

El delito de malversación de caudales públicos: a propósito del vacunatorio VIP.

Pablo Over Obiaño¹

(Universidad Nacional de Mar del Plata, Mar del Plata, Argentina)

Fecha de recepción: 11/11/2023

Fecha de aceptación: 22/03/2024

Resumen: En el presente artículo se analiza de forma completa el tipo penal de malversación de caudales públicos, delito que atenta contra el bien jurídico protegido de administración pública. El foco central gira en torno a entender el concepto de caudal público desde una tesis amplia, pudiendo tipificarse como conducta ilícita los casos de malversación de bienes que no sean dinero, quedando abarcados los hechos conocidos como "vacunación VIP". Esta óptica esclarece el concepto de caudal público y permite que se proyecte a supuestos similares a futuro, dado que la plata no es lo único bien que se puede malversar. La temática sigue vigente, teniendo en cuenta que en la actualidad (año 2024) existe retención de alimentos en los depósitos de Desarrollo Social.

Palabras clave: Malversación de fondos – Caudal Público - Vacunación VIP – Delitos contra la administración pública

Abstract: This article completely analyzes the criminal type of embezzlement of public funds, a crime that attacks the protected legal good of public administration. The central focus revolves around understanding the concept of public wealth from a broad thesis, and cases of embezzlement of assets other than money can be classified as illicit conduct, covering the events known as "VIP vaccination". This perspective clarifies the concept of public wealth and allows it to be projected to similar assumptions in the future, given that money is not the only asset that can be embezzled. The theme is still valid, taking into account that currently (2024) there is food retention in the Social Development warehouses.

Keywords: Embezzlement of funds – Public Flow – VIP Vaccination – Crimes against public administration

¹ Abogado egresado en la Universidad Nacional de Mar del Plata. Especialista en Derecho Penal en la Universidad Nacional de Mar del Plata.



I. Introducción

En el presente trabajo desarrollaré el delito de malversación de caudales públicos, según el ordenamiento jurídico-penal argentino, vinculándolo –como fuere adelantado en el título- a los hechos de público conocimiento nombrados por la prensa de nuestro país como “vacunación VIP”², los cuales sucedieron una vez que comenzaron a llegar las vacunas desde el exterior para poder combatir al coronavirus.

Aquí en concreto explicaré cómo los funcionarios públicos a cuyo cargo tenían las vacunas para mitigar la Covid-19 dieron una aplicación diferente a la prevista por el Plan Estratégico para la Vacunación contra la Covid-19 en la República Argentina, configurando así el delito propio de malversación de caudales públicos, conforme el art. 260 del CP.

Para ello abordaré en cada subtítulo, primero, los conceptos generales de la figura en cuestión. Estos son el bien jurídico protegido, qué se entiende por caudales públicos, el sujeto activo, el tipo objetivo, el tipo subjetivo, la antijuricidad y la consumación. Y, segundo, las características fácticas y jurídicas del plan de vacunación nacional y sus irregularidades, mencionando las distintas disposiciones emanadas desde los poderes estatales, que tenían como objetivo mitigar la pandemia que nos asechó (decretos de necesidad y urgencia, leyes y plan estratégico para la vacunación contra la Covid-19 en la República Argentina).

Por último, resaltar la vigencia y lo importante que es adoptar un criterio amplio de caudal público, teniendo en cuenta la retención de alimentos en los depósitos de Desarrollo Social, desde diciembre de 2023, manteniéndose hasta la actualidad, a los fines de analizar la figura delictiva en cuestión o estar atentos a qué destino se les termina dando a los comestibles.

II. Bien jurídico protegido

El delito de malversación de caudales públicos se encuentra regulado en el art. 260 del Código Penal, dentro del Título XI, donde se establece como bien jurídico protegido la Administración Pública. El foco se centra en el normal y correcto funcionamiento de dicha administración, siendo de suma relevancia su contralor, dado que abarca todas las ramas de los poderes estatales, es decir, la función administrativa, parlamentaria y judicial (Aboso, 2017, p. 1267).

Tutelar correctamente este bien jurídico implica no solo cuidar a las instituciones de un estado democrático de derecho, sino también sancionar la actuación espuria en el manejo de la cosa pública, frente a la mirada de la sociedad que pretende un servicio público eficaz (Aboso, 2017, p. 1267).

² Si bien titular los hechos de esa forma –“Vacunación VIP”- no resulta de mi agrado –preferiría vacunación irregular-, lo mantendré porque así se han conocido públicamente los casos que aquí se desarrollarán.

Como bien señala la doctrina nacional, este bien tutelado es de carácter supraindividual, de tipo funcional y no estático, que intenta proteger el correcto funcionamiento y el eficaz desarrollo de la administración pública. Asimismo, se lo puede afectar tanto por acción como por omisión (comisión por omisión), siendo su sujeto activo un funcionario del Estado, quien por su rol tiene la obligación -especial- de administrar bienes públicos (Donna, 2000, p. 257).

Recordemos que con la sanción de la Ley 24.759 se aprobó la Convención Interamericana contra la Corrupción, cuerpo normativo internacional surgido de la Organización de los Estados Americanos (OEA), que es perfectamente aplicable a prácticamente todo el Título XI de nuestro código de fondo. La convención se centra en el convencimiento de que la corrupción debilita la legitimidad de las instituciones públicas, y atenta contra la sociedad entera y su respectivo desarrollo, exigiendo su combate para evitar vicios en la gestión pública y, en consecuencia, el deterioro de la moral social. En cierta medida, este trabajo pretende sostener esa bandera.

También, para analizar este bien jurídico, debemos tener presente la ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (Ley 25.188), que establece el conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades para todas las personas que se desempeñan en la función pública, en todos los niveles y roles jerárquicos.

Ahora bien, la palabra “malversación” proviene del latín, en donde *male* es mal y *versare* es volver. Entonces malversar caudales públicos implica una mala inversión (Mañalich, 2012, p. 372) o la “inversión ilícita de los caudales ajenos” que se confían a los funcionarios, como obligados especiales (Buompadre, 2003, p. 239). Como se ampliará en el apartado del Sujeto Activo, nos encontramos ante funcionarios públicos que defraudan las expectativas de sus roles al cometer esta clase de delitos especiales de infracción de un deber (Aboso, 2017, p. 1268).

Respecto a qué es lo que se malversa, adelanto que alcanza a todos los bienes del estado (no sólo dinero), que tienen asignado un destino específico y se les da una aplicación diferente, como lo sucedido con las vacunas para combatir al coronavirus. En profundidad será desarrollado en el próximo subtítulo, pero adelantaré que las autoridades –en todas sus jerarquías– que dieron a las vacunas del coronavirus una aplicación diferente a la diagramada en el Plan Estratégico para la Vacunación contra la Covid-19 en la República Argentina³, cometieron el delito de malversación de caudales públicos. La situación resulta clara. Gran cantidad de funcionarios disponen y administran las vacunas contra la Covid-19 –no sólo el ex ministro de salud– y velan –o eso deberían hacer– por la correcta aplicación del plan nacional de vacunación, el que,

³ Plan Estratégico para la Vacunación contra la Covid-19 en la República Argentina, <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/coronavirus-vacuna-plan-estrategico-vacunacion-covid-19-diciembre-2020.pdf>

lamentablemente y a la luz de los hechos denunciados, ha sufrido graves irregularidades.

