal que se pueda adoptar una actitud de resolución de problemas, logrando que ambas partes queden satisfechas

² Ver Gifford Op. Cit. página 54.

con el resultado y que no quede la sensación de que uno ganó y el otro perdió.

De acuerdo a los profesores Fisher y Ury, existen cuatro puntos centrales en esta estrategia de negociación:

- “Personas: Separar las personas de los problemas.
- Intereses: Centrarse en los intereses, no en las posturas.
- Opciones: Generar distintas opciones para decidir qué hacer.
- Criterio: Insistir en que los resultados estén basados en algún estándar objetivo”³.

Respecto del primer punto, recordarán que un factor común de la estrategia competitiva y la cooperativa era que la relación con la persona era determinante para el resultado. En efecto, la primera se basa en relaciones de poder con el otro: someterlo a nuestras demandas. Por el contrario, la segunda se construye sobre la base de crear un ambiente de confianza. Pues bien, la integrativa dice que no hay que convertir a la negociación en algo personal.

Sin perjuicio de ser un consejo útil al momento de elegir una estrategia, me parece poco realista. La gente se toma de manera muy personal su trabajo; es cierto que hay ciertas personas que podrán distinguirlo, puede ser que si uno no busca humillar o derrotar a la contraria sea más factible no convertir la negociación en algo personal. Ya he insistido en la importancia que se le da a los intereses en esta estrategia: a veces la negociación se traba porque las partes se obsesionan con sus posturas o posiciones, olvidando que lo importante es lograr satisfacer los intereses de cada uno. En mi experiencia, los fiscales y los defensores se involucran fuertemente en las negociaciones llegando en casos a dañar relaciones de amistad.

Para romper barreras es necesario comprometer al fiscal en la negociación. Una forma de hacerlo es darle distintas alternativas y preguntarle al fiscal qué opina de ellas y qué ha pensado sobre el caso.

Por último, resulta importante recordar que es necesario establecer criterios objetivos de resultado. Supuestamente las personas deberían actuar de manera racional; estos criterios objetivos deberían servir de motivadores del acuerdo.

¿Qué estrategia usar?

Es obvio que las particularidades de cada caso darán la pauta respecto de qué estrategia escoger y en qué factores poner mayor énfasis.

El primer factor a considerar son las fortalezas y debilidades del caso de cada parte. En la medida en que el caso de uno sea más fuerte, tendrá menos incentivos para negociar.

Entiendo que un caso es fuerte para la fiscalía cuando tiene a la persona que cometió el delito y tiene suficientes pruebas como para convencer a los jueces.

Por el contrario, el caso de la defensa es fuerte cuando el de la fiscalía es débil ya sea porque no tienen a la persona correcta, o teniendo a la persona correcta no tienen cómo probarlo, o teniendo prueba, ella fue obtenida con violación de garantías constitucionales y por lo tanto no pueden ser usadas en juicio.

Si el caso de uno es lo suficientemente fuerte, quizás sea más apropiado adoptar una estrategia competitiva. O incluso en este caso es posible que sea mejor negociar para obtener información del caso de la contraria, pero pensando en ir a juicio. Si se tienen los recursos y el tiempo suficiente, puede ser una buena oportunidad para comenzar a construir una reputación de buen litigante. Esto será especialmente cierto para los fiscales. Por ejemplo, en los Estados Unidos gran parte de su poder negociador está dado por sus altos porcentajes de condenas en juicio. Ello podrá ser criticable, pero lo que no se puede negar es que fortalece su posición al negociar. Esta fortaleza puede ser usada de buena o mala manera. Sin embargo, parece raro que en un sistema adversarial y contradictorio, una de las partes desee voluntariamente ceder dicho terreno.

El problema, con la estrategia sugerida es que habrá arruinado su reputación como un negociador que actúa de buena fe. La reputación que uno tenga en el medio tiene gran impacto en cómo se relacionan con uno el resto de los actores del sistema. Una mala reputación no solo afectará su percepción en los procesos de negociación sino para cualquier etapa del proceso.

