

LA DISCRECIONALIDAD DE LA PERSECUCIÓN PENAL EN LOS ESTADOS UNIDOS

ABRAHAM S. GOLDSTEIN*

El tema que desarrollaré se refiere al rol de ministerio público fiscal en los Estados Unidos y al inusual grado de discrecionalidad que él ejerce.

Naturalmente, estaré hablando del derecho norteamericano. Puede haber en ello derivaciones hacia el derecho argentino, pero uno debe siempre acercarse con precaución a la idea de "tomar prestado" de otros sistemas jurídicos. Los conceptos y las instituciones legales no se desplazan con tanta facilidad de un país a otro como los de las ciencias físicas y biológicas. Más aun, llegamos al tema desde perspectivas básicas diferentes. Para nosotros, la discrecionalidad del ministerio público fiscal es algo dado y la cuestión se reduce a determinar cómo —si es que debe serlo— ha de regularse. Para ustedes, ella no existe dentro de vuestro ordenamiento legislativo y la cuestión es si debe ser introducida y cuáles serán los riesgos que ello supondrá para vuestro sistema y vuestra sociedad.

En primer término, unas pocas palabras acerca de nuestro "sistema" de justicia criminal. Existen cincuenta y dos sistemas de justicia criminal en los Estados Unidos, y aun más; uno para el gobierno federal, que hace cumplir el conjunto del derecho criminal nacional a través de un Departamento de Justicia federal y uno para cada uno de los cincuenta estados, que persigue el cumplimiento de su propio

* Profesor Sterling, de Derecho de la Universidad de Yale. Esta es la versión castellana del trabajo preparado por el profesor Goldstein para la conferencia que dió en la Facultad el 5 de junio de 1963 (trad. de Mélica Antonini y Andrés J. D'Alessio).

Código Penal. Debe agregarse que la mayoría de los ministerios fiscales de los estados está organizada según divisiones departamentales, bajo la dirección de un fiscal de distrito autónomo que es elegido por un número de años. En estos sistemas fragmentados de justicia criminal, el poder del fiscal de distrito para determinar si los cargos deben ser formulados o desechados lo ha convertido en un punto de unión crítico entre el Código Penal, los tribunales y la policía. En términos estratégicos, él es, probablemente, la figura central de la administración de justicia criminal.

1

En los Estados Unidos se supone generalmente que el fiscal de distrito (o el fiscal federal) tiene autoridad exclusiva para formular cargos criminales¹. Muchos casos no son objeto de persecución porque la prueba obtenida por la policía es insuficiente o porque los testigos no son confiables o porque la evidencia decisiva ha sido obtenida en forma ilegal y será excluida en el juicio. Otros no lo son porque el fiscal ha decidido considerar a toda una categoría de infracciones "inapropiadas" para ser llevadas al proceso, tales como el juego o los delitos sexuales. Su decisión puede reflejar su opinión personal de que la conducta no debió haber sido considerada ilegal, o de que sus limitados recursos deben destinarse a atacar acciones más dañosas, o de que las leyes en cuestión son tan impopulares que resulta improbable que el jurado se pronuncie por una condena. En un grupo adicional de casos, el fiscal puede decidir cuáles personas culpables no deben ser procesadas, porque su condena no resultaría útil para la prevención especial u otro de los fines del derecho. Más aun, si un delincuente es muy joven o carece de antecedentes, el fiscal puede decidir que una advertencia es suficiente. En casos de fraude, el sospechoso puede satisfacer al fiscal con la devolución de lo estafado. O el fiscal puede también conferir inmunidad en compensación por haber colaborado con el gobierno en la investigación. En muchos de esos supuestos, el fiscal no

¹ Las cuestiones analizadas en esta sección y las sucesivas se encuentran consideradas con mayor detalle en Goldstein, Abraham S., *The Public Judiciary: Prosecutorial Discretion and the Guilty Plea* (Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1981).

sólo está tomando decisiones trascendentes de política de gobierno, sino que también puede estar asumiendo funciones de los Poderes Legislativo y Judicial, al anular frecuentemente leyes o estrechar el rango de las sentencias que, de otro modo, podrían haberse dictado.