III. ¿Qué es un caudal público?

Cabe destacar que lo que aquí se exponga forma parte del tipo objetivo. Sin perjuicio de ello, entiendo que merece darle un subtítulo propio, al margen que, luego, tengamos que volver sobre este punto.

Primero, traeré a colación un delito muy ligado al de malversación (dar aplicación diferente a los caudales o efectos públicos) como lo es el peculado (sustraer caudales o efectos públicos), solamente para analizar la forma en que este último era analizado en sus inicios y cómo se lo analiza ahora. De manera similar sucede con la malversación y la extensión de los denominados “caudales públicos”, los cuales no son solamente dinero. Veamos.

Haciendo un recorrido histórico, vemos que la palabra original en el Derecho Romano de peculado era *peculatus*, y *pecus* era ganado⁴. En caso de sustraerlo y que además pertenezca al Estado (por aquel entonces el ganado era la cosa mueble más importante), se incurriría en este delito. Es cierto que en esos tiempos aún no existía el dinero, pero no es menos cierto que la sociedad se encuentra permanentemente evolucionando y que, según la época, sustraer una moneda, un metal, un botín de guerra, dinero, una letra de cambio, etc., implicaría el delito de peculado (Buompadre, 2003, p. 240).

Así, lo más común –o lo primero que se nos viene a la mente– es que a esta categoría de delitos se los cometa –hoy– sustrayendo dinero. Sin embargo, en su momento lo más valioso –como se dijo– era el ganado y su sustracción configuraba peculado. Hoy sustrayendo cualquier bien, afectando el patrimonio público (pecunia), nos permite tenerlo por acreditado (no sólo dinero, tampoco ganado). Es decir, el bien jurídico tutelado no es estático.

Lo que se pretende dejar zanjado es que, cuando pensamos en esta categoría de delitos, lo primero que se nos presenta es el dinero, pero esto no resulta ser abarcativo de todos los significados de caudal público. Todo dinero lo es, pero no todo caudal es dinero. Es decir, hay una relación género-especie. Ahora, con una sociedad completamente evolucionada, encontramos que el término tiene múltiples alcances.

Volviendo al delito que nos ocupa, la malversación no se comete sólo dando aplicación diferente al dinero, así como tampoco ahora el delito de peculado se consuma solamente sustrayendo ganado. Según la Real Academia Española (2024), caudal, en lo que aquí respecta, significa: hacienda, bienes de cualquier especie, y más comúnmente

⁴ También se lo ha entendido como ovejas, del vocablo latino *pecore*, pero siempre aludiendo a la sustracción de riqueza pública. En este sentido, ver el voto del Dr. Juan Carlos Gemignani en la causa nro. CFP 9753/2004/TO1/2/CFC2, reg. 300/16.4, del 18/04/2016, p. 26.

dinero; abundancia de cosas que no sean dinero o hacienda; capital o fondo⁵. De ello se desprende que, siendo funcionario público encargado de la administración (guarda, depósito, distribución, aplicación, control, etc.) de las vacunas contra el coronavirus cometes el delito de malversación de caudales públicos, si a estos objetos materiales (que son susceptibles de valor pecuniario y pertenecientes al Estado) le das una aplicación diferente de aquella que fuere prevista en el plan de vacunación estratégico nacional (destino).

En este sentido, veamos las voces de la doctrina. Afirma Aboso (2017) que:

El contenido normativo de este término [caudales] no se limita sólo al dinero, sino que abarca otros valores (por ejemplo, joyas, divisas extranjeras, cuadros, parque automotor, etc.), es decir, bienes muebles con valor económico... no excluyen su aplicación a los bienes inmuebles (p. 1347).

En palabras de Donna (2000):

La expresión caudales comprende toda clase de bienes con apoyatura de la extensión del artículo 2313 del Código Civil. La expresión no se reduce solamente al dinero, que como bien lo ha hecho notar Creus, cuando la ley se refiere a él lo hace designándolo como fondo o cantidad. Además, de acuerdo a lo especificado por el Código Civil los objetos tienen que tener un valor, y ese valor es de carácter económico (p. 262/263)⁶.

Y en las de Buompadre (2003):

Debe entenderse por 'caudales' a todo género de bienes, de cualquier clase, que representen algún valor (...) El término comprende, no solo al dinero sino a otro tipo de valores, como ser las letras de cambio, cheques, valores mobiliarios, títulos y todo género de acciones y obligaciones, joyas, objetos de arte, etc., siendo indiferente que sean fungibles o no. Los caudales deben tener un valor que puede ser de cualquier naturaleza, no solo económico. El concepto abarca a los muebles y útiles de oficina (p. 245/246).

Por un sendero similar transita, en su art. 6.1, la Convención Interamericana contra la Corrupción al referirse a "cualquier objeto de valor pecuniario" al describir los actos de corrupción. Además, el artículo 7 delimita concretamente los actos de corrupción, siendo ellos el requerimiento, aceptación, ofrecimiento, otorgamiento (directa e indirecta) por un funcionario público de cualquier objeto de valor pecuniario o cualquier otro beneficio (dativas, favores, promesas o ventajas) para sí mismo, persona o entidad

⁵ Real Academia Española. (2024). Caudal. En Diccionario de la lengua española (23.^a ed.). Recuperado de <https://dle.rae.es/caudal>

⁶ El Artículo 2313 del Código Civil indica que las cosas son muebles e inmuebles por su naturaleza, por accesión o por su carácter representativo. Ahora los bienes están estipulados a partir del art. 225 y ss. del Código Civil y Comercial.

a cambio de realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones; o la realización de cualquier acto u omisión con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí o terceros; el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes proveniente de las conductas antes descritas; y la intervención delictiva en cualquiera de sus formas (autor, coautor, instigador, cómplice o encubridor) en la comisión, tentativa, asociación o confabulación para ejecutar los actos aquí mencionados.

Compartimos los argumentos aquí vertidos por la doctrina y entendemos, por todo lo antes dicho, que las vacunas que el Estado poseía para mitigar los efectos adversos del coronavirus son caudales públicos y, por ello, dar una aplicación ilegítima y arbitraria sobre su destino (su distribución y aplicación diagramada en el plan nacional), hace que sus encargados (funcionarios o empleados públicos) comentan el delito propio de malversación.

Nótese que el legislador no solo se centró en el dinero, dirigiéndose en otras figuras a otros bienes. Un ejemplo claro de ello resulta ser la malversación de bienes equiparados (art. 263 del CP), que si lo analizamos de forma armónica con el resto del articulado -y esto no quiere decir que esté realizando una analogía *in malam partem*, sino para demostrar que el legislador no sólo se refiere al dinero cuando hablamos de bienes posibles de malversar-, lo que se malversa en el art. 263 del CP son bienes (todos) que pertenecen a establecimientos públicos o de beneficencia, caudales embargados, secuestrados o depositados. Es sabido que, por ejemplo, en las causas judiciales no solo se embarga, secuestra o deposita dinero, sino que todo tipo de cosas con valor pecuniario o probatorio. En esto también es conteste la doctrina en entender a estos bienes como cualquier objeto material que cumpla ese carácter.

