

Columna

¿A TODO O NADA?

UNA LECTURA ARGENTINA DE TRUMP V. UNITED STATES

Marcos Aldazabal¹

I. Introducción

En julio de este año, en el primer caso de persecución penal contra un ex presidente por actos cometidos durante sus funciones, la Corte Suprema de los Estados Unidos se expidió sobre los alcances de la inmunidad presidencial.² En *Trump v. United States*, el máximo tribunal norteamericano tomó una decisión que, para muchos, significó proteger a quien ejerza la titularidad del Poder Ejecutivo con alcances quasi monárquicos.³ Considero que los presidentes tienen inmunidad penal absoluta respecto de lo que hagan en el marco de sus competencias exclusivas e inmunidad presuntiva respecto de lo que hagan en el marco de sus competencias delegadas. Además, al excluir a las intenciones presidenciales para la toma de una decisión como material probatorio, la Corte estadounidense limitó significativamente la posibilidad de acreditar que ciertas conductas *prima facie* enmarcadas dentro de competencias legales fueran, en realidad, delictivas.

En este trabajo, me interesa estudiar lo decidido en *Trump. v. United States* desde una perspectiva local. Más concretamente, mi objetivo es explorar si las razones que fundaron este fallo deberían o, al menos, podrían, ser consideradas en nuestro país. La lectura extensiva de la inmunidad presidencial de la Corte norteamericana se apoyó en la idea de que liderar el Poder

¹ Abogado, UBA; LLM, London School of Economics and Political Sciences; Profesor de Derecho Penal, Universidad Torcuato Di Tella.

² SCOTUS, “Trump v. United States”, 1 de julio de 2024, [Trump v. United States, 603 U.S. ____ (2024)].

³ AMAR, “Something Has Gone Deeply Wrong at The Supreme Court”, en *The Atlantic*. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2024/07/trump-v-united-states-opinion-chief-roberts/678877/> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024]; TRIBE, “The Trump Decision Reveals Deep Rot in the System”, en *The New York Times*. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2024/07/01/opinion/supreme-court-trump-immunity.html#> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024]; ACKERMAN, “The Path Not Taken in Trump’s Immunity”, en *Project Syndicate*. Disponible en: <https://www.project-syndicate.org/commentary/trump-supreme-court-immunity-case-barrett-had-right-approach-by-bruce-ackerman-2024-07> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

Ejecutivo requiere un grado de coraje y de libertad de decisión que la posibilidad de ser perseguido penalmente afectaría. Este análisis es opuesto al frecuentemente aplicado en Argentina, que plantea que para evitar abusos de quienes ejercen el poder público es necesario disuadirlos a través de normas penales y procesales penales más rigurosas que aquellas aplicadas en casos ordinarios.⁴

Para poder evaluar la pertinencia que tendrían en nuestro país aproximaciones como la de la Corte de Estados Unidos, en primer lugar, expondré los puntos principales de *Trump. v. United States*. En segundo lugar, contrastaré esa decisión el enfoque hacia la persecución de funcionarios públicos más frecuente en Argentina. En tercer lugar, daré cuenta de las ventajas y desventajas tanto de la postura de la Corte norteamericana como de la aplicada en nuestro país. En cuarto lugar, expondré que si se quiere debatir una eventual limitación de persecución a funcionarios públicos, como forma de preservar el funcionamiento estatal, la inmunidad no es la mejor vía para hacerlo. Expondré, tentativamente, alternativas que podrían permitir la rendición de cuentas de funcionarios públicos sin generar impunidades injustificadas y, a su vez, sin perjudicar el funcionamiento de la administración pública.

II. **Trump v. United States**

Donald Trump es la primera persona en la historia de los Estados Unidos en ser penalmente imputada por conductas llevadas a cabo mientras ejercía la presidencia. Se lo acusó de haber tomado cinco decisiones tendientes a no ceder el poder luego de ser derrotado por Joe Biden en 2020, cuando buscaba su reelección. La primera habría consistido en impulsar que le fueran transferidos votos que correspondían a Joe Biden. La segunda habría supuesto la organización de electores fraudulentos en siete estados, que habrían enviado certificados electorales falsos al vicepresidente (que es quien está a cargo del conteo de la elección). La tercera habría implicado utilizar al Departamento de Justicia para comunicar a los estados información falsa referida a la detección de irregularidades en la elección. La cuarta habría radicado en tratar de que el vicepresidente alterara los resultados electorales y, al no lograrlo, en instar a manifestantes a dirigirse al Capitolio para cuestionar la elección. La quinta habría sido utilizar la invasión al Capitolio para expandir, aún más, los rumores de fraude electoral.

⁴ GONZÁLEZ OCANTOS y BARAYBAR-HIDALGO, “Lava Jato Beyond Borders: The Uneven Performance of Anti-Corruption Judicial Efforts in Latin America” en *Taiwan Journal of Democracy*, vol 15, nº 1, 2019, pp. 63-89; MOTA PRADO y DE ASSIS MACHADO, “Using Criminal Law to Fight Corruption: The Potential, Risks, and Limitations of Operation Car Wash (Lava Jato)”, *The American journal of comparative law*, vol. 69, 2021, pp. 834-879; MORGENSTERN, *Cosa juzgada fraudulenta*, Editorial IB, 2005.

