**“Vacunación VIP”: ¿Un delito de malversación de caudales públicos?**

**Pablo Over Obiaño**

**Sumario:**

I. Introducción. II. Bien jurídico protegido. III. ¿Qué es un caudal público? IV. Sujeto activo. V. Tipo objetivo. VI. Tipo subjetivo VII. Antijuridicad. VIII. Consumación. IX. Conclusiones. X. Bibliografía.

**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”[[1]](#footnote-1), 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 actual que nos sigue asechando (decretos de necesidad y urgencia, leyes y plan estratégico para la vacunación contra la Covid-19 en la República Argentina).

**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[[2]](#footnote-2).

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[[3]](#footnote-3).

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[[4]](#footnote-4).

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[[5]](#footnote-5) o la “inversión ilícita de los caudales ajenos” que se confían a los funcionarios, como obligados especiales[[6]](#footnote-6). 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[[7]](#footnote-7).

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 Argentina[[8]](#footnote-8), 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, 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 en 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* es ganado[[9]](#footnote-9). 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[[10]](#footnote-10).

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 solamente 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, primero se nos presenta el dinero, pero esto no resulta ser abarcativo de todos los significados de la palabra caudal. Todo dinero es caudal, pero no todo caudal es dinero. Ahora, con una sociedad completamente evolucionada, encontramos que caudal o efecto público tienen 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, caudal, en lo que aquí respecta, significa *“hacienda, bienes de cualquier especie, y más comúnmente dinero; abundancia de cosas que no sean dinero o hacienda; capital o fondo”*. Esto nos viene a decir que siendo funcionario público, a quien se le encargó la administración (guarda, depósito, distribución, aplicación, control, etc.), de las vacunas contra el coronavirus y se les da a estos objetos materiales ­­­-susceptibles de valor pecuniario y perteneciente al Estado- una aplicación diferente de aquella que fuere prevista en el plan de vacunación estratégico nacional (destino), cometes el delito de malversación de caudales públicos.

En este sentido es claro Aboso al decir 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”*[[11]](#footnote-11). En palabras de Donna, *“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”[[12]](#footnote-12)* [[13]](#footnote-13) y en las de Buompadre, “*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”*[[14]](#footnote-14). 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[[15]](#footnote-15).

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 además al culpable la multa del veinte al cincuenta 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[[16]](#footnote-16). 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[[17]](#footnote-17).

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. *“Cuando los fondos del fisco han salido a afrontar los riesgos del comercio, han dejado, en general, de ser fondos públicos”*[[18]](#footnote-18). 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, *“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”[[19]](#footnote-19)*.

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–.

**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[[20]](#footnote-20).

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[[21]](#footnote-21). Por el otro, no alcanza con la tenencia de los bienes, sino su efectiva disponibilidad[[22]](#footnote-22).

La ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (ley 25.188) en su artículo primero establece que serán funcionarios públicos *“todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y 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 accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas 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[[23]](#footnote-23), y exista una designación, ya sea por disposición inmediata de la ley, elección o nombramiento de autoridad competente[[24]](#footnote-24).

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[[25]](#footnote-25).

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. *“*[E]*l principio de unidad del título de imputación obliga a castigar al partícipe por el delito cometido por el autor”*[[26]](#footnote-26), prescindiendo de quién ejecute de propia mano la conducta o quién domine fácticamente el hecho[[27]](#footnote-27). 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[[28]](#footnote-28).

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[[29]](#footnote-29) 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[[30]](#footnote-30).

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 puede[[31]](#footnote-31) haber una gran cantidad de involucrados. Con ello no quiero decir que el presidente, Dr. Alberto Fernández, haya cometido este delito, sólo expresó 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 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 trasferencia de dominio de las vacunas e insumos necesarios desde el Ministerio de Salud hacía las provincias, *“más allá de los controles finales, derecho de requerir rendición de cuentas y vigilancia del cumplimiento”* por parte de Nación[[32]](#footnote-32).

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 estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa de veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída”.*

Entonces, la acción típica consiste el 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[[33]](#footnote-33). 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 asignado a un órgano estatal determinado, sin delimitar su destino. El segundo, resultará cuando sí se encuentra estipulado su destino[[34]](#footnote-34).

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, se configurará la malversación con la aplicación diferente que le da el obligado especial es, 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, todo bien público que no tenga predeterminado o prefijado un destino, no podrá ser malversado[[35]](#footnote-35).

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)[[36]](#footnote-36). 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 *“adultos mayores de 60 años, personas con obesidad, diabetes, enfermos cardíacos, respiratorios o renales crónicos, inmunocomprometidos, entre otras”[[37]](#footnote-37)*. 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 salud[[38]](#footnote-38). 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: *“este 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.

