

TÉCNICAS DE NEGOCIACIÓN DE ACUERDOS EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL (ESPECIAL REFERENCIA A LOS ACUERDOS DE TERMINACION ANTICIPADA)

Angel Fernando Ugaz Zegarra¹

I. El nuevo modelo procesal y la negociación penal

En la última década la lógica y los principios de nuestro proceso inquisitivo reformado o mixto, vigente desde 1940, plasmado en el Código de procedimientos penales, han sido penetrados lentamente por instituciones (y principios) del sistema acusatorio, que varían la lógica de la persecución del delito, de su investigación y de su juzgamiento. La moderación del sistema inquisitivo se ha consagrado por vía constitucional y por la recepción de la normativa internacional de derechos humanos en la legislación de segundo rango y la jurisprudencia. Pero también, otros aspectos del nuevo modelo se han ido expresando legislativamente como derecho penal de excepción, reservada a ciertos hechos punibles y expresiones delictivas, a través de figuras como el principio de oportunidad y la terminación anticipada del Proceso, que abren la puerta a instituciones de la denominada justicia penal negociada, bajo la ecuación mediación ofensor - víctima impensable en un esquema inquisitivo, influenciados también por el movimiento victimológico que pretende recuperar el control de la resolución del conflicto penal para los actores primigenios del mismo. La entrada en vigencia a nivel nacional del nuevo Código procesal penal (hasta el 2013) concretizará el nuevo modelo y lógica del sistema penal acusatorio.

Sin embargo, en la práctica la utilización de estas instituciones no sólo requiere el cambio de perspectivas y paradigmas sobre la función del derecho penal y la persecución del delito sino que en términos prácticos requiere la adopción de nuevas técnicas y estrategias de negociación en los procesos de arribo de acuerdos que la ley faculta.

II. ESTILOS DE NEGOCIACIÓN

Algunos autores, para establecer la clasificación de los estilos de negociación toman en consideración dos variables, la relevancia de la relación y la del resultado²; en base de ello establecen la siguiente clasificación:

¹ Abogado de la UNMSM. Socio del Estudio Larrieu & Larrieu Abogados Asociados. Miembro del INCIPP. Profesor de la Academia de la Magistratura.

² PONTI, Franc. *Los caminos de la negociación. Personas, estrategias y técnicas*, Ed. Granica, Barcelona, 2002, pp. 25-36; precisa: *Negociación colaborativa o cooperativa*, es aquella en la cual importa mantener la buena relación futura con la contraparte pero sin abandonar el mutuo beneficio de sus intereses, es decir, las partes trabajan en conjunto para establecer la mejor solución a su conflicto y logrando la satisfacción de sus intereses mutuamente. *Negociación acomodativa*, negociación en la cual se da importancia extrema a la relación y se deja de lado, ello se manifiesta en la postura concesoria que toma una de las partes negociadoras. *Negociación competitiva*, es

- a. Importa tanto la relación como el resultado: *negociación colaborativa o integradora*.
- b. Importa la relación: *negociación acomodativa*.
- c. Importa el resultado: *negociación competitiva o distributiva*.
- d. Importancia relativa de la relación y del resultado: *negociación por compromiso*.

Así también existen otros autores que establecen una siguiente clasificación basada en la combinación de algunas de las primeras formas de negociar: la *coo-petencia*, negociación que consideramos la más conveniente en emplear para el campo penal debido a las particularidades que presenta y que resultan aplicables en un proceso penal en el que buscamos negociar tanto el imputado como el agraviado para establecer una solución al conflicto.

1. **Coo-petencia**

Consiste en la combinación de dos estilos de negociación, los cuales son: competitiva y cooperativa (colaborativa), según el cual, los negociadores deberán desarrollar habilidades propias de cada uno de éstos estilos, es decir, los negociadores deben fijar sus intereses mutuos y plantear una serie de propuestas aplicables al caso, en el cual, ambos se vean beneficiados por los posibles resultados, logrando una satisfacción conjunta producida por una solución, también conjunta.

Los negociadores que opten por este estilo de negociación deben cooperar en conjunto, colaborar ambos con la otra parte, sin que ello signifique un sacrificio, es decir, no se trata de que uno gane y el otro pierda sino de establecer formas en las que exista dos ganadores (ambos negociadores)³

Por tanto, es característico de este estilo de negociación que: “uno tiene que competir y cooperar al mismo tiempo”⁴, entonces, se trata de una cuestión de éxito mutuo y no de destrucción mutua, según la cual el éxito de uno no exige que otros fracasen, pues puede haber múltiples ganadores.

2. **Teoría de los juegos**

aquella basada en posiciones, es decir, donde sólo una de las partes quiere imponer su posición y no busca una satisfacción mutua, negociación en la que el resultado es predominante. *Negociación por compromiso*, es aquella negociación en la que los negociadores no desarrollan su destreza al máximo buscando satisfacer sus intereses, ya que sólo existe una participación que ellos consideran mas o menos justa.

³ NALEBUFF, Barry J. y BRANDENBURGER, Adam M. *Coo-petencia*. Ed. Norma, Bogotá, 1996, pp.15-56

⁴ *Ibíd*em, pp. 4-10.

En este estilo de negociación se recurre a la Teoría de los Juegos⁵, ya que mediante ésta se hace posible ir más allá de las ideas simplistas de competencia y cooperación para obtener una visión de la coo-petencia más acorde con la realidad actual y en la cual se aplica la interacción tanto de la competencia como de la cooperación, resultando así una herramienta particularmente eficaz cuando existen muchos factores interdependientes y no se puede tomar una decisión independientemente de muchas otras decisiones.