Por estos hechos, un jurado de acusación constituido en el Distrito de Columbia imputó a Trump por cuatro cargos penales.⁵ La defensa de Trump solicitó que se desestimara la acusación debido a que todas las acciones que se le atribuyen constituyen el ejercicio propio de sus funciones, por el que un presidente no puede ser perseguido penalmente. Luego de que la petición de Trump fuera rechazada por las instancias inferiores, el caso llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Al abordar la inmunidad, la Corte Suprema estableció, en primer lugar, que había acuerdo respecto de que un presidente puede ser perseguido por los actos que realice en carácter no oficial, aun durante el ejercicio de su función.⁶ Las dudas radicaban en si podía ser perseguido por actos realizados en carácter oficial. Mientras que la defensa de Trump argumentaba que no, la acusación argumentaba que sí. La Corte presentó su posición como un punto intermedio, al indicar que el poder presidencial requería, al menos, cierta inmunidad. Sin embargo, al desarrollar el alcance de esta inmunidad, la Corte, lejos de la ecuanimidad, fue incluso más allá de lo propuesto por la defensa de Trump.

Para contextualizar su decisión, la Corte caracterizó las atribuciones del presidente como de “importancia y amplitud sin parangón”⁷ y enumeró las diferentes áreas en las que impactan, desde la administración interna hasta las relaciones internacionales. Como siguiente paso, la Corte dividió estas atribuciones entre aquellas que surgen de la Constitución y aquellas que le son otorgadas por el Congreso. Entre las primeras está, por ejemplo, otorgar indultos; entre las segundas hay todo tipo de delegaciones legislativas, como regular licencias de transmisión audiovisual o fijar parámetros de ciertas cargas tributarias.

De acuerdo con la Corte, los presidentes gozan de inmunidad absoluta respecto de su autoridad emergente de la Constitución y de inmunidad presuntiva respecto de su autoridad delegada por el Congreso. De esto se desprende que el presidente nunca podría ser perseguido por una decisión tomada en el marco de sus atribuciones constitucionales. Respecto del resto de sus acciones oficiales, la Corte indica que el presidente debería, “como mínimo”,⁸ ser inmune respecto de toda persecución penal que suponga una intromisión en su autoridad o funciones. Sin embargo, en *Trump v. United States*, la Corte entendió que el incipiente estado del proceso no

⁵ GREGORIAN y REILLY, “Special counsel charges Trump with conspiracy to defraud the U.S.”, en NBC NEWS, Disponible en: <https://www.nbcnews.com/politics/donald-trump/trump-indicted-jan-6-grand-jury-2020-election-rcna95199> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

⁶ SCOTUS, “Trump v. United States”, 1 de julio de 2024, [Trump v. United States, 603 U.S. ____ (2024)], p. 5.

⁷ Esta cita remite a otro fallo que involucró a Donald Trump, “Trump v. Vance”, 9 de julio de 2024, [Trump v. Vance, 591 U.S. ____ (2024)].

⁸ SCOTUS, “Trump v. United States”, 1 de julio de 2024, [Trump v. United States, 603 U.S. ____ (2024)], p. 22.

requería ahondar en la extensión de la inmunidad respecto de las atribuciones delegadas, por lo que alcanzaba con calificar a dicha inmunidad de presuntiva. Es central advertir que las inmunidades presidenciales que puntualiza la Corte no surgen expresamente de la Constitución norteamericana, por lo que el tribunal las considera derivadas de las funciones que le texto constitucional le encomienda al Poder Ejecutivo.

El argumento de la Corte para inmunizar las decisiones del presidente surge de la idea de que liderar un país requiere tomar decisiones de modo “enérgico, vigoroso, decisivo y veloz”.⁹ El peso y la relevancia del deber presidencial hacen necesario evitar las distracciones que pueden surgir de tener que evaluar las consecuencias legales de cada acción. La Corte indicó que esta línea de razonamiento ya había sido aplicada al establecer la total inmunidad presidencial en reclamos civiles en *Nixon v. Fitzgerald*¹⁰ y que también subyacía a la protección de las comunicaciones presidenciales que surge de *United States v. Nixon*,¹¹ donde se adujo que el presidente debía poder comunicarse libremente y sin miedo con sus asesores.

Para la Corte, la amenaza de una persecución penal, por su intensidad, es todavía más pasible de paralizar el accionar presidencial que la amenaza de un reclamo civil. Aun cuando una acusación penal sea menos frecuente y requiera un mayor estándar probatorio que una civil, la posibilidad de ser encarcelado y todo lo que implica una condena criminal tienen un importante efecto disuasivo. Este efecto puede obstruir que el presidente actúe con convencimiento, y sin dudas y demoras que perjudiquen el éxito de sus decisiones. De acuerdo con la Corte, con tal de aminorar el riesgo punitivo, un presidente podría tomar decisiones distintas a las que considera correctas. La inmunidad de las acciones presidenciales realizadas en carácter oficial es, entonces, presentada como la forma de evitar interferir en el trabajo del presidente.

Establecida la inmunidad de las acciones presidenciales oficiales, la viabilidad de la persecución penal a presidentes dependerá de que sus acciones sean consideradas como no oficiales. Trazar esta distinción no es tarea fácil —un indulto dictado a cambio de un soborno es una acción oficial o no oficial?¹²— y es aquí donde la Corte da un paso que va incluso más allá de lo argüido por la defensa de Trump. De acuerdo con *Trump v. United States*, para determinar si una conducta tuvo carácter oficial no pueden estudiarse los motivos que la impulsaron, ya que esto

⁹ SCOTUS, “Trump v. United States”, 1 de julio de 2024, [Trump v. United States, 603 U.S. ____ (2024)], p. 10.

¹⁰ SCOTUS, “Nixon v. Fitzgerald, 24 de junio de 1982, [Nixon v. Fitzgerald, 457 U.S. 731 (1982)].

¹¹ SCOTUS, “Nixon v. Fitzgerald, 24 de julio de 1974, [Nixon v. Fitzgerald, 418 U.S. 683 (1974)].