Fíjese que en esta clase de delitos la jurisprudencia le ha dado importancia al carácter oculto o no de los actos. En la resolución que se sobreseyó a un ex presidente del Banco Central de la República Argentina se dijo: *“Todas las erogaciones y contrataciones se encuentran debidamente imputadas al presupuesto 2009, todas poseen partida presupuestaria. De acuerdo con lo que se desprende de los informes trimestrales, todos han sido puesto en conocimiento del Directorio… todos los gastos han sido aplicados de acuerdo a sus fines específicos”*[[39]](#footnote-39). 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–, 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. Ahora, 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”[[40]](#footnote-40)*, y continua 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, y continua con el personal del servicio penitenciario. Después, 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”[[41]](#footnote-41)*, 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 puede observarse en la página del Ministerio de Salud de la Nación[[42]](#footnote-42). Este es: 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 definan 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 disposiciones[[43]](#footnote-43), 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 una porción significativa de las infecciones producto de su exposición al virus”*, sin destacar a otros sectores prioritarios. Como colorario 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 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 ardides y ocultamientos. Justamente, uno de los objetivos específicos del plan nacional era el de brindar información oportuna, adecuada, validad 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 registro[[44]](#footnote-44), siendo su objetivo principal: “*La identificación inequívoca de las personas vacunadas con el tipo de vacuna recibida, la dosis correspondiente, el lote, fecha de aplicación 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[[45]](#footnote-45). Esta manera de agravar el delito se consuma con la producción real y efectiva del daño o entorpecimiento, resultando insuficiente la posibilidad de que el resultado ocurra[[46]](#footnote-46).

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 congnitivo, el efectivo conocimiento del destino que tienen asignados los caudales o efectos públicos[[47]](#footnote-47). 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[[48]](#footnote-48). 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 –*intraneus*–, ya sea por acción o por comisión por omisión[[49]](#footnote-49), 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[[50]](#footnote-50).

Por otro lado, dicho autor citando a Bielsa, entiende que “*no siempre tiene carácter doloso la malversación…sino que debe haber por lo menos dolo o culpa”[[51]](#footnote-51).* 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 Roxin, la realización del plan se puede realizar con *dolus directus* y con *dolus evenualis*, 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 *“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”[[52]](#footnote-52)*.

Además, tal como lo señala Buompadre, se requiere el elemento volitivo, es decir, la voluntad de dar una aplicación diferente a las cosas públicas[[53]](#footnote-53). 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[[54]](#footnote-54). 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 supuesto 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 –*intraneus*–, 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 conozca 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 conozca 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[[55]](#footnote-55). 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. Antijuridicad**

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[[56]](#footnote-56).

Sin embargo, en los casos de “vacunación VIP”, nada de esto ha sucedido. Es cierto que la pandemia es 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 circulan 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 podrían ver afectadas, por ejemplo, Neuquén. En un supuesto así, sí estaría justificado el apartamiento del destino previsto.

En los hechos ocurridos, no hay forma de justificar por qué una persona, que sin ser grupo de riesgo, siendo familiar de algún poderoso, o siendo grupo de riesgo, pero sin estar en la población prioritaria y además mantienen amistad con algún sector de poder, justifique la vacunación en un lugar previsto para ello o no (por ejemplo, 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[[57]](#footnote-57).

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 como dar una aplicación diferente, por parte de los funcionarios, a las distintas vacunas, que tenían asignado el destino de ser aplicadas al personal de salud y se les dio una aplicación diferente, cumple con todos los requisitos del art. 260 del CP (malversación propia de caudales públicos).

**X. Bibliografía**

[1] Aboso Gustavo Eduardo, Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia, 4ta. Edición, editorial B de F, año 2017.

[2] Adler Daniel E., Autoría y delitos contra la humanidad, editorial Eudem, año 2018.

[3] Bacigalupo Enrique, Derecho Penal. Parte General, 2da. Edición, 4ta. Reimpresión, editorial Hammurabi, año 2016.

[4] Balmaceda Hoyos Gustavo, La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco en el derecho penal chileno, Revista de Derecho Universidad San Sebastián, Nro. 20/2014.

[5] Buompadre Jorge E., Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III, editorial Mave, año 2003.

[6] Donna Edgardo Alberto, Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III, editorial Rubinzal Culzoni, año 2000.

[7] Falcone Andrés, Fundamentos de Intervención Delictiva, editorial Thomson Reuters, año 2020.

[8] Falcone Andrés, La caída del dominio del hecho. Un aporte en favor de la intervención delictiva como momento de la imputación objetiva, editorial Ad Hoc, año 2017.