En la **Teoría de los Juegos** están presentes cuatro elementos esenciales que se deben tener en cuenta para producir una eficiente negociación, siendo éstos: valor agregado, reglas, percepciones y fronteras.

Valor agregado.- viene a ser el poder (excedente) que uno tiene en el juego.

Reglas.- enmarcan la dirección del juego.

Percepciones.- consiste en ponerse en el lugar del otro para conocer cómo ve éste el juego.

Fronteras.- Son los límites que se deberán tener en cuenta para el desarrollo del juego.

Así también, la Teoría de los Juegos tiene como principio esencial el Alocentrismo⁶, el cual se materializa en el valor agregado, las reglas y las percepciones, consiste básicamente en ponerse en el lugar del otro para estimar cuanto vale uno para el otro, para prever reacciones a sus medidas y para entender cómo ve el otro el juego.

Entendemos entonces, que para obtener una buena negociación no debemos ser egocéntricos sino debemos lograr el equilibrio adecuado del egocentrismo con el alocentrismo, es decir, ponernos en el lugar del otro sin olvidarnos de nosotros mismos, de esta manera, obtendremos un resultado que satisfaga a ambas partes ya que al ejecutar el alocentrismo conocimos qué era lo que la otra parte deseaba y con el egocentrismo sabemos que es lo que uno quiere, logrando equilibrar ambos intereses y obteniendo un resultado satisfactorio para ambas partes.

Esta definición plasmada líneas arriba está dada desde el ámbito empresarial por ser ésta una práctica propia de esta rama, lo cual no quiere decir que no pueda ser aplicable también en el ámbito del Derecho, ya que si lo extraemos del ámbito que lo abraza como un instrumento analítico de las estrategias de los negocios no pierde su esencia, es por ello, la ventaja de su aprovechamiento en el ámbito del Derecho procesal penal como consecuencia de la reforma procesal actual que trae consigo un abanico de situaciones en las que se produce la negociación.

⁵ Ibídem, pp. 57-95.

⁶ Ibídem, p. 89.

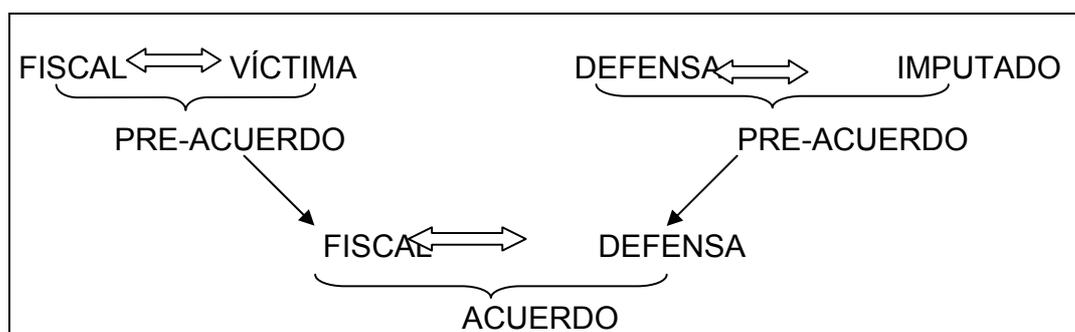
Así también existe lo que conocemos como MÉTODO DE HARVARD, que no es otra cosa que las recomendaciones que se deben tomar en cuenta en todo momento de la negociación, nos detalla sobre determinados elementos que siempre están presentes en una negociación, además de la relevancia que tiene el buen manejo de estos elementos en la negociación.

III. ETAPAS Y TÉCNICAS DE NEGOCIACIÓN

Estas técnicas no son estáticas sino que, por el contrario, su aplicación es dinámica y se encuentra en constante variación, dependiendo del caso concreto en el que nos encontremos y del objeto que estemos negociando.

La negociación en el ámbito penal no sólo se da cuando el fiscal se pone de acuerdo con el imputado o su defensa sino también existe una etapa previa en la cual el Fiscal debe ponerse de acuerdo con la víctima y la defensa con el imputado, ello con la finalidad de tener conocimiento de los intereses de las partes enfrentadas (imputado y agraviado) y sobre la base de la cual deben plantear la negociación, ya que la disposición propiamente no depende sólo de ellos (situación más apreciable en el caso de la víctima en razón de la expropiación del conflicto por parte del Estado, en el cual colisionan los intereses de la víctima y del Estado y, consecuentemente, los derechos y exigencias de los agraviados quedan de lado por ser opuestos a los intereses definidos por el Estado en sus decisiones⁷).

Observando desde esta perspectiva presentamos el siguiente gráfico que se produce en un proceso penal:



1. Etapa pre-negociadora⁸:

En esta etapa se desarrolla una fase de preparación completa para la futura negociación. Es la etapa en la cual el negociador debe equiparse de todas las

⁷ DEVOTO, Eleonora A., *Sobre la mediación penal, algunas consideraciones relativas a su justificación teórica*. En: http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/mediacion_penal.html

⁸ PONTI, Franc, *op. cit.*, pp. 43-78.

armas posibles para ingresar a la negociación y no verse desprotegido ante alguna propuesta de la otra parte si ésta no le es ventajosa.

a. Preparación táctica.- consiste en establecer la estrategia que se empleará en la negociación. Para ello se deben tener en claro: los intereses (de ambas partes), el estilo de negociación que se empleará (negociación situacional⁹), los temas sobre los que voy a negociar (temas específicos que entrarán en debate, organizados en orden de prioridades), crear una opción previsor, es decir, prever qué hacer si no se alcanza el objetivo, establecer hipotéticamente cuáles serán los temas y propuestas que la otra parte someterá a negociación, crear un proyecto del acuerdo ideal que se busca lograr,

b. Preparación creativa.- consiste en crear un mapa basado en cada tema sobre los que se debatirá, dentro del cual se debe establecer una serie de propuestas (lluvia de ideas) para cada uno de los temas, creando de esta manera mayor espacio para negociar¹⁰. El mapa debe estar estructurado de manera equilibrada y armónica con miras al objetivo que se busca obtener con la negociación.

