
Criminalidad gubernativa y acusación independiente

Del Watergate al Whitewater *

Luis María Díez - Picazo

Profesor de Derecho Público Comparado
en el Instituto Universitario Europeo (Florencia).

1 La expresión “criminalidad gubernativa” es meramente convencional y sirve para designar cualesquiera hechos delictivos cometidos por los miembros y agentes del Poder Ejecutivo. Comprende, así, tanto los delitos cometidos en el ejercicio del cargo (prevaricación, malversación, etc.) como aquellos otros que, sin estar específicamente vinculados con el ejercicio de funciones públicas, poseen una connotación política (espionaje a la oposición, financiación ilegal de partidos políticos, etc.). El fenómeno de la criminalidad gubernativa plantea serios problemas en cualquier ordenamiento que se funde en los postulados del Estado democrático de Derecho. Estos problemas no pertenecen sólo al ámbito de la teoría constitucional —es decir, en síntesis ¿cómo hacer compatible la sujeción de los gobernantes a la legitimidad democrática?, sino también, a la esfera eminentemente práctica de la ingeniería constitucional: una vez que se ha acordado que los gobernantes deben quedar sometidos a responsabilidad penal, ¿cuál es el mecanismo idóneo para hacer que ésta sea efectiva? Este último interrogante dista de ser trivial porque a diferencia de los políticos de la oposición o de los simples parlamentarios, los miembros y agentes del Poder

Ejecutivo tienen a su disposición medios jurídicos, económicos, humanos y tecnológicos que son privativos del Estado. Por más que, como ocurre en los Estados Unidos, todos los cargos públicos estén plenamente sometidos a responsabilidad penal, la estratégica posición del Poder Ejecutivo puede permitir a los miembros de éste poner a su disposición los resortes del Estado y, en consecuencia, estarán en condiciones de obstaculizar o impedir una efectiva investigación y acusación de los delitos cometidos por ellos mismos o por sus colaboradores. Si esto llegara a ocurrir, se estará en una situación equivalente de hecho, a un otorgamiento de inmunidad⁽¹⁾.

Cualesquiera que puedan considerarse sus virtudes o defectos en general, es claro que la configuración jurídico-política de la acusación pública en los Estados Unidos no permite, por sí sola, hacer frente de manera eficiente al específico problema de la criminalidad gubernativa. Baste pensar que la acusación pública se basa en los principios de monopolio y discrecionalidad; es decir, sólo el Ministerio Fiscal está habilitado para ejercer la acción penal y, en presencia de indicios de comisión de un delito, es libre de acusar o no. La acción penal, además, es concebida como un

(*) Artículo publicado en la Revista *Claves*, No.69, enero-febrero 1997.

(1) DIEZ PICAZO, Luis María. *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica, 1996.

instrumento al servicio de la función ejecutiva y, como corolario de todo ello, los acusadores públicos deben actuar según criterios de representatividad y responsabilidad políticas. Tanto a nivel estatal como, sobre todo, a nivel federal, el Poder Ejecutivo dispone de un notable margen de maniobra para tratar con indulgencia los hechos ilícitos cometidos por sus miembros y agentes. Ante supuestos de criminalidad gubernativa, la acusación pública norteamericana se halla, por definición, en una situación de conflicto de intereses: la concurrencia en un cargo público de un interés, no necesariamente privado, que es antagónico del interés público cuya consecución tiene encomendada. El interés público -el esclarecimiento y represión de los delitos- contrasta con el interés, inherente a la configuración jurídico-política de la acusación pública, de no perturbar a los propios superiores o a otros cargos públicos dotados de capacidad de represalia⁽²⁾.

Para hacer frente a la criminalidad gubernativa, en línea con la sensibilidad anglosajona hacia el problema del conflicto de intereses, el Derecho norteamericano ha dispuesto tradicionalmente de un mecanismo: la figura del acusador especial (*special prosecutor*). Éste no pertenece a la ordinaria estructura de acusación pública correspondiente, sino que es nombrado *ad hoc* para un caso en el que existe conflicto de intereses. Este instituto tiene su origen en los ordenamientos estatales, en los que resulta generalmente admitido que el juez tiene la facultad de suspender al acusador público cuando aprecie en él un conflicto de intereses y, por tanto, la posibilidad de que no actúe de conformidad con la confianza pública de que es depositario; pero sólo en algunos Estados esta facultad de suspensión, especialmente negativa, va acompañada de otra facultad positiva de nombramiento de un acusador

ad hoc cuyas cualidades profesionales y personales lo sitúen más allá de toda sospecha de connivencia. En otros Estados, en cambio, la ley prevé que el conflicto de intereses sea resuelto por el correspondiente *attorney-general* -que es una figura equivalente, en principio, a un ministro de justicia-, bien avocando al ejercicio de la acción penal, bien nombrando un acusador especial⁽³⁾.

El instituto del acusador especial ha sido, asimismo, adoptado en la esfera federal; y no ha sido históricamente infrecuente el nombramiento de juristas con simpatías por el partido contrario al del presidente. Hasta 1973, año del escándalo *Watergate*, el mecanismo en cuestión dio resultados satisfactorios en las cinco ocasiones en que, frente a asuntos que implicaban a altos cargos del Poder Ejecutivo, se utilizó: fue originariamente introducido, en 1875, por el presidente Ulysses Grant; fue empleado dos veces, en 1902 y 1903, por el presidente Theodore Roosevelt; y se usó de nuevo, en 1924 y 1952, bajo las presidencias de Calvin Coolidge y Harry Truman respectivamente. Mientras que en los tres primeros supuestos el acusador especial fue directamente nombrado por el presidente, en el cuarto lo fue por el presidente con la confirmación del Senado -esto es, el procedimiento constitucional para el nombramiento de los altos cargos federales- y en el quinto se trató de un nombramiento del *attorney-general* federal. Estas variantes se deben al hecho de que el instituto, carente de base legal alguna, se justificaba por una práctica constitucional flexible y, en definitiva, por el deber presidencial de asegurar la adecuada ejecución de las leyes (artículo II, sección III de la Constitución) que llevaría aparejada la facultad de nombrar un acusador *ad hoc*⁽⁴⁾.