¹² AMAR, “Something Has Gone Deeply Wrong at The Supreme Court”, en *The Atlantic*. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2024/07/trump-v-united-states-opinion-chief-roberts/678877/> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

sería implicaría una intrusión en el proceso decisional del Poder Ejecutivo. Por ese mismo motivo, la Corte indicó que los actos oficiales no pueden ser utilizados como medios de prueba en casos en los que se persigan actos no oficiales.

III. Argentina, la mirada opuesta

La doctrina de *Trump v. United States* contrasta con la postura dominante en nuestro país respecto de las razones que deben guiar la persecución de funcionarios públicos. En la Argentina, la Corte Suprema también ha establecido que el fundamento de las inmunidades es garantizar el funcionamiento correcto de los poderes del Estado, pero se ha ceñido a limitarlas a las que expresamente surgen de la Constitución Nacional o han sido establecidas por vía legislativa.¹³ La Corte ha dicho, en reiteradas ocasiones, que las inmunidades de arresto no obstan al desarrollo de investigaciones penales¹⁴. Esto aplica tanto respecto de la inmunidad de tanto de persecución penal por sus opiniones en el recinto como de arresto de la que gozan los legisladores legisladores, que surge de la Constitución, como respecto de las inmunidades de arresto que consagra la Ley de Fueros. En Argentina, con la única excepción de los legisladores y del Defensor del Pueblo por las opiniones vertidas en el marco de su labor, los miembros de los tres poderes del Estado pueden ser sometidos a proceso penal por conductas llevadas a cabo en el marco de sus funciones oficiales¹⁵.

A pesar de que, en los últimos años, las persecuciones penales a presidentes y funcionarios de alto rango han ocupado un espacio creciente en el debate jurídico, la doctrina de la Corte respecto de las inmunidades no ha sido cuestionada. Ni siquiera las defensas de altos funcionarios han argumentado sea necesario interpretar que a los oficiales públicos los asiste algún grado de

¹³ Entre otros casos, pueden consultarse CSJN, “Martínez Casas, Mario s/querella”, 25 de noviembre de 1992 (Fallos 248:462); CSJN, “Varela Cid, Eduardo/ inf. Art. 244, 2^a parte del Código Penal”, 7 de julio de 1992 (ED 150.323); CSJN, “Sala, Milagro Amalia Ángela y otros s/ p.s.a. asociación ilícita, fraude a la administración pública y extorsión”, 06 de noviembre de 2017 (Fallos: 340:1775). La Corte Suprema amplió la inmunidad a opiniones de los ministros del Poder Ejecutivo al brindar información al Poder Legislativo: CSJN, “Cavallo Domingo Felipe s/ recurso de casación”, 19 de octubre de 2004 (Fallos: 327:4376). Una revisión amplia de la cuestión puede encontrarse en SPECTOR, “Fueros o privilegios parlamentarios-Inmunidades legislativas”, en *Información Parlamentaria de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación*, Disponible en: https://www2.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/glosario/F/fueros_inmunidades.html, [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

¹⁴ CSJN, “Procurador Fiscal c/ D. Nicasio Oroño”, 27 de octubre de 1873 (Fallos 14:223).

¹⁵ La Constitución Nacional también refiere a “inmunidades funcionales” de los representantes del Ministerio Público Fiscal. Es controvertido si esta fórmula incluye inmunidades frente a persecuciones penales análogas a las de los legisladores. Sobre el punto, puede verse el Dictamen de la Procuradora General de la Nación en “Righi, Esteban Justo c/ Garrido, Manuel s/ ds. y ps. (CSJ 109/2014(50-R)/CS1)”, del 14 de diciembre de 2015.

inmunidad. Posturas como la del “lawfare” han enfatizado el carácter irregular de ciertos procesos penales o denunciado motivaciones espurias en jueces y fiscales, pero no han esgrimido que el funcionamiento de nuestra arquitectura constitucional requiera otorgar ciertas inmunidades de persecución, independientemente de la justicia de las acusaciones.¹⁶

Probablemente, esto se deba a que nuestra tradición jurídica da por sentado lo contrario a lo que plantea la Corte de los Estados Unidos: la amenaza penal es generalmente concebida como un incentivo a la transparencia que, lejos de perjudicar, mejora el funcionamiento del Estado. La disuasión que supone una potencial persecución es vista aquí como necesaria y no como intrusiva. Esta postura se ve reflejada a nivel legislativo, con tipos penales que invierten la carga de la prueba cuando se trata de funcionarios públicos, como en el caso del enriquecimiento ilícito;¹⁷ a nivel jurisprudencial, con presunciones tales como que el haber ejercido poder público aumenta el riesgo de fuga;¹⁸ y, especialmente, a nivel doctrinario, donde la idea dominante es que la dureza penal y procesal penal reducen la corrupción y ponen los cimientos para construir un Estado más eficiente.¹⁹

El producto de estas posiciones es la constante seguidilla de causas penales contra funcionarios públicos, especialmente presidentes y ex presidentes. Mientras que, en Estados Unidos, Trump fue el primer presidente imputado por actos oficiales y la investigación fue rápidamente frenada por la Corte, en Argentina — con excepción de quienes ejercieron la función por pocos días tras la crisis del año 2001— todos los presidentes electos desde 1983 han sido penalmente investigados por conductas ejercidas en el marco de sus funciones. Otros funcionarios ejecutivos de alto rango —categoría también inmunizada por *Trump v. United States*— también han sido sometidos a numerosos procesos penales.

De aplicarse una doctrina como la de la Corte Suprema de Estados Unidos, nada de esto habría pasado. En efecto, la gran mayoría de las causas contra presidentes argentinos involucran el

¹⁶ ZAFFARONI, VEGH WEIS y CAAMAÑO, *¡Bienvenidos al Lawfare!*, Buenos Aires, Editorial Capital Intelectual, 2020; BIELSA y PERETTI, *Lawfare, Guerra judicial-mediática*, Buenos Aires, Ariel, 2019.