[9] Jakobs Günther, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, 2da. Edición, editorial Marcial Pons, Madrid, año 1997.

[10] Jakobs Günther, La imputación objetiva en derecho penal, Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad autónoma de Madrid), 1ra. Edición, 5ta. Reimp., Buenos Aires, editorial Ad Hoc, año 2014.

[11] Mañalich Juan Pablo, La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales, revista Política Criminal, Vol. 7, nro. 14, diciembre 2012, http://www.politicacriminal.cl/Vol\_07/n\_14/Vol7N14A4.pdf.

[12] Roxin Claus, Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito, Editorial Thomson Reuters- Civitas, 3ra. Reimpresión, año 2019.

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

[14] Zaffaroni Eugenio R., Alagia Alejandro y Slokar Alejandro, Manual de Derecho Penal. Parte General, editorial Ediar, año 2017.

1. 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. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver Gustavo Eduardo Aboso, Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia, 4ta. Edición, editorial B de F, 2017, pág. 1267 y ss. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ibidem. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III, editorial Rubinzal Culzoni, año 2000, pág. 257 y ss. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver Juan Pablo Mañalich, La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales, revista Política Criminal, Vol. 7, nro. 14, diciembre 2012, http://www.politicacriminal.cl/Vol\_07/n\_14/Vol7N14A4.pdf, pág. 372. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver Jorge E. Buompadre, Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III, editorial Mave, año 2003, pág. 239 y ss. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ver Aboso, ob. cit., pág. 1268. [↑](#footnote-ref-7)
8. 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. [↑](#footnote-ref-8)
9. 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, pág. 26. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ver Buompadre, ob. cit., pág. 240. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ver Aboso, ob. cit., pág. 1347. [↑](#footnote-ref-11)
12. Artículo 2313 del Código Civil: *“Las cosas son muebles e inmuebles por su naturaleza, o por accesión, o por su carácter representativo”*. Ahora los bienes están estipulados a partir del art. 225 y ss. del Código Civil y Comercial. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ver Donna, ob. cit., pág. 262 y 263. [↑](#footnote-ref-13)
14. Ver Buompadre, ob. cit., pág. 245 y 246. [↑](#footnote-ref-14)
15. Artículo VI de la Convención Interamericana contra la Corrupción. *“Actos de corrupción 1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para si mismo o para un tercero; d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y e. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo”.* [↑](#footnote-ref-15)
16. Ver cita del STS, resolución 1026/2009, en Aboso, ob. cit., pág. 1348. [↑](#footnote-ref-16)
17. Ver Buompadre, ob. cit., pág. 249. [↑](#footnote-ref-17)
18. Ver Buompadre, ob. cit., pág. 247. [↑](#footnote-ref-18)
19. Ver Buompadre, ob. cit., pág. 249. [↑](#footnote-ref-19)
20. Ver Gustavo Balmaceda Hoyos, La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco en el derecho penal chileno, Revista de Derecho Universidad San Sebastián, Nro. 20/2014, pág. 103. [↑](#footnote-ref-20)
21. Ver Gustavo Balmaceda Hoyos, ob. cit., pág. 104 [↑](#footnote-ref-21)
22. Ver Buompadre, ob. cit., pág. 244. [↑](#footnote-ref-22)
23. 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. [↑](#footnote-ref-23)
24. Ver Silvia Vivó Cabo, El delito de malversación de caudales públicos, La cualidad de funcionario público. Influencia de la dogmática penal, <https://ficp.es/wp-content/uploads/2019/03/Viv%C3%B3-Cabo.-Comunicaci%C3%B3n.pdf>, pág. 9. [↑](#footnote-ref-24)
25. Ver Andrés Falcone, Fundamentos de Intervención Delictiva, editorial Thomson Reuters, año 2020, pág. 398 y ss. [↑](#footnote-ref-25)
26. Ver Andrés Falcone, Ob. Cit., pág. 422. [↑](#footnote-ref-26)
27. Ver Gustavo Balmaceda Hoyos, ob. cit., pág. 96. [↑](#footnote-ref-27)
28. Ver Mañalich, ob. cit., pág. 362. [↑](#footnote-ref-28)
29. Ver Mañalich, ob. cit., pág. 369. [↑](#footnote-ref-29)
30. Ver Günther Jakobs, La imputación objetiva en derecho penal, Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad autónoma de Madrid), 1ra. Edición, 5ta. Reimp., Buenos Aires, editorial Ad Hoc, año 2014, pág. 71 y ss. [↑](#footnote-ref-30)