2 La figura del acusador especial no suscitó graves conflictos con anterioridad al escándalo *Watergate*.

(2) MENY, Y. *La corruption de la République*. Paris: Fayard, 1992. pp.29 y ss. Es también útil el estudio oficial italiano *Codice di condotta dei dipendenti pubblici (Proposta e materiali di studio)*, publicado en julio de 1993 bajo la dirección de S. Cassese, a la sazón Ministro de la Función Pública. Aparte de un escrito preliminar justificativo del proyecto ministerial, este volumen contiene un interesante anexo con información legislativa con varios países.

(3) La regulación del conflicto de intereses de la acusación de los ordenamientos estatales es analizada en el *Manual para Acusadores Públicos* de B.L. Gershman. P.M., Clark. New York: Boardman and Callaghan, 1990. Epígrafe 13.5.

(4) Acerca de la utilización de la figura del *special prosecutor* a nivel federal antes de 1973, ver EASTLAND, T. *Ethics, Politics and the Independent Counsel (Executive Power, Executive Vice: 1789 - 1989)*. Washington DC: National Legal Center for the Public Interest, 1989. pp.7 y ss.

Su origen es bien conocido: durante la campaña electoral de 1972, ciertos individuos entraron subrepticamente en el cuartel general del Partido Demócrata con la finalidad de espiar en favor de Richard Nixon, que era candidato a la reelección. El asunto empezó a adquirir grandes dimensiones cuando, en virtud de las investigaciones del juez federal John Sirica y de las averiguaciones de dos periodistas, resultó claro que colaboradores cercanos al presidente estaban involucrados. Fue entonces cuando Nixon intentó hacer un gesto de buena voluntad y autorizó al nuevo *attorney-general* a nombrar, si lo estimaba necesario, un acusador especial según el esquema tradicional. El nombramiento recayó en Archibald Cox, un conocido constitucionalista de Harvard que había servido en el Departamento de Justicia durante la presidencia de Kennedy.

El nombramiento de un acusador especial al margen de la acusación pública ordinaria es sólo la última *ratio*, reservada a aquellas hipótesis excepcionales en que sería de todo punto irrazonable esperar un comportamiento imparcial.

El debate jurídico-constitucional en el que habría de ser puesta en cuestión la posición del acusador especial, comenzó cuando se vino a saber sobre la existencia de ciertas grabaciones magnetofónicas de las conversaciones presidenciales con sus más íntimos colaboradores. Cox intentó que le fueran entregadas. La reacción de Nixon consistió en ordenar al *attorney-general* que lo destituyera. En una sola noche, el *attorney-general* y su segundo dimitieron para no tener que obedecer el orden del presidente, mientras que sólo

el tercer responsable en la línea jerárquica del Departamento de Justicia -se trataba de Robert Bork, cuya candidatura al Tribunal Supremo habría de naufragar años más tarde- aceptó cesar a Cox. No obstante, el clamor popular impuso el nombramiento de un nuevo acusador especial. Éste recayó en la persona de Leon Jaworski, que continuó la batalla judicial por las grabaciones. Todo terminó cuando, ya en 1974, el Tribunal Supremo ordenó definitivamente al presidente la entrega de las grabaciones. Nixon, que además estaba amenazado de *impeachment* por el Congreso, cumplió el orden judicial y dimitió⁽⁵⁾.

Así pues, la batalla procesal del escándalo *Watergate* que se libró principalmente en torno a los límites constitucionales de la facultad presidencial de no revelar información confidencial (*executive privilege*), versó también sobre la naturaleza y las atribuciones del acusador especial⁽⁶⁾. Recuérdese que este instituto no sólo carecía de regulación legal sino que, sobre todo, debía su existencia a un nombramiento *ad hoc* del Poder Ejecutivo. La línea de defensa de Nixon era evidente: si el Poder Ejecutivo es libre de nombrar o no un acusador especial, debe también ser libre de cesarlo. El Tribunal Supremo, sin embargo, rechazó este punto de vista. En la sentencia *United States vs. Nixon* (1974), que puso fin a la disputa sobre las grabaciones, definió con nitidez la posición del acusador especial:

“La mera afirmación de que se trata de una controversia interna de una rama del gobierno, sin mayor precisión, no ha constituido jamás una limitación a la jurisdicción federal; la justiciabilidad no depende de semejante verificación superficial (...). Nuestro punto de partida es la naturaleza del procedimiento en el que se busca la prueba: en este caso, un procedimiento penal. Se trata de un procedimiento judicial, ante un tribunal federal, relativo a violaciones de leyes federales y es conducido en nombre de los Estados Unidos como

(5) BERNSTEIN, C. y WOODWARD, R. *All the President's Men*. New York: Simon & Schuster, 1974.

(6) REVENGA SANCHEZ, M. *El Imperio de la política (Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano)*. Barcelona: Ariel, 1995.

soberano (...) el Congreso ha atribuido al *attorney-general* el poder de dirigir las causas penales del gobierno de Estados Unidos. También le ha atribuido el poder de nombrar agentes subordinados que lo asistan en el desempeño de sus deberes. Actuando en virtud de esas leyes, el *attorney-general* ha delegado la autoridad para representar a los Estados Unidos en estas materias determinadas a un *special prosecutor* con autoridad y mandato único, al cual ha sido expresamente conferido el poder de oponerse a la invocación de la *executive privilege* con respecto a la búsqueda de pruebas que se consideren relevantes para la ejecución de estos poderes específicamente delegados”.

Y, más adelante, añadió:

“Mientras esta decisión esté en vigor, tendrá fuerza de ley (...). Es teóricamente posible que el *attorney-general* modifique o revoque la decisión que establece la autoridad del *special prosecutor*. Pero no lo ha hecho. Mientras esta decisión esté en vigor, el ramo ejecutivo estará vinculado a ella y, en consecuencia, los Estados Unidos, como soberano compuesto de tres ramos, están obligados a respetarla y aplicarla⁽⁷⁾”.