Por otra parte, no hay conflictos doctrinarios en cuanto al alcance de los “efectos públicos”, que se refiere a valores de papel, como lo son los documentos de créditos, títulos negociables, sellos y estampillas, que representan un valor económico y tienen carácter negociable.

Sin perjuicio de lo antes dicho, quiero hacer una aclaración. Si bien la última parte del art. 260 del CP puede generar algún tipo de confusión al decirnos en la parte agravada de la figura que se impondrá la multa del veinte (20) al cincuenta (50) por ciento de la cantidad distraída, ello no implica que se esté refiriendo solo al dinero, sino que en caso que sean otros tipos de bienes, como por ejemplo las vacunas, se tendrá que calcular su valor pecuniario para determinar la pena de multa. Lo mismo ocurriría con las joyas, obras de arte y otras cosas materiales que tienen valor pecuniario.

Resta definir el carácter público de los caudales o efectos. Así lo serán siempre que pertenezcan al Estado, a la hacienda pública, a la administración pública y también podrían serlo si pertenecen a entes autárquicos. Esto es, bienes propios de la administración, sin que resulte necesario que los mismos sean efectivamente

incorporados al erario público -así lo interpretó también el STS en resolución 1026/2009- (Aboso, 2017, p. 1348). La idea gira en torno a la disponibilidad y afectación de los bienes públicos, teniendo el Estado –por intermedio de sus funcionarios– la facultad de disposición para afectarlos a servicios o fines públicos (Buompadre, 2003, p. 249).

En relación a este último punto, surgen desde la doctrina distintas teorías: 1) La teoría del riesgo, apoyada por Soler, quien entendía que los fondos públicos pueden ser del fisco nacional, provincial o municipal, sin estar vinculados a empresas de tipo comercial. Buompadre (2003) escribe que “Cuando los fondos del fisco han salido a afrontar los riesgos del comercio, han dejado, en general, de ser fondos públicos” (p. 247). 2) La teoría de la pertenencia, entendiendo que los bienes de carácter público son todos aquellos que pertenecen a la administración pública. Por su parte, Maggiore entiende que la pertenencia no es igual al concepto de propiedad del derecho privado, sino que basta con gozar y disponer del bien de manera plena y exclusiva. En palabras de Buompadre (2003), “la idea de pertenencia debe estructurarse sobre los criterios de disponibilidad y afectación: los bienes públicos se caracterizan por el hecho de que el Estado puede disponer de ellos para afectarlos a servicios o fines públicos” (p. 249).

Claro está, entonces, que las vacunas contra el coronavirus, luego de contratos entre el estado argentino y distintas naciones o empresas productoras, no sólo son caudales, sino que además son públicas. Con la necesidad de mitigar el impacto de la Covid-19 se armó una estrategia con “población objetivo a vacunar”, que como luego se verá tenía un criterio de prioridad incumplido, estando su disponibilidad, administración y distribución en cabeza del Estado –al menos así se diagramó en sus inicios–.

Todos los conceptos antes expuestos son perfectamente aplicables a los alimentos retenidos en los depósitos de Desarrollo Social desde diciembre del año 2023 hasta la actualidad. Por ello, la importancia de entender el concepto amplio de caudal público y la alerta que deben tener las fiscalías según el destino que puedan dárseles a los comestibles.

IV. Sujeto Activo

Nos encontramos frente a un delito especial propio y, por ello, solamente podrá ser autor quien posea el deber especial por ser funcionario público y que, además, en su cabeza se haya confiado la administración de los caudales o efectos públicos, o se encuentre en una especial relación con el objeto material a su cargo (Balmaceda Hoyos, 2014, p. 103).

Por un lado, esto no quiere decir que materialmente el funcionario tenga la posesión de los bienes –en sus manos–, sino que alcanza con que se encuentren a su disposición. Admitir ello conllevaría a que posiblemente los funcionarios que ocupen los sectores jerárquicos bajos, teniendo escaso poder de decisión sobre el destino o la aplicación de los bienes, sean los responsables de los hechos, quedando las posiciones

de altos rangos impunes (Balmaceda Hoyos, 2014, p. 104). Por el otro, no alcanza con la tenencia de los bienes, sino su efectiva disponibilidad (Buompadre, 2003, p. 244).

La ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (ley 25.188, año 1999) en su artículo primero establece que serán funcionarios públicos todas las personas que desempeñen precisamente la función pública en todos los niveles y jerarquías, ya sea de forma permanente o transitoria, por elección del pueblo, designación directa, concurso o cualquier otro medio lícito; ello con sentido amplio, alcanzando magistrados, funcionarios y a todos los empleados del Estado.

Por su parte y en modo similar, el Código Penal Argentino, en su artículo 77, se refiere a funcionario público y a empleado público como a toda persona que participa de forma accidental o permanente del ejercicio de funciones públicas, ya sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente. Así, la clave para atribuir la calidad de empleado o funcionario público se determina siempre que la función sea de carácter público –conforme voto del Dr. Gustavo M. Hornos en causa nro. CFP 5471/2011/TO1/15/CFC2, caratulada “Cejas, Raúl Eduardo s. recurso de casación”, sentencia del día 3/11/17–, y exista una designación, ya sea por disposición inmediata de la ley, elección o nombramiento de autoridad competente (Vivó Cabo, 2019, p. 9).

Aquí el funcionario público –*intraneus*– como obligado especial tiene un deber especial de fomento y, por tal condición, sólo él podrá ser autor. Los *extraneus* que de cualquier forma participen en la ejecución de los actos tenientes a dar aplicación diferente a los efectos o caudales públicos, por más que lo realicen de propia mano, solamente podrán ser partícipes (Falcone, 2020, p. 398).

Así, el *intraneus* infringe dos deberes, el general de no intervenir en delitos, y el especial, relacionado a su deber de fomento. El *extraneus* solo infringe el deber general. Sin embargo, ambos deben responder por el delito de infracción de deber especial, toda vez que al hecho hay que analizarlo de forma total. Falcone (2020) refiere que “el principio de unidad del título de imputación obliga a castigar al partícipe por el delito cometido por el autor” (p. 422), prescindiendo de quién ejecute de propia mano la conducta o quién domine fácticamente el hecho (Balmaceda Hoyos, 2014, p. 96). Con relación a esto último, ello quiere decir que en los delitos de infracción de deber especial, el especialmente obligado siempre responde a título de autor, sólo por la infracción de su deber, independientemente de la forma como organiza su conducta (Mañalich, 2012, p. 362).