Se recomienda seleccionar el lugar donde se desarrollará la negociación (preferentemente debe tratarse de un ambiente informal que les brinde las comodidades).

c. Preparación personal.- consiste en la preparación interna (relajación) de la persona que va a negociar. En esta área se debe realizar la gestión emocional (control de emociones), la que consiste en la inversión de roles (percepción), comunicación (verbal o no verbal) y escucha activa, así como el actuar asertivamente. Prepararse emocionalmente para mantener el control en situaciones complejas.

2. Etapa negociadora (negociación propiamente dicha):

Esta etapa es aquella en la cual se despliega todo el proceso de la negociación, es decir, es este el momento en el que se pone en práctica todo lo ideado en la etapa de preparación y se desarrollan los temas analizados en el orden que se estableció previamente. Debemos tener en cuenta lo siguiente: a) Iniciar esta etapa con una comunicación suave (no temerosa), expresándonos con claridad¹¹ y seguridad, b) Identificar intereses¹², interactuar¹³, poner en conocimiento de la otra parte cuáles son nuestros intereses y hacer que éste

⁹ La negociación situacional consiste en la capacidad de cambiar la forma de negociar en función de las circunstancias en las que opere en un determinado momento. En: PONTI, Franc, *op. cit.*, pp. 25-27.

¹⁰ FISHER, Roger, URY, William y PATTON, Bruce, *op. cit.* p. 77.

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

¹² FISHER, Roger, URY, William y PATTON, Bruce, *op. cit.* pp. 51-58.

¹³ STONE, Douglas, PATTON, Bruce y HEEN, Sheila, *op. cit.* pp. 199-214.

precise los suyos mediante preguntas (desbloquear negociaciones posicionadas), c) Una vez conocidos los intereses comunes, debemos iniciar la negociación basada en criterios objetivos¹⁴ (búsqueda de beneficios comunes, ser razonables y no ceder ante la presión), d) Escuchar activamente a la otra parte la sustentación de sus objetivos y al mismo tiempo descubrir sus puntos vulnerables¹⁵, e) No alterarse ni reaccionar ante situaciones complejas o posiciones obstinadas sino enfocar la atención y atacar el problema, f) expresar la opinión personal sin presionar, es decir, no contradecir a la otra parte sino replantear su propuesta¹⁶ (hacer ver a la otra parte las desventajas de su propuesta y las ventajas de la propuesta propia), g) Inventar opciones (articular propuestas) de mutuo beneficio¹⁷, h) No apresurarse con decisiones importantes, se puede solicitar pausas, i) Generar acuerdos creativos.

3. Etapa conclusiva de la negociación:

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

IV. NEGOCIACIÓN DE ACUERDOS PENALES

1. Desde a perspectiva del abogado con su cliente

No siempre lo considerado por abogado defensor como correcto y beneficioso para la negociación, lo es necesariamente los intereses de su defendido. En todo momento el abogado defensor debe evitar la confrontación con el cliente, en su lugar, debe establecer con él una “relación colaborativa”, es decir, un lazo centrado en su posición para favorecer la negociación pues de esta manera se busca identificar cuales son sus intereses y prioridades para perseguirlas vía la negociación. Para ello, el enfoque se basará en cuáles son las “consecuencias fácticas” de las decisiones que se podrían tomar (se debe informar al cliente sobre los pro y los contra de tomar determinada decisión) y sobre la delimitación de la autonomía (entre el abogado y su cliente)¹⁸.

El abogado defensor no solo utilizará determinadas técnicas y estrategias de negociación con las otras partes (el Fiscal y el agraviado) sino también con su cliente para llegar a un buen entendimiento, entre las que podemos mencionar: 1)

¹⁴ FISHER, Roger, URY, William y PATTON, Bruce, *op. cit.* pp. 102-107.

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

¹⁶ *Ibíd.*, pp. 77-97.

¹⁷ FISHER, Roger, URY, William y PATTON, Bruce, *op. cit.* pp. 66-93.

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

El abogado debe saber compartir el control, el Abogado defensor no puede actuar unilateralmente, debe compartir opiniones y responsabilidades con su defendido; 2) El abogado deberá escuchar a su cliente, pues existe un aprendizaje mutuo, una retroalimentación para la formación de una teoría del caso y para determinar las pautas de cómo y desde qué posición negociar; 3) El abogado defensor debe entender que su defendido a veces no estará de acuerdo con ciertas concepciones personales del abogado, por lo que una buena negociación con su cliente es un punto fundamental; y 4) Ambas partes deberán debatir constantemente los conflictos que se puedan generar, sea sobre el tratamiento de la negociación, temas externos o de emolumentos.

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

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

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

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

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

¹⁹ PONTI, Franc, op. cit., p. 44.

²⁰ GOZAINI, OSVALDO: *Formas alternativas para la resolución de conflictos*, 1995, Editorial Depalma, Buenos Aires, p. 35.

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

²² MNOOKIN, Robert H., PEPPET Scott R. y TULUMELLO Andrew S, op. cit. p. 259 -260.