La reputación que uno tenga en el medio tiene gran impacto en cómo se relacionan con uno el resto de los actores del sistema. Una mala reputación no solo afectará su percepción en los procesos de negociación sino para cualquier etapa del proceso.

³ Idem.

Como se ha dicho de manera reiterada, el contar con la mayor cantidad de información posible es fundamental. Generalmente la defensa se demora más en obtener información. Lo anterior no es del todo cierto respecto de delitos de cuello blanco donde el imputado ha contratado tempranamente a un abogado que se ha encargado que la fiscalía no pueda acceder a la información necesaria. Estos son elementos que influirán en la decisión de qué estrategia seguir en una negociación: si una competitiva, de no colaboración o una de cooperación. Ambas tienen costos. Probablemente el fiscal sospeche que hay algo mal si el imputado no quiere colaborar. Por el contrario, el fiscal puede interpretar como una debilidad que el defensor quiera colaborar, aun cuando él sabe que no tiene mucha información sobre el sujeto de la investigación.

Lo anterior nos lleva a otros dos factores de suma importancia, esto es el poder relativo que tiene cada parte y la estrategia de negociación de la contraria.

En cuanto al poder, obviamente quien se sienta más poderoso tendrá menos incentivos para colaborar. Es importante señalar que no se trata de poder real, sino más bien de qué cree la contraria. Si ésta cree que la otra tiene mucho poder entonces estará más abierta a negociar y a hacer concesiones. El poder no necesariamente tendrá que ver con las fortalezas del caso; hay distintos factores que pueden influir en esa percepción.

Frente a lo recién manifestado, es importante destacar que es fundamental conocer la estrategia de negociación que la contraria usa o está usando. De lo contrario las señales que se envíen pueden ser interpretadas equivocadamente y puede distanciar la negociación. Por ejemplo, puede ser que un fiscal o un defensor no obstante ser percibido como muy poderoso por personalidad, normas internas o prácticas, utiliza una estrategia de cooperación. Por lo tanto, puede estar esperando una concesión. Sin embargo el defensor cree, porque el fiscal es poderoso, que está en un escenario de estrategia competitiva, por lo tanto recuerda que no debe ceder a las presiones, amenazas o concesiones. Convirtiéndose en definitiva en un diálogo entre personas que hablan distintos idiomas.

La forma de saber la estrategia que la persona está usando es considerar qué haría uno en su postura, cómo se han comportado sus colegas en situa-

ciones similares, qué dicen las normas o prácticas internas y el historial de la persona que se tiene enfrente.

También se debe tener en mente que los jueces deberán refrendar estos acuerdos; de lo contrario, todo el tiempo dedicado a un acuerdo puede irse al tarro de la basura si no se satisface con las exigencias del juez.

La personalidad en general, tanto del defensor como del fiscal, son vitales al momento de considerar qué estrategia adoptar. Uno debe conocer su personalidad ya que la actuación tiene sus límites. Resulta difícil que alguien pueda transformarse completamente para negociar.

La personalidad en general, tanto del defensor como del fiscal, son vitales al momento de considerar qué estrategia adoptar. Uno debe conocer su personalidad ya que la actuación tiene sus límites. Resulta difícil que alguien pueda transformarse completamente para negociar. Quizás en ciertas ocasiones será mejor ceder el caso a algún colega si la estrategia apropiada es incompatible con la personalidad del abogado; de ahí, entre otras, es la importancia de trabajar en equipos. De esta forma nadie es imprescindible y hay otros colegas que

están al tanto del caso. Dentro de la personalidad, el sentido de justicia que tenga el fiscal es fundamental. Muchos fiscales ven que su rol es hacer justicia en el caso concreto; aludiendo a ese sentido parece ser más apropiada una estrategia integrativa o cooperativa. Salvo que dentro de la estrategia competitiva la forma de debilitar al oponente sea la invocación a la falta de justicia del caso.