¹⁷ Artículo 268, inciso 2, Código Penal de la Nación.

¹⁸ CCCF, SALA II, “Larregina, Miguel A. y otros s/detención”, 17 de octubre de 2017 (CFP 5218/2016/17/CA14).

¹⁹ AMERICA’S SOCIETY COUNCIL OF THE AMERICAS, “Latin America’s Battle Against Corruption: A Path Forward”, en *Americas Quarterly*, 2018, pp. 1-12; LIPTON, WERNER y PELIN BERKMEN, “Corruption in Latin America: A Way Forward”, en *International Monetary Fund Blog*, 28 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.imf.org/en/Blogs/Articles/2017/09/28/corruption-in-latin-america-a-way-forward> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

uso incorrecto de atribuciones oficiales, por lo que una inmunidad del alcance de la propuesta en *Trump. v. United States* habría supuesto un filtro casi intraspasable. Sólo habrían quedado exentos de cualquier planteo de inmunidad casos como el imputado al ex presidente Alberto Fernández por lesiones a su ex pareja, ya que se trata de actos indudablemente privados. En el resto de los casos, como mínimo, habría tenido que discutirse la oficialidad de las conductas imputadas, y la imposibilidad de hurgar en los motivos de esos actos habría hecho muy difícil cuestionar dicha oficialidad.

IV. Pocas luces y muchas sombras

Posturas como la predominante en nuestro país son las más frecuentes a nivel mundial y regional, donde la persecución penal de funcionarios públicos es un fenómeno en constante expansión.²⁰ En el mundo, cero condenas a primeros mandatarios nacionales dictadas entre 1940 y 1960 pasaron, mediante un aumento sostenido a lo largo de las décadas, a treinta y una entre 2010 y 2020.²¹ En Latinoamérica esta tendencia ha sido especialmente pronunciada: para 2020, el 8% de los ex presidentes vivos tenían condenas penales.²² Algunos ven estos números con beneplácito, como muestras del triunfo de la ley sobre la impunidad. La mayoría de *Trump v. United States* cuestiona esta mirada, al poner de resalto el costo que puede tener perseguir penalmente a altas autoridades públicas. En la Argentina, donde, como vimos, la investigación penal contra presidentes y ex presidentes es la norma, es urgente ponderar los méritos y deméritos de cada una de estas posturas. Anticipo que, al menos para nuestro país, ambas parecen tener más desventajas que ventajas.

Habilitar e, incluso, fomentar la persecución penal contra líderes políticos suele ser presentado como la vía para lograr que quienes ejercen el poder público rindan cuentas. La severidad penal y procesal penal en casos contra funcionarios públicos permitiría, desde una faz retributiva, que los culpables de delitos de corrupción sean castigados; desde una faz utilitaria, resultaría en un ámbito político más transparente, producto de la disusión ejercida por la

²⁰ DOTHAN, “Prosecuting Politicians”, en proceso de publicación, en *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 57, 2024; DA ROS y GEHRKE, “Convicting Politicians for Corruption: The Politics of Criminal Accountability”, en *Government and Opposition*, 2024, pp. 1-25; GONZÁLEZ-OCANTOS, CHIRINOS, BARAYBAR y PAVAO, *Prosecutors, Voters and the Criminalization of Corruption in Latin America: The Case of Lava Jato*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023.

²¹ DA ROS y GEHRKE, “Heads of Government Convicted of Crimes (HGCC) Data Set”, base de datos disponible en: <http://manoelgehrke.com/datasets>. [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

²² DA ROS y GEHRKE, “Heads of Government Convicted of Crimes (HGCC) Data Set”, base de datos disponible en: <http://manoelgehrke.com/datasets>. [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

amenaza penal.²³ El problema es que ninguno de estos objetivos parece haberse cumplido. Es cierto que se alcanzaron algunas condenas penales, pero la mayoría de las causas contra altos funcionarios fueron cerradas o continúan en limbo procesales de los que difícilmente salgan.²⁴ En muchos casos, la propia decisión de relajar estándares normativos como forma de facilitar el avance de causas fue lo que llevó a su cierre las causas, ya que facilitó salidas como el dictado de nulidades procesales. Por otro lado, tampoco parece que perseguir funcionarios públicos penalmente haya generado una administración pública menos corrupta. Esto es difícil de medir empíricamente, pero situaciones como la actual reivindicación de figuras como Carlos Menem, emblema de la corrupción en Argentina, podrían mostrar que el mensaje disuasivo no ha llegado a nuestros gobernantes.

A la falta de cumplimiento de objetivos se suman dificultades adicionales. La percepción de que el sistema institucional facilita el avance de causas contra funcionarios públicos ha llevado a lo que se denomina “política a través de la denuncia”,²⁵ donde líderes políticos utilizan las acusaciones penales como forma de obtener ventajas electorales. Además, en un contexto de polarización, el impulso de causas penales contra dirigentes políticos suele ser visto por sus partidarios como una herramienta de persecución política, y no legal.²⁶ Esto es especialmente así si se aplican normas más severas que en casos ordinarios. Esto aumenta la desconfianza ciudadana en el Poder Judicial, cuya legitimidad se construye en los grandes casos²⁷. Sólo el 3% de los argentinos considera que la justicia es muy confiable en cuanto a tratar a todas las personas por igual, sin importar, entre otras cosas, su afiliación política.²⁸ Finalmente, aunque faltan estudios empíricos sobre el tema, es probable que la expansión de causas penales contra funcionarios públicos en Argentina haya tenido el efecto que preocupa a la Corte de Estados Unidos: paralizar al Ejecutivo. Puede ser sintomático de esta situación el que, durante el gobierno de Alberto Fernández, se haya popularizado la figura

²³ ROSE-ACKERMAN y PALIFKA, *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge University Press, 2016; ROSE-ACKERMAN, *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge University Press, 1999.