Los tribunales han jugado un papel decisivo al permitir que el fiscal domine tan completamente el proceso acusatorio. En una etapa temprana de nuestra historia, ellos resolvieron que la decisión de acusar o dejar de hacerlo no era revisable, que era una función totalmente "discrecional" del Ejecutivo. Así, en casos promovidos por la víctima de un crimen para obligar a un procesamiento que el fiscal había rehusado impulsar, los tribunales establecieron que un *writ of mandamus** no era viable para compeler al cumplimiento de un acto "discrecional"; que era inherente al rol del ministerio público fiscal que él efectuara un juicio que es complejo y "cuasi judicial".

Debe advertirse que tal amplia discreción no fue nunca conferida al fiscal de modo explícito. En cambio, los tribunales y las legislaturas han asentido a la afirmación de ella por razones más pragmáticas que legales. Se han sancionado demasiadas leyes penales y se cometen demasiados delitos para que sea siquiera remotamente posible procesar por todos estos. Las leyes se superponen de tal modo que cada hecho criminal puede ser objeto de un gran número de cargos variados. En ese contexto, el fiscal surge como una especie de director de tráfico, que analiza los casos antes de la acusación y el juicio, para administrar su carga sobre los tribunales y las cárceles. Un amplio consenso apoya actualmente la inevitabilidad, y aun la conveniencia, de otorgar al fiscal una amplia discreción en estas materias. Frecuentemente se afirma que esa discreción es "inherentemente ejecutiva" y excluida del control judicial por el principio de división de los poderes.

Ha existido un grado apreciablemente mayor de dudas acerca de la discreción que debe permitirse al fiscal para desistir un cargo ya formulado. Hasta este siglo, él podía hacerlo en la mayoría de las jurisdicciones sin aprobación ju-

* "Orden librada por un tribunal competente a un oficial público, disponiendo que éste realice un acto que es su deber cumplir" (*Dictionary of Law*, Running Press, Philadelphia, Pennsylvania, 1976) —nota de los traductores—.

dicial, presentando simplemente un writ of *nolle prosequi**. Tal poder había sido ejercido por el Procurador General de Inglaterra en el derecho común, cuando era necesario para el interés general impedir la actuación de un acusador privado. Con la presentación del writ, el procurador general podía dar término a la acusación particular y quedaba impedida la investigación por el tribunal. En los Estados Unidos, desapareció la acusación particular, se asignó al fiscal de distrito el monopolio del poder para acusar y no hubo ocasión para excluir a un acusador privado. A pesar de ello, el *nolle* se mantuvo en cabeza de cada fiscal de distrito sobre la base de que él había heredado las prerrogativas del Procurador General de Inglaterra. El *nolle*, de este modo, se convirtió en un medio para expandir el poder del ministerio público. Con su uso, podía éste presentar cargos y usar su facultad de desistir para inducir a la cooperación, obtener testimonios o facilitar las declaraciones de culpabilidad, al tiempo que evitaba el control judicial de sus actos.

Al final de los años 30, la situación había cambiado. Había abundantes noticias de abusos —aplicación desigual de la ley y corrupción— y se adoptaron a través de los Estados Unidos leyes o reglas judiciales para controlar el poder de los fiscales. Establecían que el *nolle prosequi* podía ser usado sólo con el consentimiento del tribunal. No puedo afirmar, sin embargo, que el esfuerzo haya sido totalmente exitoso. A través de los años, los tribunales han tendido a aprobar el desistimiento o la reducción de los cargos con poco o ningún examen de los motivos del fiscal, casi como si las facultades de éste no hubieran sido afectadas por el nuevo requisito de aprobación judicial.

La resistencia de los jueces a interferir con el poder para desistir, aun cuando las leyes requieren su consentimiento, se basa en diversos factores: ellos temen que los tribunales puedan verse involucrados en consideraciones administrativas ajenas a su competencia si revisaran seriamente los desistimientos; se sienten constreñidos por la doctrina de la separación de los poderes; y, el que probablemente tenga mayor importancia si bien no se lo expresa con frecuencia,

* "Manifestación hecha por un actor o fiscal de que no seguirá adelante, total o parcialmente, un caso pendiente" (op. cit.) —nota de los traductores—.

la discrecionalidad del fiscal juega un rol decisivo en la obtención de declaraciones de culpabilidad, a las que corresponden la mayor parte de las condenas criminales. Si los tribunales hubiesen usado hasta el límite su autoridad para revisar el desistimiento de los cargos, hubieran tenido que comenzar a analizar la relación entre la discrecionalidad acusatoria y las declaraciones de culpabilidad, de las cuales un gran número son formuladas como consecuencia de la "negociación de declaraciones".