Por último hay que saber cuándo debe intervenir el abogado defensor. Generalmente será mejor que entre en los inicios de la investigación. Una cosa que resulta bastante evidente es que la estrategia de defensa debe estar diseñada desde los primeros momentos de la investigación. El dejar dicha definición para el juicio oral es altamente riesgoso ya que muchas de las decisiones que se tomaron en la etapa de investigación o en la etapa intermedia tienen efecto directo sobre las posibilidades de éxito en el juicio. Cosa distinta es cuándo debe hacer su aparición el abogado penalista. Una aparición demasiado temprana puede levantar sospechas en el fiscal. Para evitar ese efecto se pueden utilizar a otros intermediarios para responder solicitudes de información. Por ejemplo, en solicitudes de información tributaria si responde un conocido abogado penalista las sirenas de la fiscalía explotarán, si responde un contador es más normal.

El fin del Lobo Estepario

En el sistema inquisitivo, los grandes abogados penalistas, con contadas excepciones, eran verdaderos lobos esteparios. Personas que generalmente tenían bajo ellos algún procurador o abogado joven para hacer los escritos de trámite. Pero quien definía la estrategia y quien aparecía ante el tribunal era el abogado estrella. El sistema inquisitivo con su principio de la escrituración permitía esta dinámica. Los escritos podían ser redactados por una persona distinta de quien los firmaba. En tanto que las audiencias ante el tribunal y los alegatos ante los tribunales superiores eran más bien breves, por lo cual no requerían la presencia permanente del abogado defensor.

Junto con preparar la estrategia de defensa, lo que tomaba más tiempo eran las declaraciones de testigo o del sujeto investigado. Sin embargo, ello no siempre se traducía en tiempo consumido por el reconocido penalista ya que generalmente el testigo era acompañado por alguno de los abogados más jóvenes del estudio y solo si había problemas graves que él no pudiese solucionar se llamaba al abogado destacado para que concurriera al tribunal.

La situación descrita es diametralmente opuesta a lo que ocurre en el sistema acusatorio, ya que el abogado debe presenciar la declaración de su representado, asesorarlo sobre cuáles preguntas responder y cuáles no. Por otra parte, en el juicio oral se espera que aparezca él. Como todas estas tareas consumen bastante tiempo efectivo, es difícil que una sola persona pueda cumplirlas todas por lo cual requerirán construir equipos de trabajo.

Por ejemplo, las declaraciones ante el fiscal -lo más parecido a la etapa de sumario y con esto no desconozco lo radicalmente distinto que tiene el sumario con la etapa de investigación-, aunque no tienen valor probatorio, son sumamente relevantes. En efecto, una mala declaración ante el fiscal puede ser fatal en el juicio oral, ya que al declarar en estrados el testigo podrá ser confrontado con su declaración anterior. Para ello se va a requerir a gente que tenga tiempo y dedicación para preparar esos testimonios; el escenario en el cual se rinde esta declaración es mucho más hostil que en un tribunal del crimen. Un fiscal que hace bien su trabajo no va a iniciar una declaración con "sabe usted por qué está aquí". El o ella tendrá preguntas precisas sobre la investigación que dirige; por lo tanto una preparación por encima, sobre temas generales no será suficiente. Sin duda que los buenos abogados penalistas del sistema inquisitivo realizan esta preparación de manera adecuada y exhaustiva, pero la gran mayoría no lo puede hacer por la cantidad de causas en las cuales se tiene

patrocinio y poder. Por lo tanto, para poder cumplir bien esta función se necesitará preparar gente que sea capaz de cumplir esa función, debiendo ser interrogado el testigo por quien lo preparó.

Del mismo modo, la preparación de testigos para un contrainterrogatorio en un juicio requiere una simulación completa de ese escenario. El abogado deberá ser incluso más agresivo de lo que en realidad vaya a ser un fiscal, de forma que el testigo esté realmente en condiciones de responder a las preguntas para que sirvan a la defensa o no debiliten su testimonio entregado bajo directo.

Por otra parte, como ya fue dicho, respecto de la declaración del imputado, el abogado tiene derecho a presenciar dicha declaración asesorando a su defendido si es que tiene que responder tal o cual pregunta. Respecto de otros testigos la presencia del abogado del imputado es discrecionalidad del fiscal. Si ese testigo pudiese llegar a ser imputado entonces puede solicitar que su abogado esté presente.