²⁴ Para datos actualizados puede consultarse el Observatorio de Causas de Corrupción, de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, Disponible en: <https://causasdecorrupcion.org/> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

²⁵ BALÁN, “Competition by Denunciation: The Political Dynamics of Corruption Scandals in Argentina and Chile”, *Comparative Politics*, vol. 43, n° 4, 2011, pp. 459-478.

²⁶ En Israel, las disputas sobre las causas en torno a Benjamin Netanyahu llevaron a que debieran realizarse cinco elecciones parlamentarias entre 2019 y 2022. DOTHAN, “Prosecuting Politicians”, en proceso de publicación en *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 57, 2024.

²⁷ BASSOK, “The Sociological-Legitimacy Difficulty”, en *Journal of Law and Politics*, vol. 26, n° 239, 2011, pp. 239-272.

²⁸ DE JESÚS y VALENTINI, *Índice de Confianza en la Justicia*, publicado por el Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia y la Universidad Torcuato Di Tella, junio de 2024.

del funcionario reticente a firmar resoluciones por miedo a potenciales denuncias penales.²⁹ En Brasil, donde también se incrementaron las persecuciones contra funcionarios públicos,³⁰ se acuñó el término “apagao das canetas” (apagón de los bolígrafos) para referirse al fenómeno relativo a los funcionarios públicos que, ante la amenaza punitiva, optaban por no firmar resoluciones.³¹

Otorgar una amplia inmunidad a presidentes y altos funcionarios por sus conductas realizadas en carácter oficial terminaría con estos problemas. La disputa política quedaría circunscrita a la arena política y los miembros del Ejecutivo podrían decidir sin temor a consecuencias penales. Pero con la cura vendría una nueva enfermedad: una inmunidad como la planteada en *Trump v. United States* generaría inconvenientes de distinta índole. El principal es que la ausencia de cualquier tipo de disuasión penal podría generar excesos y fomentar la delictividad del poder.³² La parálisis del Ejecutivo no es algo deseable, pero sí lo es que se paralicen ciertas acciones de questionable legalidad. Que un presidente deba actuar de modo energético y decidido no implica que no deba plantearse dudas cuando presume que una conducta puede ser delictiva. Como marca la disidencia de la jueza Sotomayor, el presidente cuenta con enormes equipos técnicos para ponderar los riesgos de una decisión.³³

La inmunidad, como mínimo presuntiva, de toda acción oficial habría dificultado la persecución de casi todas las investigaciones contra presidentes de la historia argentina, hasta de aquellas en las que mayor consenso hay respecto de su criminalidad. Por citar un ejemplo, lo que se le atribuyó a Menem en la causa por tráfico de armas a Ecuador y Croacia fue la firma de tres decretos, que autorizaron la venta de armas a Venezuela y Panamá, desde donde fueron llevadas a sus verdaderos destinos.³⁴ Los decretos son actos oficiales, por lo que, *a priori*, no podrían generar responsabilidad penal. Si a esto se suma la imposibilidad de hurgar en los motivos de los actos

²⁹ Durante la gestión de Alberto Fernández, su vicepresidenta, Cristina Fernández de Kirchner apuntó, en este sentido, a “funcionarios que no funcionan”. LETRA P, “CFK: que los funcionarios que “tengan miedo” se “busquen otro laburo””, 18 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.letrap.com.ar/nota/2020-12-19-11-58-0-cfk-aquellos-que-tengan-miedo-por-favor-hay-otras-ocupaciones-ademas-de-ser-ministro>, [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

³⁰ MOTA PRADO y DE ASSIS MACHADO, “Using Criminal Law to Fight Corruption: The Potential, Risks, and Limitations of Operation Car Wash (Lava Jato)”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 69, 2021, pp. 834-79.

³¹ NOAL DOS SANTOS, “Administração Pública do Medo. Apagão das Canetas. Formas de evitar”, en *Jusbrasil*, 2022. Disponible en <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/administracao-publica-do-medo-apagao-das-canetas-formas-de-evitar/1710225846>. [Enlace verificado el día 2 de septiembre de 2024].

³² Disidencia de la jueza Sotomayor en SCOTUS, “Trump v. United States”, 1 de julio de 2024, [Trump v. United States, 603 U.S. ____ (2024)].

³³ Disidencia de la jueza Sotomayor en SCOTUS, “Trump v. United States”, 1 de julio de 2024, [Trump v. United States, 603 U.S. ____ (2024)].

³⁴ CNPE, “Sarlenqa, Luis E. A. y otros s/contrabando de armas y material bélico” (Causa N° 8830/97).

como fundamento de que no fueron oficiales, cuestionar los decretos sería imposible (dado que la no oficialidad no podría fundarse en que la razón de su dictado fue enviar las armas a Croacia y Ecuador).

Las únicas conductas no amparadas por la inmunidad serían las hechas por fuera de toda normativa; un ejemplo podrían ser los cautiverios en centros clandestinos de detención de la última dictadura.³⁵ Pero la aplicación de la doctrina de Trump v. United States podría llegar a complicar, también, la persecución de actos no oficiales, al prohibir usar acciones oficiales como prueba en esos casos. Esto puede con la reciente acusación contra el ex presidente Alberto Fernández de golpear a su ex pareja en la Quinta de Olivos. Este es un ejemplo de manual de acción no oficial. Ahora bien, parte de la prueba de la causa es el registro de entradas y salidas a la Quinta de Olivos.³⁶ Ese registro es oficial, por lo que no podría ser usado como prueba.