Otro principio que aquí opera es el de probidad, que siempre se le exige a un funcionario público. Esto es dar preeminencia al interés general por sobre el particular, en lo que respecta al desempeño de su cargo o función (Mañalich, 2012, p. 369) y, además, no vulnerar dicho interés, defraudando así las expectativas de su rol que sobre él recaen. En esta dirección, es muy claro Günther Jakobs, al decir que la

responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol, los cuales pueden ser dos: especiales y comunes. En este ilícito estamos ante roles especiales, donde los titulares de ese rol pueden ser autores, porque están obligados de manera directa y son competentes en relación a los hechos. La otra cara de la moneda está en las personas sin características especiales, estos son los roles comunes, donde el rol común es ser y comportarse como una persona en derecho, con el simple deber – negativo– de no lesionar a otros y el deber de evitar las consecuencias lesivas de la propia organización (Jakobs, 2014, p. 71).

Entonces los sujetos activos, frente a los actos irregulares en materia de vacunación para la Covid-19, representan un abanico muy amplio de personas que pueden quedar involucradas en el delito aquí desarrollado. Las posibilidades de autores, en casos como estos, se extienden desde la cabeza de la administración pública, esto es, el Presidente de la Nación y de allí para abajo. Por eso decimos que luego puede⁷ haber una gran cantidad de involucrados. Con ello no quiero decir que el expresidente, Dr. Alberto Fernández, haya cometido este delito, sólo expreso que podría cometerlo. Las gestiones del poder ejecutivo comienzan con la compra de las vacunas, realizando contratos con naciones o empresas extranjeras, para luego delegar la aplicación del plan estratégico de vacunación en el Ministerio de Salud y, este último órgano, coordina con las provincias y municipios. Nótese que es imposible que solamente Ginés Mario González García, en su rol de ministro –ahora, ex ministro–, haya sido el único que poseía la administración de las vacunas. En los casos de “vacunación VIP” se tendrá que analizar en todos los sectores dónde hubo irregularidades y ver quiénes permitieron que eso suceda (comisión por omisión) o quienes realizaron actos tendientes (acción) para vacunar personas a las cuales aún no les correspondía, según el orden estratégico del plan de vacunación.

El Estado (nacional, provincial y municipal, como también sus órganos centralizados y descentralizados) tendrá que estar bajo la lupa de los acusadores (ministerios públicos fiscales federales y provinciales). Ello deberá comenzar por el ejecutivo nacional, pero se deberá replicar en cada provincia, cada municipio y cada hospital, sala de atención pública, empresa, club, sindicato o lugar donde hayan pasado, en cualquiera de sus etapas, las vacunas contra la Covid-19, prestando atención en que haya habido un funcionario o empleado público competente y que este haya participado, de cualquier forma, en la aplicación diferente de las mismas. A fin de determinar la competencia de la justicia federal o provincial, se tendrá que analizar en qué momento se realiza la transferencia de dominio de las vacunas e insumos necesarios desde el Ministerio de Salud hacía las provincias, al margen de los controles finales, el derecho a

⁷ Resalto la palabra “puede” dado que no se afirma la intervención de los funcionarios concretos, sino por su capacidad de poder administrar los caudales públicos, podrían llegar a ser autores. El objetivo del artículo es el concepto amplio de caudal público y no un documento acusatorio en contra de funcionarios concretos.

requerir rendición de cuentas y su consecuente vigilancia del cumplimiento por parte de Nación. En esta dirección, por ejemplo, lo dictaminó el Procurador General de la Nación en relación al dominio nacional o municipal de bienes públicos en el marco de un conflicto negativo de competencia –en causa nro. 1965/2017/CS1, caratulada “B, Rodrigo Oscar s. malversación de caudales públicos (art. 260)”–.

Evidentemente el ex Ministro de Salud tenía la obligación de actuar conforme fuere dispuesto por el plan nacional y no podía desconocer lo que sucedía puertas para adentro de su ministerio, pero no sólo él era funcionario público allí. Todos los funcionarios y empleados públicos a los cuales se les asignó la custodia, guarda, conservación, transporte, depósito, aplicación y cualquier forma de administración de las vacunas, pueden verse comprometidos por el delito propio de malversación de caudales públicos, previsto y reprimido en el art. 260 del CP, siempre y cuando, obviamente, le hayan dado una aplicación diferente a la que se encontraba prevista en el plan de vacunación.

Incluso podrían quedar comprendidos en la malversación prevista en el art. 263 del CP, las personas que hayan desarrollado sus funciones en empresas privadas, es decir, no funcionarios ni empleados públicos, a las cuales se les delegó y entregó, por ejemplo, el traslado de las vacunas de una ciudad a otra. También sectores que no pertenecen al ambiente público como los clubes, sindicatos y otros lugares que se hayan dispuesto para gestionar y colaborar con la aplicación de las vacunas contra el coronavirus.

V. Tipo objetivo

A los efectos de tratar el tipo objetivo, recordemos el art. 260 del CP: Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieran destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieran destinados, se impondrá además al culpable, multa de veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída⁸.

Entonces, la acción típica consiste en dar a los caudales o efectos públicos una aplicación diferente al destino que tuviesen estipulados. El funcionario público, cuya administración posee de caudales públicos, les da arbitrariamente otro destino (Donna, 2000, p. 262). Sin embargo, el desvío de los objetos públicos no puede superar el umbral de la gestión pública. Si esto sucede nos encontraríamos ante el delito de peculado, que consiste en la sustracción de los mismos (art. 261 del CP). Por otra parte, podemos tener dos destinos de los bienes, el genérico y el específico. El primero, está referido a un bien

⁸ Código Penal de la Nación Argentina. (1984). Artículo 260. En Código Penal de la Nación Argentina (edición actualizada). Recuperado de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

asignado a un órgano estatal determinado, sin delimitar su destino. El segundo, resultará cuando sí se encuentra estipulado su destino (Aboso, 2017, p. 1347).

A su vez, como ya explicamos en el punto III del presente trabajo, los caudales o efectos, deberán contar con un valor patrimonial y, siempre, su carácter deberá ser público. De no cumplir con esos requisitos, la conducta será atípica. A los fines de ampliar este tramo del tipo objetivo léase nuevamente dicho punto (III. ¿Qué es un caudal público?).

Por un lado, la malversación acaece con la aplicación diferente que le da el obligado especial, en concreto, un destino indebido de los caudales o efectos, o una mala aplicación de ellos, cambiándolo de forma arbitraria e incumpliendo la ley, el reglamento o la orden que fuere impuesta por la autoridad competente. Por el otro, no podrá ser malversado todo bien público que no tenga predeterminado o prefijado un destino (Buompadre, 2003, p. 243).

Ahora bien, entrando de lleno a los hechos conocidos como “vacunación VIP” vemos que los funcionarios públicos a los cuales se les asignó el rol de administrarlas - infringiéndolo- les dieron una aplicación diferente. El primer destino, aplicación, se estipuló para el personal de salud, lo cual no se respetó y, aquí, se va a exponer porqué. Arbitrariamente los funcionarios han dispuesto los medios para vacunar, de manera oculta, a otras personas que no tenían prioridad e incluso algunas de ellas ni siquiera pertenecían a grupos de riesgo, defraudando, de esta manera, a las instituciones y a toda la sociedad.