Hasta 1970 ese modo de actuar no fue considerado una opción viable. Las declaraciones de culpabilidad —y las prácticas subsycentes a ellas— eran libradas a las partes, la mayoría de los tribunales preferían no mirar más allá de la declaración formal. Se suponía en ese período que si los arreglos en que se basaban la mayor parte de las declaraciones de culpabilidad fueran expuestas, los jueces no podrían aceptarla. Ellas serían consideradas ilegales, fuera porque habían sido coactas o porque los fiscales carecían de autoridad para transigir sobre materias cuya criminalidad había sido establecida por la legislatura.

Esto significa que, en la mayor parte de los lugares y antes de 1970, teníamos dos sistemas de justicia criminal: uno ficto, en el que se suponía que los fiscales no ofrecían incentivos a las declaraciones de culpabilidad, los jueces no las recompensaban y los acusados sólo se confesaban culpables de cargos que reflejaban exactamente los hechos de su comportamiento delictivo; el otro real, en el que las negociaciones se adecuaban a lo que resultaba útil para los intereses de las partes —fiscal y acusado—, pero no necesariamente para el interés "público".

En 1970, la Corte Suprema de los Estados Unidos advirtió por fin el hecho de que la declaración de culpabilidad dominaba la administración de justicia y sostuvo que ese procedimiento era legal. Esta legitimación fue completada por los tribunales federales y en la mayor parte de los estados, por la adopción de leyes o reglas que establecieron procedimientos para la discusión o negociación de las declaraciones.

Generalmente, ellas autorizan los cargos reducidos, desistimientos, acuerdos sobre la sentencia o sobre las recomendaciones establecidas en ellas y exigen que las promesas sean registradas en un acuerdo de declaración. Una especie de regulación judicial de la declaración de culpabilidad constituye ahora la práctica aceptada.

II

La cuestión crítica acerca de esa legitimación de las declaraciones negociadas es si el interés público está protegido adecuadamente por esos arreglos y por quién, por el fiscal, por el consenso entre éste y el acusado o por el juez. El procedimiento federal (que es típico) brinda un marco para la discusión de estas cuestiones¹. Por principio, ha sido considerado axiomático que los acusados no tienen derecho a declararse culpables. Si una declaración va a ser aceptada o rechazada por el juez gira alrededor de tres puntos: debe ser "voluntaria", debe poseer una "base fáctica" y debe resultar satisfactoria según la "prudencia" del juez.

Respecto del primer requisito, la "voluntariedad": el juez debe rechazar la declaración si el acusado no comprende el cargo, sus consecuencias, o las defensas a las que puede estar renunciando, o si ha sido indebidamente amenazado. El tiene derecho, obviamente, a hacerse asesorar (o a que se le provea asistencia si es indigente), pero el juez debe quedar personalmente satisfecho en estos aspectos y ello puede resultar muy complicado. Así, no es siempre claro cuándo el anuncio de la intención de acusar por diversos delitos se ha tornado una coerción indebida y afectado la admisión de uno de ellos o cuándo una recomendación de lenidad en la sentencia se ha convertido en una amenaza². Más aun, el procesado puede comprender muy bien que se están usando amenazas indebidas para inducirlo a declararse culpable y renunciar a defensas, pero puede no importarle. Su única preocupación puede ser la de obtener que los cargos en su contra, o la sentencia, se reduzcan a límites tolerables. Empero, lo que el acusado puede estimar aceptable puede tener poca relación con el interés público en la prevención o en la corrección y ninguna con el de tener fiscales que se atengan a la ley.

En segundo término, suponiendo que la declaración ha sido voluntaria, el juez debe determinar que hay una "base fáctica" para ella. El problema más difícil de este punto surge cuando se presenta al juez una declaración de culpabilidad respecto de cargos menos serios que los que resul-

¹ Ver la regla 11 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*.