Asimismo, como lo dicho en referencia a la negociación, es necesario contar con la mayor cantidad de información para poder evaluar y diseñar la estrategia de defensa. Para lograr ese objetivo es útil contar con alguien como un investigador quien se dedica a recopilar antecedentes de la supuesta víctima, los testigos de la fiscalía, los peritos, etc. Este investigador que no debería ser un abogado sirve también para ser testigo de lo que dijo otro testigo para el evento que cambie su versión. Algo así como lo que hace de manera habitual la fiscalía con la policía. También resulta útil contar con peritos que revisen las conclusiones de los peritos de la fiscalía y así develar sus posibles debilidades del caso.

Esto de alguna forma también se hace en el sistema inquisitivo, pero la investigación se canaliza a través del tribunal. Es éste al que se le piden las diligencias porque como el sumario es la etapa procesal en la cual el tribunal se forma su convicción, se aporta toda la prueba en esta etapa. En cambio en el sistema acusatorio no necesariamente se va a entregar toda la prueba al fiscal. Por ejemplo, cuando se siente que se ha formado ya su convencimiento para acusar y no se quiere revelar la estrategia de defensa antes de tiempo no se ve por qué habría que mostrarle la línea argumental de la defensa. Es posible que en muchos casos se aporte alguna prueba para intentar convencer al fiscal que no tiene un caso, pero en los delitos comunes muchas veces el fiscal va a tener el convencimiento que tiene a la persona correcta y que existe delito. Sin embargo, se puede creer necesario aportar prueba en la etapa de investigación para fines de la prisión preventiva.

Quizás donde más se ve la necesidad de contar con un equipo es en el juicio oral. En esta etapa una sola persona no podrá dar abasto para darle la mejor atención a su cliente. Mientras uno está interrogando o contrainterrogando tiene que haber otro que esté atento anotando la información que el testigo proporciona para el alegato de clausura. Junto con ello, la necesidad de contar con personas que tengan las destrezas necesarias para cada uno de los actos dentro del juicio también evidencian la necesidad de contar con un equipo de abogados y otros profesionales como integrantes del equipo de defensa.

Quizás sea probable que un abogado reúna en sí todas las habilidades necesarias para hacer un buen alegato de apertura, interrogar a testigos, interrogar a peritos, contra examinar, realizar y fundamentar objeciones y hacer un buen alegato de clausura. Sin embargo, en la mayoría de los casos probablemente un abogado reúna alguna de estas características y no todas por lo cual se debe producir una división del trabajo para lograr brindarle una asistencia de calidad al defendido.

El juicio oral

El escenario en el cual el abogado desempeña su trabajo es radicalmente distinto en cada uno de los sistemas. En uno es un expediente y en el otro un juicio oral donde el tribunal escucha de primera mano los testimonios y la prueba pericial o documental. Es difícil transmitir la gran diferencia que eso produce. En el sistema inquisitivo los testimonios al estar mediatizados por un actuario y por el papel resultan menos impactantes que si se escucha a la víctima o a la madre de la víctima. En varias ocasiones uno siente que ahí perdió el juicio, que los jueces, contrario a la creencia que por ser profesionales no se van a conmovir, muchas veces deciden condenar a alguien porque fueron afectados por el testimonio de la víctima.

Lo anterior también es válido para los peritos. Cualquier abogado defensor que ha estado frente a un tribunal profesional se da cuenta de que la presunción de inocencia no es más que un "saludo a la bandera", que los tribunales tienden a creerle a la fiscalía. Y en aquellos pocos casos en que el defensor siente que ha logrado sembrar alguna duda razonable con los testigos que ha presentado la fiscalía, siente que todo se derrumba cuando aparecen los

Quizás donde más se ve la necesidad de contar con un equipo es en el juicio oral. En esta etapa una sola persona no podrá dar abasto para darle la mejor atención a su cliente.

peritos médico legistas. Con su lenguaje científico maravillan a los jueces y le confirman su primera aproximación: si la fiscalía acusa, será por algo. Por eso absolutamente necesario contar con peritos de la defensa para al menos empatar el lenguaje científico y desacreditar las conclusiones de los peritajes del Ministerio Público.