Las vacunas, como ya se explicó, son caudales públicos, siendo este un requisito del tipo. A estos caudales se les designó un destino en el Plan Estratégico para la Vacunación contra la Covid-19 en la República Argentina, el día 23 de diciembre de 2020 (en adelante, plan de vacunación)⁹. Como las vacunas a nivel mundial son un recurso escaso, se armó un plan para dar prioridad a ciertos sectores o grupos, enarbolando valores como la equidad, gratuidad e igualdad para su acceso, en cabeza del Ministerio de Salud. Tales valores fueron defraudados.

Por un lado, el plan mantuvo a los denominados grupos de riesgos de hospitalización o muerte en caso de contraer coronavirus, como venían siendo en otras disposiciones del poder ejecutivo. Sin embargo, el orden de prioridad en la vacunación no se estableció pensando sólo en ello. Aclaro que no hay nada de reprochable en esto, dado que el plan de vacunación en lo abstracto parece correcto –no sucedió lo mismo en lo fáctico–. Los grupos de riesgo son los adultos mayores de 60 años, personas con obesidad, diabetes, personas que padecen enfermedades cardíacas, respiratorias o con

⁹ Plan Estratégico para la Vacunación contra la Covid-19 en la República Argentina. Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/coronavirus-vacuna-plan-estrategico-vacunacion-covid-19-diciembre-2020.pdf>

déficit renal crónico, inmunocomprometidos y otras¹⁰. Sin embargo, y de manera correcta, se dispuso una “*Vacunación por etapas*” seleccionado otra “*Población Objetivo a vacunar*”. Podemos ver en el plan, un cuadro donde –al igual que en todas las otras disposiciones del poder ejecutivo– se puso en primer lugar al personal de salud¹¹. Siempre se lo puso en primer lugar desde que comenzó la pandemia. Después a los adultos de 70 años y más, a las personas residentes en hogares de larga estancia (segundos), adultos de 60 a 69 años (terceros), personal de fuerzas armadas, de seguridad y personal de servicios penitenciarios (cuartos), adultos de 18 a 59 años de grupos de riesgo (quintos), personal docente y no docente de educación (sextos), y otras poblaciones estratégicas definidas por las jurisdicciones y la disponibilidad de dosis (séptimos). Al final del cuadro tenemos una nota que dice que el esquema puede verse modificado a la luz de nueva evidencia científica, la situación epidemiológica y la disponibilidad de dosis. La nota, obrando de buena fe, resulta correcta.

Esto último nos da a entender que, si bien el orden podría haber variado, las variaciones ocurridas en el marco de las aplicaciones “VIP”, no se dieron respetando los pasos estipulados ni haciéndose de manera transparente y franca para la sociedad. Todo lo contrario. La “vacunación VIP” sucedió en las sombras.

Asimismo, vacunar a personas que no pertenecen a grupos de riesgo, en lugares no previstos para la vacunación, como el mayor de los casos conocidos en la sede del Ministerio de Salud, muestra mala fe, ardid y ocultamiento de los vacunados ilegítimos. Esto no es otra cosa que dar aplicación diferente a un bien público, tal como había sido previsto en el Plan Estratégico para la Vacunación contra la Covid-19 en la República Argentina, el cual en breve se destacarán algunas páginas.

Fijese que en esta clase de delitos la jurisprudencia le ha dado importancia al carácter oculto o no de los actos. El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N°11 en la causa N°535/2010 (caratulada “Redrado, Martín s. malversación de caudales públicos”) sobreseyó a un ex presidente del Banco Central de la República Argentina, fundado en que todas las erogaciones y contrataciones se encontraban debidamente imputadas al presupuesto del año 2009, contando con partida presupuestaria y que los gastos habían sido aplicados de acuerdo a sus fines específicos. Dicho argumento se apoyó también en lo arrojado por los informes trimestrales, que eran conocidos por el Directorio, es decir no ocultos. La resolución fue confirmada por la Sala II de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal en causa N°29.507 (caratulada “Pérez Redrado, Hernán Martín s. sobreseimiento”) por no advertir irregularidad en el hecho investigado.

En los supuestos de “vacunados VIP” no teníamos debidamente documentado a las personas que les fueron aplicadas las dosis –cfr. debería estarlo en el NomiVac–,

¹⁰ Plan Estratégico para la Vacunación contra la Covid-19 en la República Argentina, p. 8.

¹¹ Plan Estratégico para la Vacunación contra la Covid-19 en la República Argentina, p. 11.

sino que, después, –administrativamente– tuvo que pedirse por parte del ejecutivo nacional, luego de que los hechos hayan trascendido públicamente. Será materia de investigación ver si el listado entregado con posterioridad a la aplicación es o no fehaciente, o si hay más casos de vacunados de manera irregular e ilegítima.

No obstante, quizás pueda prestar a la confusión lo que surge de la página 10 del plan, cuando menciona la priorización. En este caso aparecen, por riesgo de exposición y función estratégica, los siguientes grupos –en orden–: personal de salud (siempre primero), personal docente y no docente (inicial, primaria y secundaria), y otras poblaciones estratégicas. Luego, se estipula el riesgo de enfermedad grave quedando con el siguiente orden: Adultos de 70 años o más, personas mayores residentes en hogares de larga estancia, adultos de 60 a 69 años y adultos de 18 a 50 de grupos en riesgo; agregándosele criterios de vulnerabilidad como barrios populares, personas en situación de calle, pueblos originarios, personas privadas de libertad, migrantes, docentes universitarios y otros grupos.

Después, en la página 14, vuelve a mencionarse a la población priorizada, que nuevamente coloca en primera posición al personal de salud. La página 15 estipula en segundo lugar al personal estratégico (ya no en el séptimo), definiéndolo como toda persona que desarrolle funciones de gestión y/o conducción y funciones estratégicas necesarias para adecuado funcionamiento del Estado, así como las personas pertenecientes con riesgo de infección o transmisión. A su vez, continúa ejemplificando tal definición mencionando a las fuerzas de seguridad y armadas, docentes y personal no docente de todos los niveles educativos. Recién aquí aparecen los funcionarios del estado, para seguir con el personal del servicio penitenciario. En otro punto aborda a las personas mayores de 60 y, por último, a las personas entre 18 y 59 con factores de riesgo. Mención aparte reciben “otras poblaciones”, refiriéndose a poblaciones estratégicas por su rol en la comunidad, las que viven en barrios populares, situación de calle, pueblos originarios, personas privadas de la libertad, migrantes y otros a definir.

Ahora bien, si algún funcionario se hubiese querido dar una vacuna por ser personal estratégico, ¿por qué no se los vacunó a todos? ¿Por qué se realizó de manera oculta? ¿Por qué se vacunaron también familiares de estos o personas que ni si quiera están mencionadas en los grupos priorizados o de riesgo? Cabe concluir que objetivo principal y manifiesto era el de vacunar al personal de salud. Quienes saltaron ese cerco, violaron el plan. Los responsables son los obligados especiales, todos. No se puede cargar semejante organización en todo el país, sólo en la cabeza del ex Ministro de Salud. Los *intraneus* son todos los funcionarios públicos que, a sabiendas del destino irregular, tuvieron a su cargo la conducción, coordinación y planificación, además de la logística y distribución. Así como también los que se encargaron de su aplicación y el registro de dosis aplicadas con la debida nominalización de la población vacunada.