² Ver "*Brady v. United States*", 397 US 742 (1970); "*Bordenkircher v. Hayes*", 434 US 357 (1978).

tan con seguridad de los hechos. Por ejemplo, los hechos reales pueden constituir una violación. A pesar de ello, el fiscal puede haber formulado cargos por abuso deshonesto, o puede haber presentado correctamente cargo por violación y después cambiar, desistiéndolo y sustituyéndolo por el más leve de abuso deshonesto. Si la declaración es aceptada —y lo es en la mayoría de los casos— el delito por el que el acusado resulta convicto a raíz de su declaración puede tener poca o ninguna relación con lo que realmente hizo, o con qué frecuencia. Lo mismo puede ocurrir cuando los hechos verdaderos muestran robo con armas, pero la declaración es por hurto. De los casos sobre esta cuestión se deduce que la indagación del juez acerca de la "base fáctica" de la declaración se reduce a "asegurarse que el acusado cometió realmente un delito que es, a lo sumo, tan grave como aquel que desea confesar". Se dice que en la medida en que la infracción admitida deje al juez con adecuado poder para sentenciar, no existe razón para entrometerse en los acuerdos hechos por las partes.

Empero, el efecto distorsionante de las declaraciones inexactas es obvio. Ellas convierten al ámbito del crimen y la pena en un mundo ficticio. La condena criminal se convierte en una unidad sospechosa para contar delitos, para dictar sentencia, para fijar indemnizaciones, y para la libertad condicional. Los funcionarios de patronato³ presentan informes describiendo casos de violación o robo a jueces y oficiales penitenciarios que se encuentran obligados por los principios de legalidad a considerar a los delitos como menores de lo que francamente son. Los funcionarios de todas clases, y también el público, frecuentemente están buscando el delito "real" escondido detrás de la ficción declarada, en un intento por restaurar la debida adecuación entre la sanción y el cargo. Frecuentemente se supone que el delito menor está enmascarando al más grave, produciendo constantes sospechas e indagaciones para ir más allá de lo oficialmente registrado⁴.

Finalmente, aun si la declaración es voluntaria y posee base fáctica, el juez puede rechazarla en ejercicio de una "sana discreción judicial". La más completa discusión acerca de la autoridad judicial para rechazar una declara-

³ Probation officers en el original (nota de los traductores).

⁴ Ver Schulhofer, *Due Process of Sentencing*, 118 *University of Pennsylvania Law Review* 733 (1980).

ción negociada se encuentra en "United States v. Ammidown"³, decidido por el Tribunal Federal de Apelaciones para el Distrito de Columbia. Ammidown había sido acusado por homicidio en primer grado. Él había sido contratado por su coprocesado para matar a la mujer de éste. Su admisión de homicidio en segundo grado fue rechazada por el juez porque "su crimen fue tan odioso y la prueba de su culpabilidad tan apabullante" que el interés público exigía que fuera juzgado por el cargo mayor. Ammidown fue seguidamente condenado por homicidio en primer grado. En la apelación, el tribunal decidió que el juez de primera instancia debió haber aceptado la declaración de culpabilidad. La facultad acusatoria del fiscal fue descripta como intrínsecamente ejecutiva, pero que también invadía ámbitos intrínsecamente judiciales. Al tratar sobre el inevitable conflicto entre fiscal y juez, se decidió que el juez del juicio debía ser más que un "sello de goma", que él debía vigilar que la autoridad para sentenciar del tribunal fuese salvaguardada y que el fiscal hubiera considerado "factores tales como el efecto disuasivo del derecho penal".

A medida que el derecho relativo a los desistimientos ha ido evolucionando, continúa haciéndose una clara distinción entre las facultades iniciales del fiscal para formular cargos y la desestimación de éstos. Lo primero permanece dentro de la discrecionalidad del fiscal⁴; pero una vez que un cargo ha sido formalmente presentado, es el juez quien toma la decisión de desestimar. Lo mismo ocurre con la reducción de cargos, pues ella siempre supone el desistimiento de un cargo y la formulación de otro. El juez está autorizado para inquirir sobre las razones del fiscal y puede hallarlas insuficientes. Él puede denegar pedidos de desestimación o reducción de cargos cuando ellos interfieren demasiado con sus facultades para dictar sentencia o con los objetivos de disuasión del Código Penal, o cuando existe abundante prueba para sustentar la acusación y no median razones de aplicación de la ley, para abandonar los cargos, que la contrapesen.

³ 497, F. 2^{da} 615 (D.C. Cir. 1973); ver también "United States v. Cowan", 524 F. 2^{da} 504 (5^{ta} Cir. 1975).

⁴ Excepto en un pequeño número de estados (p.ej., Wisconsin) donde una ley autoriza al juez del juicio a permitir que un cargo sea formulado si el fiscal omite hacerlo.