La forma en que los tribunales locales han perseguido a presidentes, ex presidentes y altos funcionarios no ha dado los resultados esperados y ha generado nuevos problemas. Sin embargo, una doctrina como la de Trump v. United States podría generar una situación aún peor. Más allá de la discusión acerca de las persecuciones penales que tuvieron lugar en los últimos años, la corrupción es un problema real en la historia argentina, cuya solución no puede ser dejada en manos de la buena voluntad de los gobernantes y de controles informales, a través del retiro del derecho penal. El desafío es, entonces, encontrar un equilibrio entre rendición de cuentas y no intrusión en funciones de otros poderes.

V. Menos inmunidad, menos persecución

Este breve ensayo no pretende encontrar la solución a la ponderación entre sancionar la corrupción y no entrometer al derecho penal en cuestiones políticas, sino plantear que es un trabajo pendiente. Aun así, realizaré algunas consideraciones acerca del marco en el que, creo, debería abordarse este trabajo.

Para empezar, aun si se llegara a la conclusión de que es necesario que el presidente goce de ciertas protecciones para poder ejercer correctamente su rol, construir estas protecciones de la

³⁵ De todos modos, la extensión de la inmunidad otorgada por la Corte norteamericana hace que hasta ante una conducta de este estilo no sería del todo descabellado argüir que existió cierta oficialidad: por ejemplo, al referir que “combatir a la subversión” era un objetivo oficial.

³⁶ LA NACIÓN, “La denuncia de Fabiola Yáñez | El Gobierno revisa las cámaras de seguridad de Olivos y los registros de entradas para aportar pruebas a la Justicia”, 19 de agosto de 2024. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/politica/el-gobierno-revisa-las-camaras-de-seguridad-de-olivos-y-los-registros-de-entradas-para-aportar-nid19082024/> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

forma en la que lo hizo la Corte Suprema de los Estados Unidos sería un error. Una de las principales críticas a *Trump v. United States* es que las inmunidades que deriva de la Constitución no surgen de su letra. En su voto en disidencia, Sotomayor marca que los constituyentes sabían cómo otorgar inmunidades: lo hicieron con las opiniones vertidas por los legisladores en el ejercicio de sus funciones, y no lo hicieron con el presidente. Lo mismo sucede en Argentina. En este marco, una potencial limitación a la persecución penal en forma de inmunidades creadas jurisprudencialmente sólo aumentaría la percepción de la politización del Poder Judicial.

Es más, el propio concepto de inmunidad puede ser problemático, en tanto parece autorizar a ciertos grupos de personas a cometer delitos, o a salvaguardar a estos grupos de investigaciones penales tendientes a dilucidar si los cometieron. Es por esto que tampoco parece conveniente discutir los límites a la persecución de funcionarios públicos a través de una potencial ampliación de lo abarcado por la Ley de Fueros. Es cierto que esta vía tendría la ventaja de que el debate se dé de un modo más democrático —en el Congreso y no en los tribunales—, pero el resultado podría recibir objeciones constitucionales: para algunos, la Ley de Fueros en sí es inconstitucional, por vulnerar el principio de igualdad.³⁷ Por este motivo, si quisieramos explorar caminos alternativos al amplio margen de persecución a políticos y funcionarios existente en la Argentina, deberíamos ahondar en posibilidades más promisorias y democráticas que una inmunidad generalizada.³⁸

Naturalmente, otorgar inmunidades no es la única forma de limitar persecuciones penales, sino que existen alternativas tanto procesales como sustantivas, para evitar una sobre-criminalización de la gestión pública. Entre las primeras, una posibilidad sería revisar la doctrina consistente en relajar garantías procesales y sustantivas en causas contra funcionarios públicos. Es cierto que investigar a los poderosos puede presentar dificultades especiales, pero también es cierto que los costos de cometer errores son mayores. Una condena injusta contra un líder político no sólo lo afecta a él, sino a todas las personas a las que representan. Al anular la sentencia

³⁷ NIETO, “Privilegios derivados de la representación”, en GARGARELLA y GUIDI (eds.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina: jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, La Ley, Buenos Aires, 2016, pp. 565-576. NIETO plantea que las inmunidades establecidas constitucionalmente en los artículos 68 y 69 tienen por objeto preservar la independencia y la representación del Poder Legislativo, y no el funcionamiento de los poderes. La Ley de Fueros, al no fundarse en las mismas razones, sería contraria al principio de igualdad.

³⁸ ZIMMERMAN (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers: A Comparative Perspective*, Springer, 2017; BASE DE DATOS POLÍTICOS DE LAS AMÉRICAS, “Inmunidad presidencial”, Análisis comparativo de las constituciones de los regímenes presidenciales. Disponible en: <https://pda.georgetown.edu/Comp/Ejecutivo/Presidencia/inmunidad.html> [Enlace verificado el día 30 de agosto de 2024]. En ciertos países, como Noruega o Finlandia, el estándar probatorio para presentar un caso contra un funcionario público es de por sí elevado. Es usual que la posibilidad de perseguir a un presidente en funciones dependa de un proceso de juicio político previo. Entre otros lugares, es así en Estados Unidos, en Colombia y en Costa Rica. En Perú, el presidente solo puede ser juzgado por delitos específicos. En Brasil, mientras esté en funciones, el presidente no puede ser responsabilizado por actos no vinculados al ejercicio de su rol.

contra Lula Da Silva, el Supremo Tribunal Federal de Brasil estableció que su condena había sido un error histórico.³⁹ Además de aminorar este tipo de riesgos, revestir el proceso de garantías tiene la ventaja adicional de legitimar su resultado y evitar señalamientos de animosidad o persecución. Además, para evitar la parálisis estatal, pero sin generar impunidad, podría establecerse una regulación, como la existente en muchos países, que establezca que los presidentes no pueden ser investigados ni llamados a declarar durante sus mandatos, pero sí una vez que dejan sus cargos.⁴⁰ Si lo que se quiere es evitar convertir a la denuncia penal en un mecanismo político, también podrían imponerse sanciones a quienes denuncien sin fundamentación, como costas procesales altas, algo que no se aplica en el derecho penal argentino.