2. Desde la perspectiva del abogado con la contraparte

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

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

3. La toma de iniciativa para la solución del problema

El primer paso para la resolución de problemas consistirá en abrir el camino para que, en la medida de lo posible, 1) se cree una relación de trabajo colaborativa con la otra parte (Fiscal, Agraviado o el abogado defensor de este último según sea el caso); 2) Se promueva la comunicación efectiva sobre las oportunidades y los riesgos legales y la legislación relevante; 3) se efectivice la comunicación sobre intereses, recursos y prioridades de las partes con el fin de alcanzar acuerdos que creen valor; 4) Estimular el desarrollo de opciones creativas; 5) Minimizar los costos de transacción; 6) Tratar las cuestiones distributivas como problemas compartidos; 7) No perjudicar (en lo posible, mejorar) la relación con los clientes; 8) Defender del abuso a nuestro cliente²⁴.

Por ello, no está de más decir que los primeros minutos de la negociación son cruciales, ya que consisten en un envío explícito e implícito de mensajes sobre las valoraciones del oponente, puede darse el caso que la otra parte esté a la defensiva, por lo que se debe tener en todo momento una actitud dirigida a llegar a un acuerdo, que denote la intención de escuchar lo que la otra parte tiene que decir. Ante esta situación, es importante saber cómo le gusta trabajar a las otras partes, haciendo sugerencias sobre los pro y los contra de cada enfoque para luego elaborar un plan.²⁵

²³ URY, William, op. cit., p. 50.

²⁴ MNOOKIN, Robert H. y otros, op. cit., p. 266.

²⁵ FISHER, Roger; y otros, op. cit., p. 46.

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

Esa compenetración de los abogados en la elaboración del plan y el proceso genera una mayor disposición a continuar a pesar de futuras complicaciones, ya que cada uno se considerará autor de ambos. La reciprocidad generará que incluso negociadores intransigentes se inclinen por la vía de la resolución de problemas. Sin embargo tampoco se espera que la otra parte adopte siempre un talante únicamente colaborativo, por ello habrá que identificar sus tácticas²⁶: 1) Exigencias extremas seguidas de concesiones pequeñas y lentas; 2) La táctica del compromiso; 3) Ofertas de lo tomas o lo dejas; 4) Ofertas no correspondidas; 5) Resistir; 6) Insultos personales; 7) Marcarse un farol, exagerar y mentir; 8) Amenazas y advertencias; 9) Menospreciar las alternativas o los argumentos de la otra parte y 10) El policía bueno y el policía malo.

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

4. Formas de resolución de conflictos

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

- 1) *¿Es éste uno de los casos en que un acuerdo negociado quizá no tenga sentido aunque la otra parte esté dispuesta a negociarlo?* Algunos conflictos pueden amenazar el objetivo principal que se busca; puede ser indispensable crear o defender un precedente legal vinculante;
- 2) *¿Cómo podemos crear valor minimizando los costos del acuerdo y estudiando acuerdos basados en las diferencias temporales o las preferencias de riesgo?* La pronta consecución de un acuerdo negociado

²⁶ MNOOKIN, Robert H., y otro, op. cit., p. 271.

debe ser el objetivo, a su vez se debe analizar las distintas decisiones posibles (oportunidades y riesgos); y

- 3) *¿Es posible que las partes de este conflicto puedan satisfacer sus objetivos si aprovechan las oportunidades de una mayor diversidad de acuerdos?* Propio de cuando las partes hayan tenido una relación anteriormente o la puedan tener en el futuro. Se puede llegar a un acuerdo que tenga poco que ver con la disputa legal formal de las partes²⁷.

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

Mesa del resultado neto esperado	Mesa basada en el interés
<ul style="list-style-type: none">▪ Las partes se centran en evaluar y configurar el valor de ir a juicio.▪ Las normas y los argumentos legales son fundamentales.▪ Se puede crear valor mediante el diseño del proceso, ahorrando costes de transacción y estructurando unos acuerdos negociados para aprovechar las ventajas de las diferencias en las preferencias de tiempo y de riesgos.	<ul style="list-style-type: none">▪ Las partes se centran en descubrir los intereses, relacionados o no con el litigio.▪ Se aplican normas y criterios no legales.▪ Se puede crear valor mediante acuerdos no vinculados al proceso.

5. La negociación en la mesa del resultado neto esperado

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

²⁷ MNOOKIN, Robert H. y otros, op. cit., p. 288 – 289.

El Abogado Defensor tendrá que tomar la iniciativa, primero con su cliente, luego con la otra parte. Revisar la relación que mantenemos con el cliente para verificar si es proclive a un acuerdo temprano. A continuación, debe comprobar sus propios supuestos sobre el cliente y sobre los riesgos que está dispuesto a asumir. Lo más frecuente es que la actitud hacia el riesgo sea distinta, por ello, es importante preguntarse respecto de si el cliente tiene la capacidad suficiente para que podamos confiar en él en cuestiones de riesgos. Si confiamos en que nuestro cliente tiene la suficiente capacidad para calcular los costes y los beneficios de alcanzar acuerdo rápidamente o incluso ante la incertidumbre, podremos asentar nuestra relación con él. Obviamente, antes de ello, el cliente debe conocer toda la información referida a la negociación y los alcances que ésta puede tener, manifestando en todo momento la aceptación y la voluntad de hacerlo.

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

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

El abogado debe calcular el éxito, decir, por ejemplo que se cuenta con argumentos sólidos quiere decir que las probabilidades de ganar son muchas. De esta manera se puede determinar qué tan conveniente puede terminar siendo un arreglo. La elaboración conjunta de un árbol de decisiones (en la mesa de negociaciones) puede llegar a ser útil en la medida que permite al abogado averiguar si la contraparte ha desvelado sinceramente lo que piensa sobre las oportunidades y los riesgos del litigio. De igual manera, esta elaboración en conjunto puede ayudar a identificar los hechos conflictivos entre las partes, de manera que estos puedan esclarecerse y superarse²⁸.