III

El fiscal público norteamericano se encuentra en un período de transición. Su rol original como parte que esencialmente reemplaza a la víctima se completa ahora con otro que lo muestra como el representante de la justicia pública e imparcial. Durante el juicio, la obligación de ser más que una "mera parte" no es muy grave porque está un abogado defensor, para recordarle los requerimientos de la justicia, y un juez para resolver las discrepancias entre ellos. El problema es más complejo cuando el fiscal debe resolver por sí los conflictos, como cuando ejercita su discreción para formular o disminuir cargos o para desecharlos por completo, o cuando él o el defensor lo resuelven juntos en una declaración negociada que puede ser contraria a un interés público mayor. Empero, la mayor parte de los casos son decididos por medio de este procedimiento.

Hasta hace poco, ha habido una falla casi total para encarar las implicancias de un fiscal, inevitablemente concebido como parcial debido a su rol en un sistema contradictorio, regulando un proceso de inmunidades, desestimaciones y declaraciones de culpabilidad. Con la legitimación de la "negociación de declaraciones", se está viendo al fiscal alineado junto con otros funcionarios, dentro de un sistema legal que asigna a los jueces el rol central en la afirmación de la vigencia del derecho. La discrecionalidad del fiscal será sometida a un creciente examen por los tribunales que pueden abreviar en un rico cuerpo de disposiciones que tienden a conciliar la supervisión judicial con la preservación de una adecuada amplitud para los funcionarios administrativos.

Muchos fiscales se han unido al movimiento por una más estricta definición de sus poderes y han emitido "lineamientos" para el ejercicio de su discrecionalidad, tal vez porque prefieren sus propias reglas a aquellas que los tribunales puedan imponerles⁷. La ley federal de protección a la víctima y al testigo de 1982 dispone esos lineamientos

⁷ Ver, por ejemplo US Dept. of Justice, *Principles of Federal Prosecution* (Julio de 1980), reimpresso en 27 *Criminal Law Reports* 3277-82 (8 de agosto de 1980).

para el sistema federal, requiriendo "consultas con la víctima" en varias etapas críticas⁸.

Eventualmente, las reglas administrativas pueden ser establecidas o complementadas por leyes. Empero, si ello no ocurre, los tribunales se encuentran en proceso de desarrollar una regulación jurisprudencial de la discrecionalidad acusatoria en el contexto de las declaraciones de culpabilidad. Con mayor frecuencia se está exigiendo del fiscal que exponga las razones de su decisión de desistir o acusar incluidas en acuerdos de declaración.

Un control judicial de los pedidos de sobreseimiento y los de culpabilidad es especialmente adecuado para el desarrollo de pautas que reconciliarían la discrecionalidad del fiscal con el interés público en precisión y legalidad. Este desarrollo no ocurrirá, sin embargo, si se libra a las partes el planteamiento ante los tribunales de las consideraciones pertinentes. Un control efectivo del fiscal requerirá que el juez abandone el rol pasivo al que está acostumbrado en el sistema contradictorio.

En un sistema no contradictorio, sin embargo, solamente el juez es suficientemente imparcial para persuasivamente tomar la iniciativa en el interés público. Él puede empezar por asignar al fiscal la carga de justificar sus desistimientos o declaraciones de culpabilidad y los acuerdos que lo rodean. Él puede, a su vez, hacer uso de los archivos del fiscal, en casos excepcionales, como ayuda en la búsqueda de una base racional de la declaración, "una base sólida" para el ejercicio de la discrecionalidad judicial, o la verificación de las aserciones del fiscal sobre los hechos. Al menos, el archivo del fiscal debería contener material que permitiera a un juez dispuesto a controlar la revisión de las aserciones del fiscal de que testigos originalmente creíbles se han convertido en increíbles, o que no están más disponibles, o para asegurarse de que hay prueba sustancial del cargo mayor y por lo tanto de que el fiscal no está "sobrecusando" o usando un bluff, para inducir a una declaración de culpabilidad, o que las consideraciones de prevención alegadas para reducir un cargo son válidas, o que los acuerdos de inmunidad han sido aprobados.

⁸ Ver Goldstein, Abraham S., *The Victim and Prosecutorial Discretion: The Federal Victim and Witness Protection Act of 1962*, 47 *Law and Cont. Prob.* (1964). Para una discusión más general: *Defining the Role of the Victim in Criminal Prosecution*, 52, *Mississippi Law Journal* 515 (1962).