En resumen, el Congreso puede crear por ley un Departamento de Justicia bajo la autoridad del presidente (artículo II, sección II de la Constitución) y encomendarle el ejercicio de la acción penal. La ley puede, asimismo, habilitar al *attorney-general*, en cuanto titular del Departamento de Justicia, a delegar esa tarea en agentes subordinados; pero, mientras no se revoque la delegación, éstos disfrutan la plena autoridad.

El periodo inmediatamente posterior al escándalo *Watergate* estuvo dominado por el ansia de reafirmar la moralidad pública. Se avanzaron múltiples propuestas, entre las cuales son especialmente significativas la de instruir un Departamento de Justicia independiente del resto del

Poder Ejecutivo y la de crear un acusador especial permanente con un mandato de duración más largo que el del presidente. El Senado, asimismo, entrevistó a una multitud de personalidades y expertos, de donde emergió con claridad la necesidad de introducir mecanismos idóneos para salvaguardar la observancia de la legalidad por parte de los altos cargos del Poder Ejecutivo. También quedó patente, no obstante, cierta preocupación por el eventual desequilibrio de poderes inherentes a un órgano de acusación políticamente irresponsable. Ninguna propuesta prosperó mientras la presidencia continuó estando en manos republicanas. Sólo con la elección de Jimmy Carter como presidente, fue posible la aprobación de una ley que diera salida al nuevo ímpetu en favor de la moralidad pública: la *Ethics in Government Act* de 1978. Ésta realizó una exhaustiva codificación en materia de conflicto de intereses y cánones de conducta de los funcionarios públicos⁽⁸⁾.

3 Entre las novedades introducidas por la *Ethics in Government Act* de 1978 destaca, precisamente, el hecho de que su título VI dio por primera vez una regulación legal a la figura del acusador especial⁽⁹⁾. La ley establecía una presunción absoluta de conflicto de intereses en el Departamento de Justicia con respecto a ciertas categorías de personas: el Presidente y todos los altos cargos del Poder Ejecutivo -la ley hacía una enumeración de los mismos-, así como los agentes electorales del presidente en ejercicio. Cada vez que hubiesen indicios criminales contra una de estas personas, cabría nombrar un acusador especial. Así, la figura del acusador especial seguía careciendo de pertenencia: su nombramiento era para un caso concreto. Era posible, además, nombrar un acusador especial en casos relativos a otras personas siempre que se apreciase la existencia de un concreto conflicto de intereses. Conviene señalar que la ley no hacía distinción alguna en cuanto a la naturaleza de los hechos delictivos hipotéticamente

(7) *Unites States vs. Nixon*, 418 .US. 683 (1974).

(8) KURLAND, P.B. *Watergate and the Constitution*. Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 1978. Sobre las propuestas que precedieron a la *Ethics in Government Act* y su proceso de elaboración, ver EASTLAND, T. Op.cit.; pp.31 y ss.

(9) EASTLAND, T. Op.cit. y HARRIGER K.J. *Independent Justice (The Federal Special Prosecutor in American Politics)*. Lawrence: University Press of Kansas, 1992.

cometidos, de modo que la aplicabilidad de la figura del acusador especial no quedaba limitada a delitos específicamente relacionados con el ejercicio de relaciones públicas (cohecho, prevaricación, malversación, etc.).

El procedimiento de nombramiento de un acusador especial había de iniciarse sobre la base de una “información específica” -esto es, no genérica o vaga- relativa a la comisión de un hecho delictivo por alguna persona perteneciente a las categorías mencionadas. La iniciativa correspondía al *attorney-general*, bien de oficio, bien a instancia del Comité de Asuntos Judiciales de una de las dos cámaras del Congreso. En este último supuesto, a fin de evitar eventuales maniobras de bloqueo al Poder Ejecutivo, la aprobación de la moción requería únicamente el voto favorable de la mayoría de uno de los dos grupos de dicha comisión (demócrata o republicano). Esta moción, sin embargo, no era vinculante para el *attorney-general*, por más que debiera en todo caso notificar al Congreso su decisión, motivadamente y por escrito. El *attorney-general* había de realizar una investigación preliminar sobre cualquier denuncia, en un plazo no superior a 120 días. En el desarrollo de esta investigación preliminar, le quedaban vedados ciertos instrumentos procesales, tales como la negociación de los cargos o la promesa de inmunidad.

En caso de decisión favorable del *attorney-general*, el nombramiento del acusador especial quedaba encomendado a la llamada *special division*: un grupo de tres jueces de la *U.S. Court of Appeals for the District of Columbia*. El nombramiento en sede judicial tenía por finalidad asegurar la independencia del designado: pero la *special division* carecía de discrecionalidad en cuanto a la decisión misma de nombrar un acusador especial, ya que debía hacerlo siempre que se lo solicitara el *attorney-general*. En cambio, sí poseía cierto margen de libertad de apreciación a la hora de ampliar el ámbito, personal y material, de investigación y acusación del acusador especial. Podía hacer

público, asimismo, el nombramiento de éste y la naturaleza de su tarea. Ello contrasta con la práctica ordinaria de la acusación pública norteamericana que, a fin de proteger la reputación de las personas, sólo da publicidad a estas circunstancias una vez que se llega a la imputación formal del delito.

El acusador especial estaba dotado de todos los poderes típicos de la acusación pública, tanto en materia de investigación (otorgamiento de inmunidad a testigos, convocatoria de los mismos ante el gran jurado, acceso a documentos, etc.) como en sede procesal (ejercicio de la acción penal, negociación de los cargos, interposición de recursos, etc.). Tenía, incluso, ciertas facultades de las que carece la acusación pública ordinaria tales como la facultad de oponerse ante el juez a la negativa de aportar pruebas aduciendo el *executive privilege* -recuérdese que éste había sido el principal caballo de batalla en el escándalo *Watergate*- o la facultad de informar al Congreso y a la opinión pública sobre la marcha de su actividad. El distanciamiento con respecto al estatuto de la acusación pública queda aun más acentuado si se tiene presente que el acusador especial debía seguir las directrices del Departamento de Justicia en materia de acusación sólo “en la medida de lo posible”: esto es, únicamente en tanto ello no fuera incompatible con el cumplimiento de su específica misión. En idéntico sentido hay que interpretar la regla según la cual el imputado por un acusador especial, que era recluta a tiempo completo y provisto de gran profusión de medios personales y materiales, tenía derecho a obtener el reembolso de sus gastos de abogado sólo si resultaba absuelto. En fin, al terminar su tarea, el acusador especial tenía el deber de presentar un informe global a la *special division*, la cual podía hacerlo público.