6. La Negociación en la mesa basada en el interés

Una vez resuelta la duda de si se va o no a juicio, el próximo punto de estudio será cuáles son los intereses que se van a negociar. Para ello se debe

²⁸ NALEBUFF, Barry y otro, op. cit., p. 16.

tratar de convencer de dar ese paso a la contraparte, pudiendo plantearse lo siguiente:

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

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

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

V. LA NEGOCIACIÓN EN LOS ACUERDOS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

1. Regulación Normativa y Descripción dogmática de la Terminación Anticipada

El carácter adversarial que define al nuevo Código procesal penal ha propiciado la instauración de instituciones propias de la llamada “justicia penal negociada”²⁹, en la que términos como negociación y acuerdo tienen una utilización constante. Una de estas instituciones es el llamado proceso de terminación anticipada, que toma como referencias al *patteggiamento* italiano, que es el antecedente directo³⁰ y el *plea bargaining* estadounidense, que aporta la mayor cantidad de técnicas de negociación³¹.

²⁹ Acerca de ciertos aspectos generales de los cambios que ha experimentado el proceso penal continental, SAN MARTÍN CASTRO, César: *Derecho procesal penal*, t. 2, 2^{nda} ed. Editorial Grijley, Lima, 2004, p. 1410.

³⁰ *Ibidem*, p. 1383.

³¹ El *plea bargaining* (cuya traducción, si bien no exacta, adecuada a la institución sería “Negociación de los cargos y la condena”), así como la terminación anticipada, es también una vía para evitar el juicio. Consiste en la obtención por parte del acusado de una serie de concesiones oficiales a cambio de declararse culpable para recibir un tratamiento menos severo de parte del órgano jurisdiccional, por medio de un acuerdo entre el acusado y/o el *defendant* (abogado

Empezaremos precisando que la terminación anticipada del Juicio es una institución mediante la cual los procesos podrán (como su enunciado lo indica) terminar de manera anticipada sin la necesidad que se realice la etapa del juzgamiento. De esta manera el representante del Ministerio Público y el Inculpado (y/o su defensa) pueden llegar a un acuerdo en el que determinarán el alcance de la pena (los años que se impondrán e incluso si es efectiva o no), la reparación civil (se establecerán los acuerdos reparatorios) y las consecuencias accesorias³².

La Terminación anticipada es una respuesta a la exigencia social de celeridad y eficacia procesal y que en experiencias de otros países ha tenido un impacto positivo dentro de su sociedad. En nuestro caso, la implementación del NCPP en Huaura y La Libertad, ha tenido también una aceptación considerable, teniéndose como el principal camino de terminación del proceso desde la implementación del Nuevo Código.

a. Etapa procesal, sujetos, objeto de la negociación.

Según el nuevo Código procesal penal la terminación anticipada puede plantearse "... una vez expedida la disposición fiscal... y hasta antes de formularse la acusación fiscal"³³, es decir, ya iniciada la investigación preparatoria, y puede ser propiciada tanto por parte del fiscal como del abogado defensor.

Sin embargo, en la práctica (en el distrito judicial de Huaura), se ha podido constatar que existen casos en los cuales, habiéndose ya formulado la acusación, se puede llegar a un acuerdo de terminación anticipada dentro de la audiencia de control de la misma³⁴, aplicando el criterio de oportunidad que menciona el artículo 350, inciso 1, numeral 3 del NCPP³⁵. En tal sentido, encontramos en la jurisprudencia de Huaura dada por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, una fundamentación para la utilización de este criterio, señalando que, de acuerdo a artículo anteriormente citado del NCPP, se puede instalar la aplicación de un criterio de oportunidad, que conforme a otros pronunciamientos en procesos distintos expedidos por ese juzgado, lo ha interpretado como la posibilidad de aplicar por última vez o el principio de oportunidad o la terminación anticipada según fuere el caso, siendo ello así, si es posible aplicar la terminación anticipada en esta etapa aún cuando las normas especiales de este instituto procesal,

defensor) y el *prosecutor* (representante del ministerio público), así ambas partes salen beneficiadas, evitando así un juicio. Todo esto constará en un record, que recoge todos los detalles que han aparecido en las negociaciones. Quizá el estudio mas detallado acerca del *plea bargaining* lo haga Nicolás Rodríguez García en *La justicia penal negociada. experiencias de Derecho comparado*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.

³² Art. 468°. 2 CPP.

³³ Art. 468°. 1 CPP.

³⁴ La audiencia de control de acusación es, tal como lo señala el artículo 351° del CPP, donde debaten sobre la admisibilidad y la procedencia de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba obtenida.

³⁵ Podemos citar, por ejemplo, el Índice de Registro de la Audiencia de Control de Acusación Fiscal de fecha 09/05/07 correspondiente al Expediente N° 697 – 2006 1JIP-Huaura.

regulados en el artículo 468 y siguientes del Código procesal penal, en el que prevé que no debe haber acusación, pero deberá aplicarse lo dispuesto en el artículo VII, numeral Cuarto del Título Preliminar del precitado Código en el que se prevé que se debe aplicar la ley más favorable al procesado³⁶.

En cuanto a los actores que intervienen en las negociaciones, podemos mencionar al Ministerio Público (representado por el Fiscal) y al Imputado (y/o su defensa³⁷), son ellos quienes van a negociar tanto la pena como las consecuencias accesorias. En cuanto a la reparación civil, el imputado podrá negociar bien con el fiscal o bien con el actor civil constituido, ya que la acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito³⁸.