Mismo orden podía observarse en las directivas emanadas desde el Ministerio de Salud de la Nación, a saber: 1) Personal de establecimientos de salud públicos y privados; 2) adultos mayores de 70 años y quienes viven en establecimientos geriátricos; 3) adultos mayores de 60 años; 4) Personal de las fuerzas armadas, de seguridad y de servicios penitenciarios; 5) adultos entre 18 y 59 años que presentan factores de riesgo; 6) personal docente y no docente de todos los niveles educativos; 7) otras poblaciones estratégicas que definen las jurisdicciones, habitantes de barrios populares, personas en situación de calle, pueblos originarios, personas privadas de la libertad y migrantes.

En todos los órdenes previstos por el plan de vacunación, la primera etapa siempre le perteneció al personal de salud, y sin que ellos estén todos vacunados, se dieron las “vacunaciones VIP”.

Aún más, si se consideran todas las disposiciones emanadas por las autoridades, vemos que se le otorgó un rol primordial al personal de salud. Véase la ley 27.548 (Programa de Protección al Personal de Salud ante la pandemia de coronavirus COVID-19), que en su art. 1, declara de interés nacional y prioritario la protección de la salud del personal del sistema de salud argentino y para los trabajadores de servicios esenciales; y su anexo nro. IF-2020-58654914-APN-SCS#MS, que sólo se refiere a los trabajadores y trabajadoras de la salud; complementado con el Decreto 747/2020, dónde se reglamentó el programa de protección. También ello se complementa con todas las disposiciones¹², que crearon el ASPO o el pase a la DISPO –y las que mantenían esos estados de aislamiento o distanciamiento–, teniendo como primer parámetro (art. 2), al sistema de salud y su capacidad de dar respuesta a la demanda sanitaria; o en los arts. 11, que han tenido siempre en primer lugar al personal de salud como actividad y servicio esencial; o la ley 27.549 que eximió del pago de impuesto a las ganancias primero al personal de salud. Siempre se los menciona primero. Asimismo, mediante resolución 2883/2020, el Ministerio de Salud (resolución del 30 de diciembre de 2020, suscripta por Ginés Mario González García), hizo un análisis del virus, el riesgo de hospitalización para la población de riesgo y ,por otra parte, dando mención especial a los trabajadores y trabajadoras de la salud, sector estratégico para sostener adecuadamente el funcionamiento y la respuesta del sistema sanitario, que han representado porción significativa de las infecciones producto de su exposición al virus, sin destacar a otros sectores prioritarios. Como corolario de todo lo expuesto, es claro que el personal de salud era al primer sector a quien se debía vacunar.

Con el correr de los días, frente a mayor adquisición de vacunas (aún insuficientes para la demanda) y algunas pujas gremiales previas al comienzo de clases, comenzaron

¹² Decretos N°260/20, 325/20, 355/20, 408/20, 459/20, 493/20, 520/20, 568/20, 576/20, 605/20, 641/20, 677/20, 714/20, 792/20, 814/20, 875/20, 956/20, 1033/20, 67/21 y ss. Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/335423/texto>

a vacunar docentes. La diferencia aquí es que tiene un justificativo, al margen de respetar o no las poblaciones priorizadas del plan. Jamás se hizo de manera oculta o en lugares que no estaban estipulados para esos fines. Aquí, bien podría aplicarse la nota que surge de la página 11 del plan de vacunación (nueva evidencia científica, situación epidemiológica y disponibilidad de dosis), a efectos de evitar que el comienzo de las clases genere una ola expansiva del virus.

La “vacunación VIP” se vio colmada de ardidés y ocultamientos. Justamente, uno de los objetivos específicos del plan nacional era el de brindar información oportuna, adecuada, válida y transparente a fin de fortalecer la confianza en la vacunación. Lo aquí tratado es todo lo opuesto a ello. Véase que la implementación del plan vacunación gratuita contra la Covid-19 está en delegada Ministerio de Salud, con la obligación del registro nominal de dosis aplicadas, a través del Registro Federal de Vacunación Nominalizado (NomiVac), siendo tal ministerio el responsable de proveer los insumos necesarios a todo el país. Tal registro no se ha cumplido, dado que hubo que intimar al ministerio para que informe qué personas se habían vacunado y no se encontraban debidamente registradas. Más grave resulta saber que precisamente dentro de las paredes del ministerio encargado de la campaña de vacunación, es el mismo lugar donde hayan sucedido muchos de los aberrantes hechos de “vacunación VIP”.

Con todo ello vemos que ha fracasado el Sistema de información y registro¹³, siendo su objetivo principal identificar inequívocamente a las personas vacunadas con el tipo de vacuna que recibieron, su dosis, lote, fecha y lugar de aplicación, así como su monitoreo, supervisión y evaluación.

Siempre se puso en primer lugar al personal de salud y así públicamente se entendió, salvo pequeñas excepciones cómo las de los más altos funcionarios vacunándose en actos públicos. Ello, si bien escapa del plan de vacunación, se justifica en la medida de la comunicación y publicidad de la vacuna, concientizando a la sociedad de su aplicación. Aquí vemos ausente el ardid y ocultamiento a la sociedad que, si bien nada tiene que ver con los requisitos del tipo de malversación, podríamos encuadrarlo en un supuesto de nimiedad o bagatela.

Mención aparte merece el agravante previsto en la última parte del art. 260 del CP, siempre que se produzca, como consecuencia de la aplicación diferente, un daño o entorpecimiento del servicio. El daño es entendido como la afectación en su normal prestación, del cual surge un menoscabo que puede ser o no económico. El entorpecimiento del servicio es toda alteración al correcto funcionamiento del mismo. Además, debe existir una relación de causalidad entre el desvío y ese resultado dañoso o el entorpecimiento del servicio (Aboso, 2017, p. 1349). Esta manera de agravar el delito se consuma con la producción real y efectiva del daño o entorpecimiento,

¹³ Plan Estratégico para la Vacunación contra la Covid-19 en la República Argentina, p. 21 y ss.

resultando insuficiente la posibilidad de que el resultado ocurra (Buompadre, 2003, p. 251).

Con relación a ello, concluyo que, a pesar de resultar sumamente dificultoso en materia probatoria, podría darse el supuesto de la agravante en los casos de “vacunación VIP”. Sucintamente, la afectación en el normal desarrollo y el daño –a la salud o a la vida– se daría cuando: 1) X, sin respetar el orden, fue vacunado, gracias a un funcionario que permitió o aplicó de manera diferente el destino de las vacunas; 2) Una persona perteneciente al personal de salud, de no haberse vacunado X, podría haber accedido a su vacunación; 3) esta persona perteneciente al personal de salud se enferma gravemente de coronavirus, dejándole secuelas graves o su muerte. Por eso digo que, probatoriamente, resulta sumamente dificultoso comparar los vacunados ocultos con las listas de prioridad y las consecuencias hipotéticas referidas. También podría tenerse por acreditado el efectivo entorpecimiento al servicio de salud. Sin embargo, solamente lo abordo como un comentario, entendiendo que explayarme sobre este punto merecería un trabajo exclusivo a lo atinente a causalidad objetiva.