En cuanto a la facultad de cese, la faceta más delicada del instituto, es cierto que quedaba atribuida al *attorney-general*; pero no se trataba de una decisión políticamente libre sino vinculada a la existencia de un supuesto de “extraordinaria

incorrección profesional” (*extraordinary impropriety*). Esta fórmula era demasiado vaga, aunque lo suficientemente exigente como para hacer casi imposible el cese de un acusador especial y ponerlo así en una situación de independencia real con respecto al Poder Ejecutivo.

Conviene señalar, incidentalmente, que el título VI de la *Ethics in Government Act* de 1978 constituía una ley a término, ya que su vigencia era de cinco años. Este tipo de disposiciones, conocido como *sunset laws*, estaba bastante en boga en aquellos años. Su finalidad era hacer frente a la proliferación legislativa, que derivaba sobre todo de la regulación de la economía, e intentar proteger la transparencia y sistematicidad del ordenamiento. Más tarde, esta técnica normativa ha sido progresivamente abandonada, no sólo a causa de una menor inflación legislativa como consecuencia del proceso de *deregulation*, sino también porque sus resultados no han estado a la altura de las expectativas. La experiencia norteamericana de las leyes a término ha puesto de manifiesto dos defectos en las mismas: primero, a la hora de introducir innovaciones normativas, el legislador a término tiende a experimentar y a ser escasamente precavido y cuidadoso; segundo, para evitar la renovación de la vigencia de una ley a término, incluso cuando ésta se ha revelado positiva, basta una mayoría negativa puramente obstruccionista⁽¹⁰⁾.

La regulación legal del instituto del acusador especial fue renovada dos veces, en 1983 y 1987, por sendos periodos de cinco años. En ambas ocasiones, fue el presidente Ronald Reagan quien, a pesar de la escasa simpatía que sentía por ellas, sancionó las leyes de renovación. Ello ha de ser explicado en términos del coste de imagen política que habría tenido el veto presidencial de una ley enormemente popular. En ambas ocasiones, además, fueron introducidas algunas reformas. Los cambios más significativos tuvieron lugar en 1983: a) el criterio para una legítima negativa del *attorney-general* a la iniciación del entero procedimiento se relajó, pues se pasó de

exigir que la información de base fuera “inatendible” a que fuera simplemente “irrazonable”; b) el cese del acusador especial, aun sin volver a ser políticamente libre, quedó supeditado a la existencia de una simple “causa justificada” (*good cause*), que es la misma fórmula normalmente aplicada a los miembros de las agencias independientes y, por tanto, susceptible de ser aplicada sobre la base de los precedentes sentados por la jurisprudencia; c) con una intención simbólica no desdeñable, la denominación oficial del cargo pasó de ser de la tradicional “acusador especial” (*special prosecutor*) a “letrado independiente” (*independent counsel*). En 1987, en cambio, la reforma tuvo un alcance globalmente menor: a) el establecimiento, en clave de garantía de la seriedad de la información de base, de un trámite de información reservada, por un periodo máximo de 15 días, anterior a la apertura de la información previa; b) otorgamiento al Congreso de un poder de acceso a los datos en poder del acusador especial idéntico al de la *special division*, y; c) autorización al acusador especial a incluir en su informe final observaciones sobre la conducta de los investigados en términos de moralidad pública, es decir, no estrictamente jurídicas.

En su primer periodo de vigencia, la regulación legal del instituto del acusador especial no tuvo una aplicación espectacular: hubo tan sólo 11 investigaciones preliminares por parte del Departamento de Justicia, de las cuales únicamente tres condujeron al nombramiento de un acusador especial y, con todo, en supuestos secundarios por importancia política y gravedad penal. Aunque en el periodo posterior a 1983 el número de investigaciones preliminares y de nombramientos de acusadores especiales no experimentó un incremento significativo, sí aumentó la importancia política y la gravedad penal de algunos de los casos. Baste decir que Edwin Meese, consejero presidencial y más tarde *attorney-general*, fue investigado por acusadores especiales en dos ocasiones, una de ellas a petición propia. Sobre

(10) Acerca de las experiencias de las *sunset laws*, es obligada la referencia al célebre estudio de CALABRESI, A. *Common Law for the Age of Statutes*. Cambridge: Harvard University Press, 1982. pp.59 y ss.

todo, también se utilizó este instituto en el célebre escándalo Irán-Contra, que llegó a salpicar la reputación y credibilidad del presidente Reagan⁽¹¹⁾.

Fue sin embargo, un asunto relativamente menor el que llevó a cuestionar ante el Tribunal Supremo la validez constitucional de la solución ideada en 1978. En el curso de una investigación sobre Theodore Olson, un directivo de la *Environmental Protection Agency* que había permitido ciertos vertidos ilegales, fue nombrada acusadora especial Alexia Morrison. Ésta investigó el caso durante tres años, llegando a ocasionar roces diplomáticos con Canadá cuando, ante la sospecha de complicidad por parte de funcionarios del vecino país, llamó a declarar al embajador. Finalmente, encontrándose en un punto muerto, solicitó de la *special division* una ampliación de su mandato que le permitiera investigar a otros miembros de la agencia en cuestión y, de este modo, obtener pruebas contra Olson. Cuando esta solicitud fue rechazada, utilizó su último resorte y llamó a testificar bajo juramento al propio investigado. Éste último se vio forzado a utilizar la única arma a su disposición: impugnar la constitucionalidad de la figura misma del acusador especial. La causa llegó al Tribunal Supremo, que salvó la constitucionalidad de este instituto en la sentencia *Morrison vs. Olson* (1988)⁽¹²⁾.