El juez puede tener que llamar a los testigos en ocasiones para dejar en claro que no siempre va a apoyarse solamente en el archivo. Aun entonces, y esto nos trae a un terreno más dudoso, puede necesitar de la asistencia, en determinadas etapas del proceso, de un adversario genuino como es la víctima, para controvertir el consenso presentado ante él por la fiscalía y la defensa.

IV

La cuestión remanente, y ella es importante, es saber si el fiscal debería o podría compartir su autoridad con la víctima del crimen, y en cuáles etapas del proceso.

Hay acuciosamente buenas razones para asignar el rol acusatorio enteramente al fiscal de distrito como hemos hecho generalmente en los EE.UU. Se dice que él es menos vengativo y más imparcial que la víctima o los miembros del público en general que puedan buscar el procesamiento. Tiene un sentido más confiable de cuáles leyes podrían ser aplicables a la conducta criminal y cuál de ellas, cuando están en conflicto, puede ser aplicada a un caso particular. Más aun centralizando en él la decisión acusatoria es más probable que sean cumplidas las normas de igualdad y razonabilidad. Sin embargo, éstas son simplificaciones extremas. El fiscal es un funcionario que maneja una administración que cumple una variedad de objetivos, de investigación, decisión, administración y política. Cuando actúa como administrador, las preocupaciones del fiscal pueden estar enfocadas menos en la justicia del caso particular que en la utilización de sus recursos y el tiempo de los tribunales.

Generalmente pensamos que el proceso contradictorio brinda el necesario contrapeso al fiscal. Pero esto no es probable que ocurra cuando las decisiones versan sobre acusaciones y declaraciones de culpabilidad. El control normal del poder oficial que brinda un sistema contradictorio simplemente no es operativo en ese marco administrativo y consensual. Tampoco puede confiarse solamente en el juez para cuidar que estos acuerdos sean concordantes con el interés público. Aunque la aprobación judicial es necesaria en la mayor parte de los estados antes de que los cargos puedan ser reducidos o desistidos, o las declaraciones de culpabilidad aceptadas o rechazadas, el juez no pue-

de fácilmente saber si el cargo presentado a él por las partes (como base de una declaración de culpabilidad) refleja correctamente los hechos del caso, o si es realmente necesario reducir el cargo de violación al de abuso deshonesto, o el de robo a hurto. No puede fácilmente saber la naturaleza del daño causado a la víctima o lo apropiado del margen para dictar sentencia que se le ha dejado, a no ser que una u otra de las partes se lo diga. Cuando se ha llegado a un consenso entre aquéllas, debe tener la ayuda de alguien que tenga un interés genuino en el procedimiento. La víctima es obviamente esta persona.

Hay, por supuesto, serios problemas en darle "derechos" a la víctima. Ella puede ser demasiado vengativa y puede querer un absoluto castigo, más cargos o sentencias más gravosas, cuando castigos menores servirían mejor al interés público. Hay evidencia, sin embargo, de que el peligro de ese exceso vindicativo puede haber sido sobreestimado; las víctimas son aún más variadas que los crímenes cometidos contra ellas. En muchos casos, la acusación criminal es poco más que un medio utilizado por gente que busca soluciones para una variada gama de problemas "civiles". Dar a tales víctimas una participación en el procedimiento criminal puede ser una forma de reducir los impulsos retributivos y de orientar a las partes hacia el arbitraje y la conciliación que serían una alternativa entre la soltura y la prisión.

Un conjunto de problemas totalmente distinto se presenta con los crímenes violentos no atemperados por una relación previa, los robos que superan la mera molestia y la corrupción política. Estos crímenes son demasiado escasamente perseguidos, porque la víctima teme o no desea cooperar en un procesamiento que ya no parece tener relación con ella. Si la credibilidad de la sanción penal debe mantenerse, las víctimas de tales delitos deben ser persuadidas a cooperar. El compromiso de la víctima en etapas críticas puede proporcionar esa relación.