Desde la faz sustantiva, si lo que preocupa es evitar intromisiones judiciales en las tareas del Poder Ejecutivo que sean perjudiciales para el funcionamiento del Estado, más que inmunizar, lo lógico sería reducir las conductas que tipifican crímenes contra la administración pública, o instaurar causas de justificación/permisos para la realización de ciertos tipos penales cuando el accionar tiene por fin lograr un objetivo constitucionalmente legítimo. Indicar que los actos presidenciales oficiales son inmunes, como hace la Corte Suprema estadounidense, equivale a afirmar “si el presidente comete un delito en el ejercicio de sus funciones, no deberá ser sancionado para no afectar el desenvolvimiento de su labor”. Esto es así porque si no fueran delito no habría nada que inmunizar. Por lo tanto, la inmunidad operaría como una excusa absolutoria. Pero esto es poco convincente: si lo que se piensa es que la realización de una conducta no debe ser objeto de persecución penal por ser socialmente beneficiosa, debería, o bien considerársela un riesgo permitido, o bien, justificársela. El mensaje de la ley sería más claro: no se trataría de una carta blanca para que el Ejecutivo delinca, sino que se establecería que la labor presidencial requiere poder realizar legalmente conductas que, en otro contexto, serían delictivas.

VI. Conclusión

Con todos sus problemas, *Trump v. United States* sirve para abrir una discusión respecto de la conveniencia de perseguir penalmente funcionarios de alto rango que, en nuestro país, no ha sido abordada con profundidad. Las principales voces críticas frente a las crecientes investigaciones penales contra líderes políticos en Argentina apuntaron contra la intencionalidad política y las formas con que se llevaron a cabo, pero no exploraron los problemas que podían acarrear para el funcionamiento del Estado. Este último es un punto mucho más rico para el debate jurídico que el de si existieron motivos espurios detrás de decisiones judiciales. Que un juez decida perseguir a un

³⁹ STF, “RECLAMAÇÃO 43.007 DISTRITO FEDERAL”, 11 de octubre de 2023 (Rcl 43007 DF XXXXX-48.2020.1.00.0000 – Inteiro Teor).

⁴⁰ Es así, entre otros lugares, en México y en Francia.

político para sacarlo de una competencia electoral es de gran interés institucional y político, pero desde el derecho penal y constitucional no hay mucho que decir: está claro que el magistrado habría actuado ilegalmente. En cambio, explorar el establecimiento de ciertos límites a la persecución penal de funcionarios públicos como forma de preservar la división de poderes o de garantizar el correcto funcionamiento del Poder Ejecutivo sí compete directamente a nuestra disciplina. La inmunidad no parece ser el mejor camino para dar este debate. Otras vías, tanto jurisprudenciales como legislativas, podrían alcanzar objetivos similares con menos costos. En un contexto de polarización extrema, de desconfianza en el Poder Judicial y de utilización de las denuncias penales como herramienta política, este es una discusión necesaria.

VII. Bibliografía

ACKERMAN, Bruce, “The Path Not Taken in Trump’s Immunity”, en *Project Syndicate*. Disponible en: <https://www.project-syndicate.org/commentary/trump-supreme-court-immunity-case-barrett-had-right-approach-by-bruce-ackerman-2024-07> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

AMERICA’S SOCIETY COUNCIL OF THE AMERICAS, “Latin America’s Battle Against Corruption: A Path Forward”, en *Americas Quarterly*, 2018, pp. 1-12

AMAR, Akhil Reed, “Something Has Gone Deeply Wrong at The Supreme Court”, en *The Atlantic*. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2024/07/trump-v-united-states-opinion-chief-roberts/678877/> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

_____, “Something Has Gone Deeply Wrong at The Supreme Court”, en *The Atlantic*. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2024/07/trump-v-united-states-opinion-chief-roberts/678877/> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

BALÁN, Manuel, “Competition by Denunciation: The Political Dynamics of Corruption Scandals in Argentina and Chile”, *Comparative Politics*, vol. 43, nº 4, 2011, pp. 459-478.

BASE DE DATOS POLÍTICOS DE LAS AMÉRICAS, “Inmunidad presidencial”, Análisis comparativo de las constituciones de los regímenes presidenciales. Disponible en: <https://pdbs.georgetown.edu/Comp/Ejecutivo/Presidencia/inmunidad.html> [Enlace verificado el día 30 de agosto de 2024].

BASSOK, Or, “The Sociological-Legitimacy Difficulty”, en *Journal of Law and Politics*, vol. 26, nº 239, 2011, pp. 239-272.

CÁMARA CRIMINAL CORRECCIONAL FEDERAL, Sala II, “Larregina, Miguel A. y otros s/detención”, 17 de octubre de 2017 (CFP 5218/2016/17/CA14).

CÁMARA NACIONAL EN LO PENAL ECONÓMICO, Sala B, “Sarlenga, Luis E. A. y otros s/contrabando de armas y material bélico”, 29 de abril de 2008 (Causa N° 8830/97).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Cavallo Domingo Felipe s/ recurso de casación”, 19 de octubre de 2004 (Fallos: 327:4376).

– “Martínez Casas, Mario s/querella”, 25 de noviembre de 1992 (Fallos 248:462)

– “Procurador Fiscal c/ D. Nicasio Oroño”, 27 de octubre de 1873 (Fallos 14:223).