El instituto legal del acusador especial, sin embargo, ha experimentado una extraña muerte y una no menos sorprendente resurrección. Su muerte fue poco gloriosa. Su validez, a menos que fuera renovada por tercera vez, expiraba en octubre de 1992. De hecho, se adoptó la correspondiente iniciativa legislativa y comenzaron los debates en el Congreso. Pero ese era un otoño electoral: se trataba de la primera ocasión en 12 años en que el candidato demócrata tenía serias perspectivas de vencer la elección presidencial. Aunque nadie se atrevió a oponerse abiertamente a la renovación de

una regulación legal muy popular en la opinión pública, la mayoría y la oposición dejaron que el procedimiento legislativo se fuera prolongando lánguidamente hasta llegar a la expiración del plazo hábil. Ello hizo que quedaran al descubierto las posturas reales de ambos partidos con respecto a la figura del acusador especial: los demócratas, que habían sido desde 1973 los paladines de todas las medidas legales tendentes a imponer rigurosos cánones de moralidad pública, no veían ahora con entusiasmo que semejante mecanismo fuera aplicado a un Poder Ejecutivo controlado por ellos; los republicanos, cuya profunda antipatía por esa ley derivaba del amargo recuerdo del escándalo *Watergate*, no consideraron que la posibilidad de una presidencia demócrata fuera razón suficiente para cambiar su actitud⁽¹³⁾.

La historia de la figura del acusador especial no termina aquí. Poco después de ser elegido a la presidencia de 1992, Bill Clinton se vio envuelto en un complejo caso de corrupción, relativo al periodo en que era gobernador del Estado de Arkansas y usualmente conocido como escándalo *Whitewater*. En un primer momento, a fin de mostrar su buena disposición a colaborar en el esclarecimiento de los hechos, Clinton ordenó al *attorney-general* que nombrase un acusador especial que pudiera conducir la investigación con independencia. Dado que el título VI de la *Ethics in Government Act* había caducado, hubo de tratarse de un nombramiento al viejo estilo, esto es, en virtud de la mera facultad de delegación tal como se había practicado antes de 1978. El respeto a la tradición llegó hasta el punto de nombrar a un jurista de simpatías republicanas. Ahora bien, las elecciones legislativas de 1994 produjeron una mayoría republicana en ambas cámaras; y ésta, dispuesta a explotar las dificultades del presidente, adoptó inmediatamente una medida: volver a poner en vigor la regulación legal del instituto del

(11) Stewart, J.B. *The Prosecutors*. New York: Touchston, 1988. pp.292 y ss. Sobre el desarrollo del escándalo Irán-Contra, ver TINDALL, G.B. y SHI, D.E. *América (A Narrative History)*. 3a. ed. New York/Londres: Norton & Cork, 1992. pp.1448 y ss.

(12) *Morrison vs. Olson*, 487 U.S. 654 (1988).

(13) Sobre la fallida renovación de la vigencia del título VI de la *Ethics in Government Act*, puede verse el editorial de *The New York Times* del 2 de octubre de 1992, que llevaba el significativo título de *Shameful Death of a Worthy Reform* y hacía un análisis de las circunstancias políticas que condujeron a la desaparición de la regulación legal de la figura del letrado independiente.

acusador especial. Así, el acusador especial al viejo estilo que estaba aún investigando, Robert Fiske, hubo de dejar el puesto a uno nuevo nombrado por la *special division*: Kenneth Starr, que había sido un alto cargo del Departamento de Justicia durante la presidencia de George Bush. Las actuaciones en el escándalo *Whitewater* no han terminado aún¹⁴⁾.

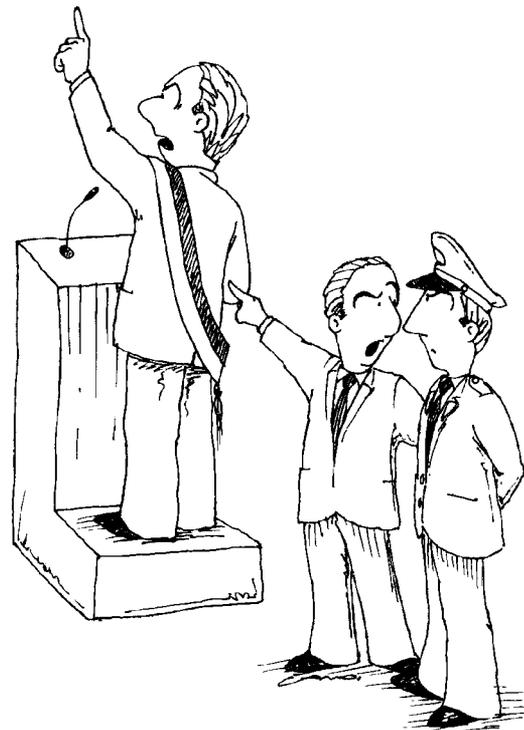
4 Particular interés presenta la mencionada sentencia *Morrison vs. Olson*, ya que en ella se examinan los principales problemas constitucionales que suscita la figura del acusador especial. La opinión mayoritaria de la sentencia fue redactada por el presidente Willian Rehnquist y, entre los ocho miembros del Tribunal Supremo que participaron en la deliberación, el único disidente fue el juez Antonin Scalia. El razonamiento de la sentencia se desarrolla en tres direcciones, que corresponden a otros tantos argumentos avanzados contra la constitucionalidad de la figura del letrado independiente.

En primer lugar, se hallaba el problema del nombramiento del acusador especial por un órgano integrado en el Poder Judicial. Este problema derivaba de que, en Estados Unidos, es generalmente admitido que el ejercicio de la acción penal es un instrumento al servicio de la función ejecutiva. El Tribunal salvó la constitucionalidad de esta modalidad de nombramiento sobre la base del inciso final de la llamada *Appointments Clause* (artículo II, sección II de la Constitución):

“Pero el Congreso podrá, por ley, conferir poder de nombramiento de aquellos funcionarios inferiores que estime conveniente sólo al presidente, a los tribunales de justicia o a los jefes de departamento”.