VI. Tipo subjetivo

Nos encontramos frente a un delito doloso, necesitando, en el nivel cognitivo, el efectivo conocimiento del destino que tienen asignados los caudales o efectos públicos (Buompadre, 2003, p. 249). En el caso de la “vacunación VIP”, será el funcionario que conozca que determinado lote de vacunas estaba destinado a cierta población priorizada y con el conocimiento de que les sería aplicado a otras personas (destino diferente).

Aquí Donna, en caso de que exista un error, incluso error vencible, entiende que se eliminaría el tipo (Donna, 2000, p. 268). Interpreto, en mi humilde parecer, que esto no puede ser de recibo, valorando el rol especial que el funcionario público ocupa. Por tanto, el obligado especial –*intra-neus*–, ya sea por acción o por comisión por omisión – obligado a actuar– (Bacigalupo, 2016, p. 568), siempre que tenga el efectivo conocimiento –o por razón de su cargo debería tenerlo– de que los caudales públicos poseen un destino y se les está dando otro, por más que no sea su mano la que mueve a esos bienes, será siempre autor. Es decir, el funcionario público, en razón de su cargo, siempre tiene el deber de asegurar el destino previsto para los caudales o efectos públicos.

Por eso mismo, a mi entender, el error vencible no eliminaría en este delito la tipicidad. Es sabido que el error de tipo excluye el injusto, y que el error de prohibición podrá ser vencible o invencible, eliminando la culpabilidad en el último supuesto. El invencible será no imputable, siendo la acción no punible. Sin embargo, el error vencible, y más aún cuando el sujeto activo es un funcionario público, es imputable, toda vez que al autor le era exigible evitarlo (Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2017, p. 569).

Algunas aclaraciones respecto de la comisión por omisión. Nos encontramos frente a un obligado a actuar, como puede serlo el funcionario público. En esta forma, resulta relevante el deber de garantía y la obligación de actuar (Adler, 2018, p. 73). El sujeto activo tiene un especial poder de protección, cuidado y vigilancia para con los bienes jurídicos (Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2017, p. 450). Así, la fundamentación del injusto se encuentra en la infracción de un mandato de actuar –deber de garante– (Jakobs, 1997, p. 952). Es decir que la posibilidad de evitación de los resultados pertenece a este concepto de comisión por omisión (Donna, 2000, p. 268).

Por otro lado, Donna citando a Bielsa, entiende que la malversación no siempre tiene carácter doloso, sino que debe haber por lo menos dolo o culpa (Donna, 2000, p. 271). Entiendo que, de ser así, nunca podría configurarse el delito previsto en el art. 262 del CP (malversación culposa), caso concreto para la imprudencia o negligencia. Por ello, interpreto que la malversación prevista en el art. 260 del CP requiere por parte del autor dolo directo e incluso dolo eventual, pero nunca podría ser de forma culposa. Nótese que, según entiende Claus Roxin, la realización del plan se puede realizar con *dolus directus* y con *dolus eventualis*, tanto en la acción como en la omisión. Para el caso de la acción será el conocimiento y la voluntad, y para la omisión –o en este supuesto comisión por omisión– el sujeto activo, según Roxin (2015), “reconoce que, como consecuencia de su no intervención, cierto que posiblemente se produzca el resultado típico y él ciertamente no pretende ese desenlace, pero toma en serio esta posibilidad y se conforma con su eventual producción” (p. 816).

Además, tal como lo señala Buompadre, se requiere el elemento volitivo, es decir, la voluntad de dar una aplicación diferente a las cosas públicas (Buompadre, 2003, p. 250). Aquí la voluntad podría ser fácilmente encontrada en un delito cometido por acción, pero presenta dificultades a la hora de analizar la malversación cometida por comisión por omisión (Falcone, 2020, p. 149). En relación este aspecto volitivo deberíamos ampliarlo en un trabajo separado para desarrollar sus fundamentos y lo relacionado a las corrientes psicologizantes del dolo. Sin embargo, para no perder el eje del presente trabajo, solo diré que en todos los supuestos en que exista por parte del funcionario público conocimiento y voluntad, tendremos cubierta la tipicidad subjetiva. Pero también en los casos de acción con dolo eventual o en los supuestos de comisión por omisión se podría ver cubierta la faz subjetiva con el solo conocimiento, exista o no la voluntad de dar una aplicación diferente, fundado en la posición de garante del funcionario –*intra-neus*–, su ámbito de competencia y en su deber de fomento.

Entonces, retomando los casos de “vacunación VIP”, concluyo que todo funcionario público encargado de administrar, en cualquiera de sus etapas el plan de vacunación nacional, que hubiese conocido el destino de las vacunas y que, además, tenga la voluntad de darles a estos caudales públicos una aplicación diferente, incurrirá en el delito de malversación de caudales públicos. Incluso también será autor, como

fuere explicado en el párrafo anterior, el funcionario que conoció el destino correcto de las vacunas, conozca el destino ilegítimo que se les está dando y nada haga para frenar dicho curso causal.

En opinión de Aboso, al contrario de lo que aquí se sostiene, entiende que, por un lado, no es posible el dolo eventual y, por el otro, –con cita de Mir Puig– no resulta posible la modalidad omisiva, que se daría en el supuesto en que un tercero no calificado (instrumento doloso no calificado) malversa caudales o efectos públicos ante la pasividad del funcionario público. Así, interpreta que la omisión en este delito es insuficiente y que resulta imperioso realizar una reforma que incluya la modalidad de comisión por omisión (Aboso, 2017, p. 1347). A nuestro entender, como se explicó en el párrafo anterior, no haría falta incluir tal modificación, dado que el funcionario con su pasividad participa en la ejecución de los hechos.

Por último, vemos que no se necesita un ánimo o fin de lucro, ni tampoco algún elemento subjetivo especial del injusto.

VII. Antijurídica

Es sumamente importante resaltar que, en casos en que se tenga que atender a una emergencia social, una tragedia mayúscula, un caso fortuito o de fuerza mayor, un cataclismo natural, y con el fin de evitar o disminuir los devastadores sucesos, se le da a los caudales o efectos públicos una aplicación distinta a la prevista en la ley, disposición o reglamento, operará, en estos marcos, el estado de necesidad justificante para la conducta del funcionario público.

En esos contextos, no podemos pretender punir a un obligado especial, dado que las situaciones imprevistas suceden, y las víctimas de estos hechos de la naturaleza (por ejemplo, inundación, terremoto o incendio) o no (cómo puede ser un ataque terrorista o una guerra), requieren, sin demoras, de una ayuda urgente (deber de solidaridad). En estos supuestos, la conducta estaría justificada (Aboso, 2017, p. 1348).