Otro cambio en la forma de ejercer la profesión está dado por el hecho de que en un sistema acusatorio hay que rendir la prueba de una sola vez. Podrán existir diversas audiencias de prueba, pero se debe contar con la prueba en un determinado momento, a saber: el juicio. El acortamiento de los plazos pone presión en el abogado para tener disponible su prueba. El juicio oral podrá durar, el que más, unas dos semanas o incluso más, pero en la mayoría de los casos no dura más de uno o dos días. Con lo cual se debe contar con esa prueba; en caso contrario el tribunal no podrá usarla para fundar su sentencia.⁴

En el sistema acusatorio hay un momento clave en el que se resuelve el caso y que involucra directamente al abogado: el juicio. Se podrá decir que en el sistema inquisitivo también lo hay: el dictamen de la sentencia o la vista del recurso de casación ante la Corte Suprema. Sin embargo, esos eventos procesales no implican el nivel de copamiento de la agenda del abogado. Incluso el alegato ante la Corte Suprema que requiere la presencia del abogado no durará más de 4 horas en el peor de los casos. Por otra parte, el desgaste que produce el juicio no es comparable. Es más, los alegatos más controvertidos no alcanzan el nivel de contradictoriedad que se vive en un juicio oral.

La inmediatez y rapidez del juicio exige que la persona tenga los conocimientos frescos, tanto procesales como de derecho penal sustantivo. En el sistema inquisitivo los lapsos permiten meditar mucho acerca de un argumento de la contraria. El juicio oral no permite ese decantamiento.

En cuanto a las destrezas necesarias para un juicio, no quisiera detenerme en aquello que ya es parte de los manuales de litigación como: "nunca haga una pregunta para la cual no sabe la respuesta", "no salga a pescar", "evite pedirle explicaciones al testigo por sus contradicciones"; eliminará una contradicción que hubiese sido excelente de utilizar en el alegato de clausura.

⁴ Ello sin perjuicio de la facultad que tiene el tribunal de suspender la audiencia para traer al testigo, facultad que raramente es utilizada por el tribunal.

Sí me parece pertinente mencionar lo difícil que puede resultar hacer preguntas abiertas al pasar de un sistema inquisitivo en el cual las preguntas se formulan en la fórmula: "para que diga el testigo" a uno acusatorio en el cual se prohíben las preguntas sugestivas durante un interrogatorio directo. Igualmente complicado resulta ser capaz de sacar información en un escenario que se tiene a otra persona que está objetando. Mantener claridad respecto de lo que se quiere obtener de cada testigo en este escenario adversarial no es tarea fácil. Confabula contra ese objetivo el ego y el temperamento. Resulta difícil desestimar la oportunidad de entrar en una pelea con el fiscal. Muchas veces el ego a uno le juega una mala pasada. Por ganarle una objeción a un fiscal se puede entrar en un debate que nada aporta a la defensa y que ofusca al tribunal. Incluso uno se puede olvidar lo que quería preguntar. En suma, no siempre se logra mantener la frialdad para dejar pasar ataques que hacen que uno pierda la concentración y el norte de la estrategia de defensa.

En el mismo sentido, uno necesita saber cómo desacreditar a un testigo o a un perito sin que el tribunal empiece a sentir empatía con la situación que está viviendo la persona que está declarando. Recuerdo un juicio en el cual declaraba una perito y el abogado defensor a través de sus preguntas hizo que se pusiera a llorar, básicamente la humilló. Si el abogado hubiese parado las preguntas justo antes de que la mujer se pusiera a llorar, hubiese sido un gran contrainterrogatorio. Al insistir en un tema que no tenía mayor impacto en su defensa, el defensor logró que el tribunal interviniera parándolo y que empatizara con ella. De más está decir que su cliente fue condenado.

El querellante

Hasta ahora solo he hablado del abogado defensor. Sin embargo, también existen cambios en la forma de ejercer la profesión como abogado querellante.