Según el Tribunal, el acusador especial ha de ser considerado un “funcionario inferior” a efectos de esta norma constitucional, y ello tanto por el carácter limitado de sus poderes y la naturaleza temporal del cargo como la posibilidad que tiene

el *attorney-general* de cesarlo, si bien sólo mediante causa justificada. Además, tampoco resultaba convincente para el Tribunal el argumento, de índole sistemático-teleológico, según el cual la norma constitucional arriba transcrita no permitiría nombramientos de agentes dependientes de un poder público distinto de aquél en que está encuadrado el órgano que hace el nombramiento. Si ello fuera así, los tribunales sólo podrían nombrar funcionarios de nivel inferior dependientes del Poder Judicial; pero, siguiendo una pauta interpretativa particularmente arraigada en el constitucionalismo norteamericano, el Tribunal afirmó que ni el tenor literal de la Constitución ni la intención conocida de sus redactores permiten sostener que los nombramientos cruzados entre diferentes poderes públicos estén constitucionalmente prohibidos.



En segundo lugar, estrechamente relacionado con todo lo anterior, se hallaba la cuestión de si la mencionada modalidad de nombramiento violaba

14) Sobre la nueva aprobación de la regulación legal de la figura del acusador especial, puede verse el ilustrativo editorial de *The International Herald Tribune* del 9 de agosto de 1994, que tiene por título precisamente *Independent Counsel*. Un análisis político del escándalo *Whitewater* puede hallarse en el artículo del conocido psicólogo D. Bell, *Whitewater y Clinton*, publicado en *El País* de 4 de abril de 1994.

la llamada *Cases and Controversies Clause* (artículo III, sección II de la Constitución), es decir, la norma constitucional según la cual los tribunales no pueden ejercer actividades distintas de la pura función jurisdiccional, que consiste precisamente en resolver litigios. El Tribunal rechazó esta pretendida causa de inconstitucionalidad porque esa norma constitucional hallaría, en todo caso, una excepción explícita en la ya referida *Appointments Clause*. Además, siempre según el Tribunal, la tarea encomendada a la *special division*, al ser meramente ancilar, implica un escaso margen de discrecionalidad.

En tercer lugar, el argumento de más calado contra la constitucionalidad de la figura del acusador especial era, sin duda, la limitación legal de la facultad de cese; y ello porque en esta facultad reside el poder último de control del Poder Ejecutivo sobre sus agentes. El razonamiento del Tribunal, en este punto, se desarrolló en dos fases. Por una parte, sostuvo que la naturaleza ejecutiva del cargo de acusador especial no comporta automáticamente una prohibición constitucional de restricciones legales a la facultad de cese. Es constitucionalmente posible, en otras palabras, que el legislador imponga límites a la ordinaria libertad política de que goza el Poder Ejecutivo para cesar a sus agentes. Es sumamente significativo que, incluso en este caso, el Tribunal Supremo no se apartara de la tradicional configuración de la acción penal como una atribución esencialmente perteneciente al Poder Ejecutivo. Por otra parte, la mencionada posibilidad de limitación legal de la facultad de cese deja de ser constitucionalmente legítima sólo cuando se impide al presidente desempeñar adecuadamente sus deberes; y ello, según el Tribunal, no ocurre en el supuesto del acusador especial.

La sentencia *Morrison vs. Olson* no ha quedado

exenta de crítica entre los constitucionalistas norteamericanos⁽¹⁵⁾. Así, a efectos de la configuración del acusador especial como “funcionario inferior”, se pone en cuestión la afirmación del carácter limitado de sus poderes, ya que éstos serían en algunos aspectos más amplios que los del propio *attorney-general*. Además, se subraya la contradicción de aducir la subsistencia, aún limitada, de la facultad de cese a favor de la naturaleza de “funcionario inferior”: si un funcionario es efectivamente inferior, ¿por qué sería conveniente o necesario limitar la facultad de cese del mismo? En cuanto al problema de los nombramientos cruzados entre diferentes poderes públicos, se indica cómo el examen de una constante práctica aplicativa de la Constitución conduce a una respuesta negativa: la regla general es que el nombramiento de agentes dependientes del Poder Ejecutivo ha correspondido tradicionalmente al presidente. En fin, si el ejercicio de la acción penal forma parte del núcleo esencial de la función ejecutiva, se pone de manifiesto la dificultad de comprender cómo la limitación de la facultad de cese del acusador especial no afecta negativamente al adecuado cumplimiento de los deberes presidenciales; y ello fundamentalmente porque el Tribunal Supremo ha evitado hacer un análisis del problema constitucional subyacente a la facultad de cese, que no es sino el de la extensión de la facultad inherente de dirección y supervisión sobre los subordinados. Las críticas a la sentencia *Morrison vs. Olson*, sin embargo, no se han limitado a mostrar las incoherencias del razonamiento del Tribunal Supremo. En una perspectiva más amplia, se ha puesto de relieve también cómo esta resolución representa una desviación, marcadamente formalista, con respecto a la jurisprudencia anterior y posterior en materia de separación de poderes y agencias independientes, que tiende a adoptar un enfoque funcional⁽¹⁶⁾.

(15) En los trabajos de HARRIGER, K.J. Op.cit.; pp.92 y ss., y de EASTLAND, T. Op.cit.; pp.99 y ss., pueden encontrarse sendos análisis de la sentencia *Morrison vs. Olson*, respectivamente a favor y en contra. Cfr. CARTER, S.L. *The Independent Counsel Mess*. En: *Harvard Law Review*. No.102, 1988.

(16) Sobre la jurisprudencia relativa a la separación de poderes, ver FISHER, L. *Constitutional Conflicts between Congress and the President*. 3a.ed. Lawrence: University Press of Kansas, 1991 y MERRILL, T.W. *The Constitutional Principle of Separation of Power*. En: *The Supreme Court Review*. No.7, 1991. pp.225 y ss. Cfr. TRIBE, L. *American Constitutional Law*. 2a.ed. New York: Foundation Press, 1988. pp.224 y ss., y la voz de MENDELSON, W. *Separation of Power*. En: HALL, K.L. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press, 1992. pp.774 y ss.