Sin embargo, en los casos de “vacunación VIP”, nada de esto ha sucedido. Es cierto que la pandemia fue considerada como una emergencia social y sanitaria, pero la adquisición de las vacunas fue, precisamente, por motivos de dicha emergencia, y el plan de vacunación se desarrolló para mitigar los efectos adversos del coronavirus. Luego, el plan se incumplió, sin justificación válida. Distinto hubiese sido sí, en un hipotético caso y sólo a modo de ejemplo, se hubiese sabido por nuevos descubrimientos científicos, que una sudestada (vientos que provengan desde la Antártida), traerían hacia el norte, a través del viento, todos los virus de Covid-19 que circulaban por el sur. En ese caso y frente a un inminente contagio masivo, se decida vacunar a los pobladores de las primeras ciudades que se hubiesen visto afectadas inicialmente, por ejemplo, Ushuaia. En un supuesto así, sí estaría justificado el apartamiento del destino previsto.

Por lo expuesto, no es legítimo que una persona que no es población de riesgo ni prioritaria y, por ser familiar o tener amistad con alguna persona vinculada al poder o a la administración de las dosis, acceda a la vacunación alterando el orden estipulado e incluso en lugares no previstos para ello (por ejemplo, los escandalosos hechos acaecidos en la sede del Ministerio de Salud).

VIII. Consumación

El estado consumativo de este delito se logra cuando efectivamente se le da a los caudales o efectos públicos el destino distinto al que tenía asignado previamente, ya sea por ley, reglamento u orden de autoridad competente, resultando posible la tentativa.

El delito tentado se daría en el hipotético caso en que el autor comience a cambiar el destino de los objetos, cosas o bienes públicos y que, por razones ajenas a su voluntad, no pueda concretarlo en un resultado (Donna, 2000, p. 270).

El delito de malversación de caudales públicos en los casos de “vacunación VIP” se consumó cuando les fue aplicada la inyección a personas que no formaban parte del personal de salud, es decir, que no estaban primeros en el orden de prioridad – pertenezcan o no a una población estratégica; formen parte o no de un grupo de riesgo—. En relación a la tentativa habrá que analizarlo respecto de cada caso concreto. Será posible si había una persona a punto de ser vacunada y la maniobra se vio frustrada por razones ajenas a la voluntad de los sujetos activos o partícipes del delito.

IX. Conclusiones

A modo de conclusión, tristemente, debo decir que, al menos en su inicio, el Plan Estratégico para la Vacunación contra la Covid-19 en la República Argentina ha fracasado con los casos conocidos como “vacunados VIP”, que, a mi entender, configuran el delito de malversación de caudales públicos, al margen de que además puedan concurrir con otras figuras delictivas (por ejemplo, abuso de autoridad o violación de los deberes de los funcionarios).

Si bien, en términos de pena, el delito no parece ser muy severo, ya que a la malversación de caudales se la reprime con inhabilitación especial y multa, en caso de que opera la agravante; lo cierto es que en términos institucionales el caso a simple vista resulta ser gravísimo y bochornoso. El bien jurídico protegido, como fue expuesto, busca tutelar el normal y correcto funcionamiento de la administración de los bienes públicos y, aquí, esto se vio defraudado.

Además, la gravedad está dada, a su vez, por el sujeto activo que puede malversar, y este es un funcionario público nombrado por autoridad competente o por elección popular. Este *intraneus* violó principios y pautas éticas, su rol social y el deber de fomento en su carácter de obligado especial.

También he puesto el foco en la mirada de la sociedad que pretende un servicio público eficaz, y ante tales actos todos fuimos defraudados por la vacunación irregular, que se dio, incluso, en los lugares que mayores responsabilidades tenían y tienen en esta pandemia, como lo es el Ministerio de Salud. Lamentable.

En lo que respecta en concreto al delito en cuestión, vimos cómo es que una vacuna, así como cualquier otro bien con valor pecuniario, puede ser objeto de malversación; y de qué forma dar aplicación diferente por parte de los funcionarios, cumple con todos los requisitos del art. 260 del CP (malversación propia de caudales públicos).

Finalmente, advertir al lector respecto de la actualidad de la temática y la vigencia que seguirá teniendo, considerando que son muchos los bienes que se pueden malversar. Por ello, como sociedad deberemos estar atentos al destino final que se les dé, por ejemplo, a los alimentos depositados desde diciembre de 2023 en el reservorio de Desarrollo Social –manteniéndose la situación hasta la actualidad–, cuando los mismos tenían un destino específico. El concepto amplio podrá dar respuesta a los hechos ocurridos y a los que puedan presentarse en el futuro.

X. Bibliografía

- [1] Aboso, G. E. (2017). *Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia* (nº4 ed.). Buenos Aires: B de F.
- [2] Adler, D. E. (2018). *Autoría y delitos contra la humanidad* (nº1 ed.). Mar del Plata: Eudem.
- [3] Bacigalupo E. (2016). *Derecho penal: parte general* (nº2 ed., nº4 reimp.). Buenos Aires: Hammurabi.
- [4] Balmaceda Hoyos, G. (2014). La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho Universidad San Sebastián* (20). <https://revistaschilenas.uchile.cl/handle/2250/89635?show=full>
- [5] Buompadre, J. E. (2003). *Derecho penal: parte especial* (tomo III). Corrientes: Mave.
- [6] Donna, E. A. (2000). *Derecho penal: parte especial* (tomo III). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- [7] Falcone, A. (2020). *Fundamentos de Intervención Delictiva*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Thomson Reuters.
- [8] Falcone, A. (2017). *La caída del dominio del hecho: un aporte en favor de la intervención delictiva como momento de la imputación objetiva*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- [9] Jakobs, G. (1997). *Derecho penal: parte General: fundamentos y teoría de la imputación* (nº2 ed.). Madrid: Marcial Pons.

[10] Jakobs, G. (2014). *La imputación objetiva en derecho penal* (nº1 ed., nº5 reimp.). (M. C. Meliá, Trans.). Buenos Aires: Ad Hoc. (Obra original publicada en 1994).

[11] Mañalich, J. P. (2012). La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales. *Revista Política Criminal*, 7(14). Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992012000200004

[12] Roxin, C. (2015). *Derecho penal: parte General (tomo II): especiales formas de aparición del delito* (nº2 reimp.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Thomson Reuters-Civitas.

[13] Vivó Cabo Silvia (2019). *El delito de malversación de caudales públicos, La cualidad de funcionario público. Influencia de la dogmática penal*. Disponible en <https://ficip.es/wp-content/uploads/2019/03/Viv%C3%B3-Cabo.-Comunicaci%C3%B3n.pdf>.

[14] Zaffaroni, E. R., Alagia A. & Slokar A. (2017). *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar.

XI. Otras referencias

Código Penal de la Nación Argentina. (1984). Artículo 260. En Código Penal de la Nación Argentina (edición actualizada). Recuperado de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

Decretos N°260/20, 325/20, 355/20, 408/20, 459/20, 493/20, 520/20, 568/20, 576/20, 605/20, 641/20, 677/20, 714/20, 792/20, 814/20, 875/20, 956/20, 1033/20, 67/21 y ss.

Plan Estratégico para la Vacunación contra la Covid-19 en la República Argentina Plan Estratégico para la Vacunación contra la Covid-19 en la República Argentina. Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/coronavirus-vacuna-plan-estrategico-vacunacion-covid-19-diciembre-2020.pdf>

Real Academia Española. (2024). Caudal. En Diccionario de la lengua española (23.^a ed.). Recuperado de <https://dle.rae.es/caudal>