– “Sala, Milagro Amalia Ángela y otros s/ p.s.a. asociación ilícita, fraude a la administración pública y extorsión”, 06 de noviembre de 2017 (Fallos: 340:1775)

– “Varela Cid, Eduardo/ inf. Art. 244, 2^a parte del Código Penal”, 7 de julio de 1992 (ED 150.323)

DA ROS, Luciano y GEHRKE, Manoel, “Convicting Politicians for Corruption: The Politics of Criminal Accountability”, en *Government and Opposition*, 2024, pp. 1–25

– “Heads of Government Convicted of Crimes (HGCC) Data Set”, base de datos disponible en: <http://manoelgehrke.com/datasets>. [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

DE JESÚS, Marcelo O. y VALENTINI, Mariano G., *Índice de Confianza en la Justicia*, publicado por el Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia y la Universidad Torcuato Di Tella, junio de 2024.

NOAL DOS SANTOS, Alexandre, “Administração Pública do Medo. Apagão das Canetas. Formas de evitar”, en *Jusbrasil*, 2022. Disponible en: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/administracao-publica-do-medo-apagao-das-canetas-formas-de-evitar/1710225846>. [Enlace verificado el día 2 de septiembre de 2024].

DOTHAN, Shai, “Prosecuting Politicians”, en proceso de publicación en *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 57, 2024.

GONZÁLEZ-OCANTOS, Ezequiel y BARAYBAR HIDALGO, Viviana, “Lava Jato Beyond Borders: The Uneven Performance of Anti-Corruption Judicial Efforts in Latin America” en *Taiwan Journal of Democracy*, vol 15, n° 1, 2019, pp. 63-89.

GONZÁLEZ-OCANTOS, Ezequiel; MUÑOZ CHIRINOS, Paula; BARAYBAR HIDALGO, Viviana y PAVAO, Nara, *Prosecutors, Voters and the Criminalization of Corruption in Latin America: The Case of Lava Jato*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023.

GREGORIAN y REILLY, “Special counsel charges Trump with conspiracy to defraud the U.S.”, en NBC NEWS, Disponible en: <https://www.nbcnews.com/politics/donald-trump/trump-indicted-jan-6-grand-jury-2020-election-rcna95199> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

LA NACIÓN, “La denuncia de Fabiola Yañez | El Gobierno revisa las cámaras de seguridad de Olivos y los registros de entradas para aportar pruebas la Justicia”, 19 de agosto de 2024. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/politica/el-gobierno-revisa-las-camaras-de-seguridad-de-olivos-y-los-registros-de-entradas-para-aportar-nid19082024/> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

LETRA P, “CFK: que los funcionarios que “tengan miedo” se “busquen otro laburo””, 18 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.letrap.com.ar/nota/2020-12-19-11-58-0-cfk-aquellos-que-tengan-miedo-por-favor-hay-otras-ocupaciones-ademas-de-ser-ministro> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

LIPTON, David; WERNER, Alejandro y PELIN BERKMEN, S., “Corruption in Latin America: A Way Forward”, en *International Monetary Fund Blog*, 28 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.imf.org/en/Blogs/Articles/2017/09/28/corruption-in-latin-america-a-way-forward> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

MORGENSTERN, Federico, *Cosa juzgada fraudulenta*, Editorial IB, 2005.

MOTA PRADO, Mariana y DE ASSIS MACHADO, Marta R., “Using Criminal Law to Fight Corruption: The Potential, Risks, and Limitations of Operation Car Wash (Lava Jato)”, *The American journal of comparative law*, vol 69, 2021, pp. 834–879.

NIETO, Joao S., “Privilegios derivados de la representación”, en GARGARELLA, Roberto y GUIDI, Sebastián (eds.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina: jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, La Ley, Buenos Aires, 2016, pp. 565-576.

Observatorio de Causas de Corrupción de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, disponible en: <https://causasdecorrupcion.org/> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

PERETTI, *Lawfare, Guerra judicial-mediática*, Buenos Aires, Ariel, 2019.

Procuración General de la Nación, “Righi, Esteban Justo c/ Garrido, Manuel s/ ds. y ps. (CSJ 109/2014(50-R)/CS1)”, 14 de diciembre de 2015.

ROSE-ACKERMAN, Susan y PALIFKA, Bonnie J., *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge University Press, 2016

ROSE-ACKERMAN, Susan, *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge University Press, 1999.

SPECTOR, Horacio, “Fueros o privilegios parlamentarios-Inmunidades legislativas”, en *Información Parlamentaria de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación*. Disponible en: https://www2.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/glosario/F/fueros_inmunidades.html, [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, “Nixon v. Fitzgerald, 24 de julio de 1974, [Nixon v. Fitzgerald, 418 U.S. 683 (1974)].

– “Nixon v. Fitzgerald, 24 de junio de 1982, [Nixon v. Fitzgerald, 457 U.S. 731 (1982)].

– “Trump v. United States”, 1 de julio de 2024, [Trump v. United States, 603 U.S. ____ (2024)], p. 10.

– “Trump v. Vance”, 9 de julio de 2024, [Trump v. Vance, 591 U.S. ____ (2024)].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL, “RECLAMAÇÃO 43.007 DISTRITO FEDERAL”, 11 de octubre de 2023 (Rcl 43007 DF XXXXX-48.2020.1.00.0000 – Inteiro Teor).

TRIBE, Laurence H., “The Trump Decision Reveals Deep Rot in the System”, en *The New York Times*. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2024/07/01/opinion/supreme-court-trump-immunity.html#> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

ZAFFARONI, Eugenio Raúl VEGH WEIS, Valeria y CAAMAÑO, Cristina, *¡Bienvenidos al Lawfare!*, Buenos Aires, Editorial Capital Intelectual, 2020.

ZIMMERMAN, Frank (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers: A Comparative Perspective*, Springer, 2017.