Quizás una de las objeciones más importantes a dar un rol a las víctimas es que ello amenaza a un sistema de persecución pública largamente deseado y difícilmente ganado. El propósito mismo del cuerpo de leyes penales y el del ministerio público fiscal, se ha dicho, es el de canalizar los sentimientos de las víctimas hacia una acción pública para la cual se toma en consideración no solamente los daños a las víctimas y sus puntos de vista, sino también aquéllos de la

sociedad en general. Es por supuesto verdad que el movimiento de una persecución privada hacia una pública representa una etapa avanzada en la evolución de la justicia criminal, pero la persecución pública se mantiene inexplicablemente ligada a la etapa anterior, en la teoría y en la práctica. Es el daño de la víctima y su ofensa lo que se "canaliza" a través de la persecución pública. En sociedades simples, la relación entre la víctima y el ministerio público es clara. Éste es un reemplazante cuya función es proveer seguridad a la víctima, su familia, sus amigos de que ellos no necesitan emprender una acción punitiva y de que el Estado hará lo necesario para llevar al delincuente a la justicia.

Cuando las sociedades devienen más complejas—cuando mayor cantidad de leyes penales son establecidas para personas que no se conocen entre sí y que no están ya organizadas para reunirse a los fines de la venganza y la lucha de sangre—la función de reemplazo se vuelve menos visible y casi se olvida. El fiscal se transforma en otra agencia reguladora, que administra un programa de control público de conductas criminales dentro del cual criterios de disuasión, rehabilitación y retribución deben ser ponderados en un balance.

El se vuelve crecientemente susceptible a las exigencias de su situación: presiones de los acusados, recargo de casos, abundancia de leyes penales y sentencias excesivamente duras. En consecuencia, el fiscal se convierte cada vez menos en representante de las víctimas. En resumen, su original función "canalizadora" es desplazada por otra, más amplia y más pública. Una de las principales motivaciones del creciente movimiento en favor de la víctima en los EE.UU., es la creencia que ella ha sido apartada en demasía de la persecución del crimen que la perjudicó y que el fiscal debe ser colocado nuevamente en su función original.

El método de la ley federal de protección a la víctima y al testigo, a la cual me referí anteriormente, no es el de establecer respecto de la víctima una igualdad de status con el fiscal y el procesado. No la trata como una parte legitimada, sino como representante de "un interés" que debe ser tomado en cuenta para elegir los diferentes modos apropiados de resolver algunas cuestiones específicas. El principal sistema de esta ley es requerir del fiscal "la consulta" a la víctima. Ello está lejos de exigir que el fiscal adopte los puntos de vista de ésta y, más aún, de la aceptación judicial de aquéllos.

Sin embargo, las cosas nunca son tan simples. Si la víctima debe ser consultada, los fiscales probablemente se sientan atraídos a hacerlo de buena fe, por su fidelidad a las exigencias de la ley y su temor a la publicidad adversa. Lo mismo ocurrirá respecto de la discrepancia con los puntos de vista de ella. Fiscales y jueces serán presionados a ser sensibles a un interés ahora separado del amorfo interés "público" y a estimarlo con mayor frecuencia como merecedor de una consideración especial. A pesar de ello, al fin la posición de la víctima será sólo un elemento en la amplia variedad de intereses que el fiscal y el juez—cada uno en su propia esfera—deberán tomar en consideración.

Lo particular de la víctima es que ella (como el acusado) está estratégicamente ubicada y motivada para vigilar muy de cerca cómo está siendo aplicada la ley en un caso particular y llamar la atención sobre imprecisiones, legalidades, desigualdades en la administración de la justicia penal. Esta necesidad es particularmente obvia en el ámbito de los convenios para declaraciones y sentencias, reducción de cargos y desistimientos, donde el fiscal y el acusado pueden haber llegado a acuerdos que pueden privar al tribunal de las posibilidades de explorar ampliamente los hechos y el derecho de que goza cuando la culpabilidad es controvertida.

V

Nuestra experiencia nos enseña que la discrecionalidad acusatoria es indispensable en un sistema contemporáneo de aplicación de la ley. Pero también resulta de ella un llamado de atención sobre el peligro de dejar que esa discrecionalidad sea incontrolable. Un corolario forzoso, desde mi punto de vista, es la necesidad de un limitado control judicial de esa discrecionalidad y un rol restringido de la víctima, para asegurar que las normas del sistema vayan a ser resguardadas por un "juez neutral y distanciado", más que por un fiscal eminentemente partidista. Establecido un método de control judicial, podemos esperar que surja un derecho jurisprudencial acerca de las facultades acusatorias. Ello, con el tiempo, obligará al fiscal a poner mayor atención a las disposiciones legales y a desarrollar políticas racionales de aplicación de la ley. A la vez, deberá conducir a la legislatura a manejar más racionalmente su esquema de crímenes y castigos.