3. Las técnicas de negociación aplicables en la terminación anticipada

3.1. Técnicas de negociación del abogado defensor

a. El Abogado defensor con su defendido

Antes de la negociación: *“Carlita” es un estilista que ha sido requerido por el Ministerio Público por el supuesto delito de Tráfico Ilícito de Drogas, encontrándosele el día de su captura 5 “ketes” de PBC. En la audiencia de prisión preventiva el fiscal se refiere al imputado con términos muy duros, insistiendo en todo momento en lo gravísimos y contundentes de los elementos de convicción de los hechos materia de investigación, por lo que pedirá el máximo de la pena para “Carlita”. Este entra en pánico, y al escuchar la palabra “negociación” de parte de su abogado defensor (que quiere recurrir a una terminación anticipada) cree que se le enviará más rápido a prisión y amenaza con despedirlo. los ciudadanos suelen asustarse cuando entran en un proceso, piensan en la amenaza constante de terminar en la cárcel, lo cual es reforzado por el desconocimiento que tienen del desarrollo de un juicio, y aún más de nuevas instituciones como la terminación anticipada. El abogado defensor debe empezar calmando a su cliente, es decir, debe lograr que el cliente crea en su persona: si está alterado debe lograr que recupere su estabilidad mental³⁹ y no caiga en la presión ejercida por el Fiscal.*

Durante la negociación: *En otro caso el abogado defensor aun no ilustra plenamente a su defendido acerca de la figura de la terminación anticipada por lo que la idea de negociar aun no convence a su cliente. El abogado sin embargo, continúa con las negociaciones con el Fiscal, convencido que es la mejor opción,*

³⁶ Al respecto se puede revisar la Sentencia del día 19 de diciembre de 2006, del Expediente 576 - 2006

³⁷ Señalamos como opcional la intervención del Abogado Defensor por lo que indica el Artículo 71 del NCPP: “El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor los derechos que la Constitución y las leyes le conceden”.

³⁸ Art. 98° CPP.

³⁹ URY, William, op. cit., p. 35: “...Suba al bacón, es decir aléjese de los impulsos y reacciones naturales”.

y, finalmente, llegan a un acuerdo. Durante la celebración de la Audiencia de Terminación Anticipada el inculpado no aceptó los hechos a él atribuidos ni, mucho menos, la pena acordada por su abogada y el Fiscal. ¿Qué se busca ilustrar con este ejemplo?: El abogado defensor tiene la obligación de explicarle a su defendido las implicancias de la aceptación de los cargos señalados por el fiscal y a qué derechos constitucionales renuncia (derecho a la no-autoincriminación, derecho a un juicio oral, etc). Recuerde que la falta de comunicación puede incidir en el fracaso de una negociación.

Después de la negociación: Es recomendable que el abogado defensor redacte personalmente el acuerdo (revisando el proceso de negociación, siendo autocrítico con lo que se obtiene y con lo que se concede).

El abogado defensor debe velar por el cumplimiento de aquello que haya sido ratificado en el acuerdo de terminación anticipada, en resguardo de los intereses de su defendido; así también por el cumplimiento del beneficio de reducción de la pena respecto a la sentencia condenatoria.

*No se debe olvidar justificar el monto de la reparación civil acordada con el actor civil constituido, que debe **guardar proporción con el daño causado**, así como la **restitución** (devolución) del bien o, si no es posible, el **pago** de su valor y la indemnización de daños y perjuicios..*

b. El abogado defensor con el fiscal:

Antes de negociación: En un primer momento el abogado defensor debe obtener todo tipo de información para hacer una prognosis de la pena, sobre la reparación civil y los beneficios penitenciarios en el caso concreto. Ejemplo: temas legales, prueba, como actuó el fiscal en otros casos.

Es importante que la defensa tenga un planteamiento⁴⁰ para la negociación:

- 1) Evaluar las **ofertas iniciales** que realizará y que el Fiscal podría efectuar;
- 2) Establecer una **jerarquía de opciones** tanto de la Defensa misma como del Ministerio Público, de esa manera, definiremos **cuál es nuestro verdadero interés**, y si concuerda con el del Ministerio Público, v. gr. puede ocurrir el caso que el interés del Fiscal sea una concesión de poco valor que podemos hacer, algo que nos sea accesible, pero que podemos mostrarlo como una concesión grande;
- 3) Se debe realizar las **acciones complementarias** necesarias para no ser sorprendido durante las negociaciones: puede averiguar cuál es el perfil del Fiscal, su estilo de negociación, su carácter, cómo ha resuelto casos anteriores, etc.;
- 4) El abogado defensor siempre debe ir a la negociación **teniendo un Plan B**, no es recomendable ir a una negociación con una sola oferta en mente, siempre debe haber otra opción e incluso vislumbrar la posibilidad de no negociar e ir a Juicio Oral, siempre con la visión de encontrar el término adecuado para el caso; y
- 5) Recuerde que antes de renunciar a un acuerdo se puede **realizar una**

última oferta, la cual siquiera tiene un mínimo de ventajas antes de nuestro Plan B. Para ello hay que tener en cuenta el tiempo, la oportunidad, la forma (correo electrónico, etc.). Son muy importantes las entrevistas previas con el imputado para informarle sobre la comprensión legal del acuerdo, sus efectos y calmarlo con respecto a las posibles pretensiones de la contraparte, con la víctima, etc.