No obstante los intentos por revalorizar el rol de la víctima en el proceso penal, los agentes del sistema acusatorio se sienten incómodos cuando esa víctima decide nombrar un abogado. En el sistema inquisitivo el querellante muchas veces es el que mueve el proceso, el que está pidiendo las diligencias, el que le aporta prueba al tribunal, lo que hace que éste en la práctica descansa en el querellante.

En cambio, el abogado querellante es mirado con desconfianza y cierto recelo por los miembros del Ministerio Público. Existe el prejuicio de que

quien hará todo el trabajo será el fiscal y que el representante de la víctima se limitará a cobrar un honorario. Derribar ese prejuicio es particularmente difícil en los casos de delitos comunes, la forma en la cual se desarrolla el juicio oral hace a ratos parecer que el querellante sobra, que está demás, que efectivamente solo está ahí para cobrar sus honorarios. En efecto, el querellante siempre interviene después que lo hace el fiscal de manera que muchas veces se repite lo que ya ha hecho el fiscal o incluso algunas veces se limita a adherir a lo que él dijo o hizo. Por lo que no se logra observar qué es lo que aporta al caso el querellante.

En mi opinión dicha visión es un tanto superficial de la función que cumple en el proceso el querellante. Es él quien tiene el contacto directo con la víctima y qué duda cabe que la fiscalía necesita a ésta para construir su caso. Tener una mala relación con la parte querellante es una pésima estrategia. Incluso respecto de aquellos casos en los cuales luego de una investigación la fiscalía llega a la convicción de que no hay delito, el haber involucrado al abogado de la víctima en la investigación permitirá que la víctima no se sienta engañada y que el abogado avale la decisión del Ministerio Público de sobreseer o no perseverar. En caso contrario se produce una profunda desconfianza hacia el sistema.

Por otra parte, en el juicio, por la relación que existe entre el abogado y su representado, me parece que debería ser el abogado querellante quien lo interroga en el juicio. Ello porque con él o ella, la víctima se sentirá más cómoda para hablar de su experiencia y de lo que sabe. Como dije anteriormente, los jueces se dejan influenciar por un relato emotivo por lo cual contar con una víctima a bordo del caso va en directo beneficio de la fiscalía.

Además, quien sostiene la demanda civil es el querellante. Por ejemplo, la mujer que ha perdido su marido que era el sustento de la familia le es sumamente relevante que el proceso penal no solo sirva para reafirmar el valor de la norma o el bien jurídico infringido sino que también le sirva para paliar sus necesidades económicas.

Otra diferencia respecto de la labor del querellante es que en el sistema acusatorio quien tiene la llave de acceso a los tribunales es la fiscalía. En el sistema inquisitivo un querellante podía lograr acceder directamente al tribunal y mantener abierto un sumario por un tiempo prolongado e incluso lograr obtener alguna medida cautelar, como un arraigo, para forzar una negociación. En cambio, en el acusatorio, si la fiscalía decide no formalizar el querellante está más bien imposibilitado de lograr un pro-

nunciamento judicial. Con lo cual hay un nuevo actor que debe convencer al querellante para lograr satisfacer las necesidades de su cliente: el o la fiscal.

Por lo anterior, parece claro que desaparecerán las querellas que se arman, aquellas que uno presenta en el sistema inquisitivo solo para lograr un mejor acuerdo comercial tratando de penalizar una disputa civil. El fiscal se convierte en un efectivo filtro al estar socializada la idea de que hay que racionalizar los recursos.

En definitiva, me parece que la forma de abordar la relación fiscal /querellante es que éste se muestre y aquél lo perciba como

un insumo más al que se puede recurrir para la investigación. Esto es particularmente cierto respecto de los delitos económicos; el querellante es una herramienta que debe ser usada por la fiscalía para fortalecer su caso. Así por ejemplo, el proveer de peritos idóneos es algo que debería hacer el querellante. Un querellante que no entienda que los

delitos económicos no están en el lugar más alto de la agenda de la fiscalía está destinado al fracaso.

Uno tiene que lograr convencer a la fiscalía de que en los hechos que se denuncian hay un delito y que formalizar no le va a significar una sobrecarga excesiva de trabajo. ■

El fiscal se convierte en un efectivo filtro al estar socializada la idea de que hay que racionalizar los recursos.