5 ¿Qué valoración puede hacerse de la respuesta norteamericana al problema del conflicto de intereses ínsito en el contraste entre una determinada configuración de la acusación pública (principios de monopolio y discrecionalidad sobre la acción penal, naturaleza políticamente representativa y responsable del Ministerio Fiscal, etc.) y las exigencias de investigación y acusación de los supuestos de criminalidad gubernativa? Para abordar correctamente esta interrogante, parece ineludible distinguir dos cuestiones diferentes: primero, la corriente de fondo de la historia constitucional norteamericana, que otorga permanencia a un determinado enfoque del problema de la criminalidad gubernativa; segundo, la experiencia del instituto del acusador especial, que no es sino un episodio concreto dentro de aquélla.

En cuanto al enfoque global, el dato más llamativo en una perspectiva comparada es que, al menos desde 1975, el Derecho norteamericano ha distinguido siempre entre la generalidad de los delitos y aquellos casos específicos en que se hallan implicados miembros y agentes del Poder Ejecutivo. Nunca se ha procedido, en otras palabras, en una configuración de conjunto de la acusación pública tomando como criterio principal los concretos problemas que puede suscitar la criminalidad gubernativa. Las escasas propuestas que se hicieron en esta dirección después de 1973, como la de crear un Departamento de Justicia independiente del presidente o la de instituir un acusador especial permanente, jamás fueron seriamente tomadas en consideración. Antes del contrario, nunca se ha dudado de que el ejercicio de la acción penal es un instrumento esencial de la función ejecutiva y que, por tanto, debe inspirarse en la idea de representatividad democrática y responsabilidad política. La concepción constitucional de la relación entre represión de la criminalidad y Poder Ejecutivo se despliega así, alrededor de dos ejes. Por un lado, aunque la arraigada animadversión norteamericana

hacia la centralización ha impedido que se desarrolle una genuina política criminal federal -sólo en algunos sectores (redes de tráfico de drogas, inmigración ilegal, etc.) existen directrices uniformes y generales-, es pacífico que la lucha contra la criminalidad admite diferentes prioridades y estilos políticos y que, en consecuencia, ha de vincularse a la representatividad y responsabilidad del Poder Ejecutivo. Por otro lado, cuando son miembros destacados de dicho Poder Ejecutivo quienes resultan implicados en hechos delictivos, se acude a la noción de conflicto de intereses y, eventualmente, al nombramiento de un acusador *ad hoc* ajeno al Departamento de Justicia. En resumen, la criminalidad gubernativa recibe un tratamiento específico, consistente en evitar que investigue y acuse quien tiene algún interés, público o privado, en el caso. El nombramiento de un acusador especial al margen de la acusación pública ordinaria es sólo la última *ratio*, reservada a aquellas hipótesis excepcionales en que sería de todo punto irrazonable esperar un comportamiento imparcial del Departamento de Justicia en su conjunto; y ello para impedir que el ejercicio de la acción penal deje de estar normalmente fundado en la representatividad y responsabilidad políticas. Algo similar ocurre también, como se ha visto, a nivel estatal.

Más compleja es la valoración de la concreta experiencia del instituto legal del acusador especial, creado por el título VI de la *Ethics in Government Act* de 1978. No cabe duda de que se trató de una consecuencia de la ola de moralización de la vida pública que siguió al escándalo *Watergate*. Haciendo referencia a un célebre pasaje de James Madison recogido en *El Federalista* (capítulo 51), los defensores de la figura del letrado independiente justificaron su creación como una “precaución auxiliar”, es decir, como un complemento de los ordinarios mecanismos constitucionales tendentes a evitar el abuso de poder⁽¹⁷⁾. En este sentido, un significativo sector de los medios de comunicación

(17) Sobre los argumentos de los proponentes y defensores de la iniciativa legislativa de 1978, ver EASTLAND, T. Op.cit.; pp.40 y ss. El pasaje en el que Madison menciona la necesidad de “precauciones auxiliares”, con respecto a la mera representatividad políticas de los gobernantes, se halla en HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J. *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 1982. pp. 220 - 221.

y de la opinión pública razonaba en términos que resultan familiares al observador europeo: la existencia de una acusación pública dependiente del Poder Ejecutivo favorece una instrumentalización partidista de la acción penal, así como la indulgencia hacia la criminalidad gubernativa⁽¹⁸⁾.

Ahora bien, la experiencia del instituto del acusador independiente también ha tenido sus críticos, que no siempre son de procedencia republicana. Una primera objeción es que, por más que fuera comprensible a causa del trauma nacional que supuso la dimisión de un presidente, la reacción al escándalo *Watergate* había sido excesiva: en definitiva, la solución tradicional -esto es, el nombramiento de un acusador especial por parte del Poder Ejecutivo- había funcionado, hasta el punto de que la causa inmediata que desencadenó la dimisión fue precisamente la orden judicial de entrega de las grabaciones instada por los acusadores especiales Cox y Jaworski. Así, una vez apaciguados los ánimos, el mantenimiento de la figura creada por el legislador en 1978 exigiría demostrar que éstos son tiempos particularmente proclives al mal gobierno y a la corrupción política; y si se hace una comparación serena con el pasado, ello dista de ser evidente. Los acontecimientos posteriores, por lo demás, parecen dar algún apoyo a esta objeción: en efecto, el presidente Clinton ordenó tempranamente el nombramiento de un acusador especial de corte tradicional en el escándalo *Whitewater*, en el que él mismo y, sobre todo, su mujer podían estar implicados. Es dudoso que este dato pueda ser interpretado como una especial sensibilidad política de Clinton hacia la independencia con que deben ser conducidas las investigaciones que le afectan. Parece más realista pensar en una general modificación de las pautas de comportamiento político de éste ámbito como consecuencia del escándalo *Watergate*. Es también posible, no obstante, que la propia experiencia de la figura del acusador especial haya contribuido a

su aceptación, como lo demostraría la decisión de volver a ponerla en vigor.