31. Resalto la palabra “puede”, dado que no se afirma la intervención de los funcionarios concretos, sino que por su capacidad de poder administrar los caudales públicos, podrían llegar a ser autores. El objetivo del trabajo es el concepto amplio de caudal público y no un documento acusatorio en contra de funcionarios concretos. [↑](#footnote-ref-31)
32. Ver dictamen del Procurador General de la Nación, en relación a 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)”. [↑](#footnote-ref-32)
33. Ver Donna, ob. cit., pág. 262 y ss. [↑](#footnote-ref-33)
34. Ver Aboso, ob. cit., pág. 1347. [↑](#footnote-ref-34)
35. Ver Buompadre, ob. cit., pág. 243 y ss. [↑](#footnote-ref-35)
36. 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. [↑](#footnote-ref-36)
37. Plan de vacunación nacional, pág. 8. [↑](#footnote-ref-37)
38. Plan de vacunación nacional, pág. 11. [↑](#footnote-ref-38)
39. Ver resolución del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 11, en causa nro. 535/2010, caratulada “Redrado, Martín s. malversación de caudales públicos”, pág. 18 de la misma. También véase su confirmación por la Sala II de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal, en causa nro. 29.507, caratulada “Pérez Redrado, Hernán Martín s. sobreseimiento”, que dijo: *“se coincide con el juez en punto a que no se advierte ninguna irregularidad en este hecho particular que ha sido motivo de denuncia e investigación”.* [↑](#footnote-ref-39)
40. Plan de vacunación nacional, pág. 15. [↑](#footnote-ref-40)
41. Plan de vacunación nacional, pág. 16. [↑](#footnote-ref-41)
42. <https://www.argentina.gob.ar/salud/coronavirus-COVID-19> [↑](#footnote-ref-42)
43. Decretos nros. 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. [↑](#footnote-ref-43)
44. Plan de vacunación nacional, pág. 21 y ss. [↑](#footnote-ref-44)
45. Ver Aboso, ob. cit., pág. 1349. [↑](#footnote-ref-45)
46. Ver Buompadre, ob. cit., pág. 251. [↑](#footnote-ref-46)
47. Ver Buompadre, ob. cit., pág. 249 y 250. [↑](#footnote-ref-47)
48. Ver Donna, ob. cit., pág. 268. [↑](#footnote-ref-48)
49. En la comisión por omisión, nos encontramos frente a un obligado a actuar, como puede serlo el funcionario público (ver Enrique Bacigalupo, Derecho Penal. Parte General, 2da. Edición, 4ta. Reimpresión, editorial Hammurabi, año 2016, pág. 568). En esta forma, resulta relevante el deber de garantía y la obligación de actuar (ver Daniel E. Adler, Autoría y delitos contra la humanidad, editorial Eudem, año 2018, pág. 73). El sujeto activo tiene un especial poder de protección, cuidado y vigilancia para con los bienes jurídicos (ver Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Manual de Derecho Penal. Parte General, editorial Ediar, año 2017, pág. 450). Así, la fundamentación del injusto se encuentra en la infracción de un mandato de actuar –deber de garante– (ver Günther Jakobs, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, 2da. Edición, editorial Marcial Pons, Madrid, año 1097, pág. 952). Es decir que la posibilidad de evitación de los resultados pertenecen a este concepto de comisión por omisión (ver. Andres Falcone, La caída del dominio del hecho. Un aporte en favor de la intervención delictiva como momento de la imputación objetiva, editorial Ad Hoc, año 2017, pág. 49). [↑](#footnote-ref-49)
50. Ver Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Manual de Derecho Penal. Parte General, editorial Ediar, año 2017, pág. 569 y ss. [↑](#footnote-ref-50)
51. Ver Donna, ob. cit., pág. 268 y 271. [↑](#footnote-ref-51)
52. Ver Claus Roxin, Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito, Editorial Thomson Reuters- Civitas, 3ra. Reimpresión, año 2019, pág. 816. [↑](#footnote-ref-52)
53. Ver Buompadre, ob. cit., pág. 250. [↑](#footnote-ref-53)
54. En esta dirección, véase lo expuesto por Andrés Falcone en ob. cit., pág. 149 y 150: “*No resulta necesario ahondar en ello para mostrar que la distinción acción-omisión tiende a diluirse y que las distintas formas en las que se manifiesta la conducta resultan construcciones naturalísticas, normativamente irrelevantes. Y con esta fluidez pierde lugar una concepción de ejecución derivada de la causalidad”*. [↑](#footnote-ref-54)
55. Ver Aboso, ob. cit., pág. 1347 y 1348. [↑](#footnote-ref-55)
56. Ver Aboso, ob. cit., pág. 1348. [↑](#footnote-ref-56)
57. Ver Donna, ob. cit., pág. 270. [↑](#footnote-ref-57)