Durante la negociación: *El abogado defensor ha logrado convencer a su cliente que lo mejor es negociar, ha expuesto los beneficios de manera correcta y cuáles son los pro y los contra de aceptar la culpabilidad de los hechos materia de investigación. El abogado no debe limitarse a esperar que en algún momento el Fiscal se le acerque y le proponga negociar una terminación anticipada; puede que el fiscal acuse y nunca se lleve a cabo la negociación. Es preferible no caer en un exceso de confianza, esto podría costarle la libertad de su cliente.*

Descifre los intereses propios y los del fiscal. Se debe tomar en cuenta el punto de vista del fiscal, que se dé cuenta que le está poniendo atención y replantee desde ese punto de vista. Tanto el abogado defensor como el Fiscal pueden plantear la **terminación anticipada**, por lo que, si el fiscal no ha comenzado las negociaciones, el abogado defensor debe buscar el momento oportuno para proponerla, tratando de generar un interés en negociar al fiscal fundado en la búsqueda de una solución que satisfaga mínimamente a las partes.

Consideramos que el **abogado defensor** (de manera firme mas no atosigante) debe recordarle al fiscal todos los beneficios que tendría de llegar a un acuerdo: para esto sería bueno que antes se descifre cuáles son los intereses que tiene el fiscal y en qué orden de prioridades: 1) Menor carga procesal: Se le puede decir: “Si la negociación es exitosa Ud. puede ocuparse de otras causas que también exigen su atención”; 2) Aumenta su porcentaje de condenas: ello ayudaría a que el fiscal tenga una mejor imagen ante la sociedad: v. gr. “Véalo así, Ud. (el Fiscal) quedaría ante la sociedad como un funcionario público capaz, con un mayor número de condenas”; 3) Se evitaría todo lo que conlleva un juicio: El fiscal también quiere ahorrar el desgaste que implica un juicio. Ojo, en esta situación el abogado defensor debe mostrar seguridad y confianza en si mismo. V. gr. “Ud. ganaría mucho y evitaría el gasto de tiempo y recursos que implica el desarrollo del juicio, pero si no se llega a un acuerdo justo no hay problema y continuamos con el proceso”.

Mediante el acuerdo de una declaración negociada el Ministerio Público expondrá las evidencias exculpatorias o condenatorias atribuidas al imputado, entre otras cosas. Otro punto a develar serán los **medios empleados para la comisión del delito**: armas, violencia física, amenazas, etc. Durante las negociaciones el abogado defensor debe hacer incidencia al fiscal a que tome en cuenta las **circunstancias personales del acusado** (edad, sexo, raza, condición social, etc.)⁴¹. Estas situaciones inciden directamente en la determinación de la pena, para ello se debe tener en cuenta determinados criterios que menciona el

⁴¹ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, op. cit., p. 71.

Código penal en su art. 45°: “Las carencias sociales, cultura y costumbres del agente. Así como también, los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen”. A su vez, el art. 46° del Código Penal no dice que se evaluarán “los aspectos relevantes con relación al hecho punible (naturaleza de la acción, medios empleados, importancia de los deberes infringidos, extensión del daño o peligro causado, móviles y fines, reparación espontánea que hubiere hecho del daño, etc.)”. En esa línea, también se tomarán en cuenta las causas que atenúan la responsabilidad penal, el art. 21° del código penal menciona los casos en los que no concurre ninguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, como en la Legítima defensa incompleta, el estado de necesidad incompleta y el error de prohibición vencible, etc.

En el ejemplo de “Carlita”, el abogado defensor de oficio podría argumentar: “Mi defendido podría reconocer que los 5 “ketes” de PBC eran suyos, que efectivamente tenía planeado venderlos, y que al ver llegar a la policía intentó escapar por la parte trasera de su casa; pero se debe tener en cuenta que es la primera vez que mi patrocinado tiene problemas con la justicia, no habiendo ningún antecedente del hecho que se le imputa que lo señale como un delincuente habitual ni reincidente. Lo hizo por que estaba en una situación extrema al encontrarse sin dinero, por lo que sostiene en todo momento su arrepentimiento, por lo que consideramos que la pena podría ser de 3 años no efectivos y una reparación civil de S/. 2.000.00, que mi cliente se compromete a cancelar en un plazo de un mes.

El abogado defensor ha expuesto su planteamiento y ha dejado expectante su oferta. Esta, por más razonable que parezca, es difícil que sea aceptada en un primer momento. Se tendrá que oír la contrapropuesta del Fiscal. Lo más probable es que tampoco agrade al defensor la propuesta del Fiscal, pero no se recomienda rechazarla de plano: Se debe asumir una actitud comprensiva y moderadora con la otra parte, es decir, el abogado podría decir: “Entiendo su posición la comprendemos y respetamos, por lo que le pediríamos que también nos comprendan y podamos salir a una solución en conjunto”.

Cuando los resultados nos son adversos se suele echar la culpa a otra persona o juzgar su comportamiento y desempeño sin fundamento: el abogado de “Carlita” al ver el desempeño del fiscal puede pensar prejuiciosamente diciendo “este tipo es un inquisidor, lo único que quiere es meter a la cárcel a mi defendido, se nota que voy a tener una negociación difícil por el carácter de esta persona”. El peor error en el que puede caer el abogado es querer adivinar lo que la otra parte piensa y cuales serán sus reacciones ya que no sabe cuál es el verdadero pensamiento o motivación de la otra parte pues se tiene un pensamiento parcializado⁴² por su misma posición de defensor.

⁴² STONE, Douglas, y otros, op. cit., p. 45.