La figura del acusador especial ha sido criticada, asimismo, por razones directamente relacionadas con una visión rigurosa del Estado de Derecho. Se ha afirmado que no es correcto crear dos modos de acusación: uno para los altos cargos del Poder Ejecutivo y otro para todos los demás ciudadanos. Recuérdese, por ejemplo, la reducción de garantías procesales en materia de publicidad que trae consigo el título VI de la *Ethics in Government Act*. Con todo, este tratamiento desigual podría estar axiológicamente justificado, al menos en la actual cultura política norteamericana: si para ocupar ciertos cargos es preciso someterse a un examen exhaustivo del propio pasado, en sus aspectos públicos y privados, idéntica lógica puede conducir a exigir una renuncia implícita a ciertas garantías. No obstante, más allá del debate sobre la espinosa cuestión de la igualdad entre gobernantes y gobernados se halla un argumento de mayor enjundia, que podría definirse como la “justicia de la apariencia”. Rudolph Giuliani, que había sido un alto cargo del Departamento de Justicia durante la presidencia de Ronald Reagan y más tarde acusador público federal en Nueva York (ciudad de la que, en la actualidad, es alcalde), formuló este argumento con absoluta precisión cuando observó que el nombramiento de un acusador especial atrae la atención de la opinión pública hasta tal punto que, cualquiera que sea el resultado, queda siempre una sospecha: si no se ejerció la acción penal fue porque hubo presiones indebidas; si se ejerció la acción penal, fue porque hubo ánimo persecutorio. La imagen de la justicia, en todo caso, resulta perjudicada⁽¹⁹⁾.

Con todo, los más serios problemas planteados por la figura del acusador especial pertenecen al ámbito de la teoría constitucional: es decir, surgen de una consideración, ponderan acerca de la coherencia interna de cada texto constitucional, de los valores en que se inspira y de los objetivos en que se persigue. La experiencia norteamericana

(18) Un autorizado ejemplo de adhesión al argumento de las “precauciones auxiliares”, que gozaba de la simpatía de un significativo sector de la opinión pública progresista, puede hallarse en el arriba citado editorial de *The New York Times* del 2 de octubre de 1992.

(19) Sobre este punto de vista, incluida la referencia a Rodolph Giuliani, ver EASTLAND, T. Op.cit.; pp.71 y ss.

puede ser, en este sentido, ilustrativa en Europa continental, donde hoy parece prevalecer una corriente de opinión a favor de la independencia del Ministerio Fiscal fundada, sobre todo, en la necesidad de dar una adecuada respuesta al fenómeno de la criminalidad gubernativa⁽²⁰⁾. Esta corriente de opinión debe ser acogida con mucha reserva. Por una parte, la independencia del Ministerio Fiscal provocaría una formidable acumulación de poder de una organización burocrática, centralizada y normalmente provista del monopolio sobre la acción penal (este último rasgo no se presenta en España, donde cabe siempre la acción popular); y ello por no mencionar el hecho de que, en casi todos los países europeos continentales, la independencia de la investigación está ya garantizada por la existencia de la figura del juez de instrucción, que reduce las posibilidades de que el Ministerio Fiscal se niegue a mantener la acusación cuando hay serios indicios de la comisión de un hecho delictivo.

Por otra parte, la tendencia a la configuración del Ministerio Fiscal sobre un único tipo de delincuencia, por relevante que éste sea, dificulta la adopción de estrategias comunes con respecto al resto de las conductas delictivas y, en consecuencia, comporta la renuncia a una política criminal mínimamente coherente y eficiente. Téngase presente, además, que en un país democrático la política criminal, al igual que cualquier otra política pública, puede ser diseñada y conducida por los poderes políticamente representativos y responsables⁽²¹⁾. De aquí que la experiencia norteamericana de la acusación independiente en los supuestos de criminalidad gubernativa encierre dos eventuales enseñanzas para la Europa continental: primera, es posible diferenciar la configuración de la acusación a fin de adoptarla a las exigencias de distintos tipos de delincuencia y,

en particular, el fenómeno de la criminalidad gubernativa; segunda, entre la dependencia y la independencia del Ministerio Fiscal existe un término medio: configurarlo como una agencia independiente -es decir, la solución adoptada en Estados Unidos para la figura del acusador especial-, que entraña la vinculación a los poderes políticamente representativos y responsables a través del mecanismo de nombramiento y, simultáneamente, garantiza un razonable margen de autonomía operativa mediante la exigencia de una causa justificada para ejercer la facultad de cese.

En fin, por lo que respecta al mencionado problema de figura constitucional de los Estados Unidos, es claro que la experiencia del instituto del acusador especial ha supuesto una quiebra de la idea, básica en la tradición jurídico-política norteamericana, de que la acción penal es un instrumento esencial de la función ejecutiva y que, en consecuencia, debe quedar sujeta a los principios de representatividad y responsabilidad política. Sus defensores, como se ha visto, adujeron como justificación el argumento de las "precauciones auxiliares". La respuesta, mediante otros argumentos de teoría constitucional, resultaba previsible: ¿hasta qué punto los grandes principios constitucionales relevantes en materia de ejercicio de la acción penal (representatividad democrática, responsabilidad política, separación de poderes, etc.) están necesitados de precauciones auxiliares adoptadas por el legislador y hasta qué punto éstas son coherentes con los valores y objetivos de la Constitución? Dicho de otro modo, ¿es más importante que se haga justicia en todo caso o que la nación esté bien gobernada? Naturalmente, en la medida en que toda teoría constitucional se funda en postulados axiológicos, cada uno debe responder por sí solo a estos interrogantes, extrayendo sus propias conclusiones. *AB*

(20) Como ejemplo significativo de esta tendencia, ver el artículo periodístico del ilustre fiscal español C. Jiménez Villarejo *¿Hasta cuándo?*, publicado en el diario español *El País* el 5 de junio de 1996. Igualmente ilustrativa es la entrevista de B. de la Cuadra a San Juan Ortíz Urculo, nuevo Fiscal General del Estado, publicada en *El País* el 11 de octubre de 1996.

(21) Sobre la noción de política criminal y sus instrumentos, ver DELMAS, Marty. *Les grands systèmes de politique criminelle*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. Cfr. PIZZORUSSO, A. *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero*. En: *Pubblico ministero e accusa penale (Problemi e prospettive di riforma)*. Bologna: Zanichelli, 1979. pp.30 y ss.