En otra situación, existe la posibilidad que algunos fiscales (sabiéndose en una posición de predominio) tornen difícil las negociaciones, negándose a abandonar su posición, cerrándose en ella. Lo más sencillo sería reaccionar y tratar de imponer la posición de la defensa⁴³, lo cual frustraría toda negociación. Tampoco es factible someterse sin más a la propuesta del otro, renunciando a una negociación equitativa. Mejor que las opciones anteriores (rechazar o someterse) es mejor REPLANTEAR⁴⁴ desde la posición del Fiscal. Es decir, se podría preguntar por qué desea eso, es decir, se debe identificar cuál es la verdadera motivación, pero de una manera correcta y coherente: El abogado defensor de Carlita podría decir "Parece ser que esto es muy importante para Ud., le pediría que me ayude a entender por qué". Se debe indagar también el porqué no acepta su propuesta, es decir ¿Existe algún problema con su planteamiento? Expuesto lo anterior, se puede preguntar si no hay otras opciones, es decir, se puede preguntar alguna otra opción⁴⁵. Así, una respuesta a una posición cerrada podría ser expuesta del siguiente modo: El defensor podría señalar: "Me parece interesante su planteamiento, pero me pregunto si realmente es necesario llegar al extremo de penar con cárcel a mi defendido. Él asumiría la culpa y cumpliría con saldar la reparación civil, pero tal vez Ud. quiera ver que mi defendido no vuelva a incurrir en el ilícito, por ello nos hemos encargado de conseguirle un trabajo, por medio de un familiar, cosa que le asegura a Ud. y a la sociedad que mi defendido se arrepiente y es capaz de reintegrarse a la sociedad".

Puede darse la situación de no llegarse a un acuerdo que satisfaga mínimamente los intereses del imputado, para ello debemos contar con un plan B (que en este caso sería ir a Juicio), por lo que el abogado deberá exponer seguridad en su posición y que puede hacer efectiva la defensa de su cliente sin problemas. Se debe analizar si ese Plan B no es mejor que cualquier acuerdo al que se pueda llegar con el Fiscal, es decir, que como se ha mencionado en puntos anteriores, pudiéndose demostrar la inocencia del patrocinado, no se opte por ningún acuerdo sino por ir a Juicio Oral para hacerla efectiva.

Después de negociar: El defensor debe mantener buenas relaciones con los fiscales (así la negociación haya sido larga y difícil, o no haya llegado a buen puerto)⁴⁶, ya que no será la única vez que se trabaje con ellos por lo que es mejor conocerlos y saber cuales son sus motivaciones en el ejercicio, así como tener un vínculo laboral que pueda asegurarnos el libramiento de un mal concepto del Abogado defensor. Recuerde que lo que se combate es el problema, y no las personas⁴⁷.

3.2. Técnicas de Negociación del Fiscal

⁴³ URY, William, op. cit., p. 30.

⁴⁴ Ibídem, p. 75.

⁴⁵ Ibídem, pp. 81-83.

⁴⁶ Ibídem, op. cit., p. 155.

⁴⁷ FISHER, Roger y otros, op. cit., p. 48: "El problema básico en una negociación no es el conflicto entre posiciones, sino es el conflicto entre las necesidades, deseos, preocupaciones y temores de las partes".

a. El Fiscal con el Abogado Defensor

Antes de negociar: Por su lado, el Fiscal en un primer momento debe valorar lo investigado hasta la realización de la negociación y si ha recopilado suficientes elementos para una acusación convincente, evaluando si la Terminación anticipada es la solución más factible. Por ello se dice el acuerdo depende de las cartas que se pongan sobre la mesa tanto por el Fiscal como por el defensor, es decir, su desarrollo y conclusión están dados por las circunstancias de cada caso concreto⁴⁸.

Durante la Negociación: El fiscal peruano entiende que está en una posición de predominio con el procesado, por lo que, la celebración o no de reuniones de negociación depende, en gran medida, de su decisión, lo que está bajo su discrecionalidad. Ello no justifica un abuso de parte del fiscal, ni tratar a la otra parte con la punta del zapato: Volviendo al ejemplo de “Carlita”, se da la situación que el abogado logró una reunión con el fiscal antes de la acusación para poder negociar. El abogado empieza exponiendo el esfuerzo tremendo que hará su defendido por pagar la reparación civil, que perderá oportunidades laborales y la marginación social que acarreará una sentencia condenatoria suspendida, por lo que el Ministerio Público “sale ganando” de todo esto, teniendo un condenado más. El fiscal corta de súbito la exposición del abogado y dice (en tono más amigable que sarcástico) “O sea que yo debería estar negociando con ustedes, sin embargo, Ud. sabe que su defendido no ha sido una mansa paloma y confío en que llegaremos aun buen acuerdo, así que ubiquémonos correctamente y volvamos a empezar”.

Se debe reconocer que la otra persona está tratando de cumplir con su función de defensor, aunque en ocasiones algunos abogados quieran pasarse de listos, por ejemplo cuando el abogado trate de magnificar sus concesiones y minimizar las del fiscal⁴⁹, por lo que este debe estar atento. Se recomienda identificar la táctica de la otra parte, desenmascararla. Para eso, debe saber lo que valen sus ofertas y si debe aceptar las de la defensa, o no.

La contraparte debe encontrar un ambiente propicio en el cual le resulte fácil tomar la decisión, con ello se quiere dar a entender que debe existir un buen ambiente, de cooptencia, dándose a entender que ambos (inculpado y Fiscal) ganan con este acuerdo. A tenor de ello, debe insistirse en que los criterios deben ser objetivos, que nos den un fundamento a lo que estamos acordando, de esa forma tenemos una negociación donde el análisis y la opinión de ambas partes forman el acuerdo.

⁴⁸ CHIAPPE PIRAQUIVE, Yolanda, *El proceso penal acusatorio colombiano*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2005, p.105.

⁴⁹ URY, William: op. cit., pp. 98-99.

Después de la negociación: Aún cuando el fiscal haya tenido todas a su favor no debe alardear ni hacer escarnio, es más, en tal caso ayude al abogado defensor (en la medida de lo posible) a quedar bien ante su cliente, dando a entender que la otra parte de alguna manera también ha ganado. De esa manera podrá mantener una buena relación con un colega con el que podría volver a trabajar.