



INTERPONEN RECURSO DE APELACIÓN

Señora Jueza Federal:

Sergio Leonardo Rodríguez y Juan Augusto Telvini, Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas y Auxiliar Fiscal de la Procuraduría de Investigaciones Administrativas, respectivamente, con domicilio en la calle Teniente Gral. Juan Domingo Perón 2455 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, manteniendo domicilio electrónico mediante el CUIL 20180595482, en el marco del Expediente **CFP 714/2021** del registro de ese Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 5 de la Capital Federal (Secretaría nro. 9), caratulado **“N.N. Y OTROS s/ABUSO DE AUTORIDAD Y VIOL. DEB. FUNC. PUBL. (ART.248) y MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS (ART.261) DENUNCIANTE: FUNDACION POR LA PAZ Y EL CAMBIO CLIMATICO DE ARGENTINA Y OTROS”**, nos presentamos ante la señora Jueza y respetuosamente decimos:

I) OBJETO

En los términos del art. 449 del CPPN presentamos la siguiente apelación contra el resolutorio dictado el 8 de julio de 2021, respecto al punto individualizado como: I) *“Archivar parcialmente la presente causa registrada bajo el nro. 714/21, respecto de los hechos relacionados con las personas identificadas como 1 a 36, 38 a 44, 46 a 48, 50, 51, 53. 55 y 57 a 70 denunciados por inexistencia de delito respecto de la aplicación de las vacunas contra el COVID-19 de quienes se encontraban dentro de alguno de los grupos prioritarios conforme Res. Msal 2338/20 (art. 195, segundo párrafo del CPPN).”* (sic)



El presente escrito se interpone ante V.S. por escrito y en el plazo del tercer día hábil de la notificación de su resolución al Ministerio Público Fiscal, cfrme. lo indica el art. 450 del C.P.P.N.

Si bien se desarrollará en esta presentación la motivación que lleva a este Ministerio Público Fiscal a disentir con lo resuelto por la Sra. Jueza de grado, solicitando la revocación del auto que se viene a recurrir, cabe adelantar aquí que en lo esencial, se considera que existe una errónea interpretación y consecuente aplicación a la resolución del caso, de las normas jurídicas involucradas en los hechos bajo investigación.

En síntesis de lo que se dirá, la Jueza ha reducido el ámbito de interpretación de las normas aplicables al caso, a si el plan de vacunación establecido por las autoridades nacionales, implica un proceso simultáneo o sucesivo por etapas, respecto de los grupos priorizados.

Habiendo llegado a la conclusión, en su entendimiento, de que el plan de inoculación era simultáneo, consideró que los hechos investigados en relación a la totalidad de las personas vacunadas pertenecientes a dichos grupos prioritarios, resultan atípicos.

Esta decisión conclusiva del proceso, incluye en relación a estos hechos, a los funcionarios que se encuentran imputados hasta el momento en autos, individualizados en sendos requerimientos de instrucción emitidos por el titular de la Fiscalía Federal nro. 3, Dr. Eduardo Taiano.

Como se anticipó, discrepando con la decisión tomada, es que se viene a recurrir dicha resolución judicial que ha puesto fin al proceso en relación a estos hechos.



Cabe agregar someramente aquí, que los agravios de este Ministerio Público Fiscal, versan además sobre el incompleto y parcial análisis de la cuestión jurídica, como se dirá.

Finalmente, según también se expondrá, de aceptarse el criterio que se propone respecto del caso, se notará que los hechos bajo investigación en estas actuaciones, lejos de encontrarse en situación de definición, están en plena etapa de recolección de elementos de conocimiento que permitirán, finalmente, concretar el marco de imputación correspondiente, circunstancia que la prematura decisión judicial ha cercenado.

Lo anterior tiene su relevancia, porque es sabido que en los expedientes penales se investigan hechos; cuya significación jurídico penal puede variar a lo largo de la investigación, bajo la misma plataforma fáctica.

En el presente caso, se estima sin embargo, pese a la orfandad de pruebas recolectadas hasta el presente, que resulta suficiente, por el momento y, a los fines recursivos, consentir algunas de las calificaciones jurídicas que aparecen aplicables, conforme también lo sostiene la respetada magistrada (arts. 248 y 260 del CP)¹.

I.a) Impugnabilidad Subjetiva.

Conforme el art. 432, 2do. párrafo se hace saber que este Ministerio Público Fiscal se encuentra debidamente facultado para interponer el presente recurso de apelación contra la decisión de V.S. por imperio del art. 433 del CPPN y posee un interés directo (agravio) contra el resolutorio que aquí se apela, por

¹ Con la salvedad que se efectuará en relación a uno de sus elementos típicos.



cuanto concluye el proceso en forma desvinculatoria, en contra de la pretensión de este Ministerio Público Fiscal, de mantener el impulso de la acción penal.

En este sentido la PIA interviene en el presente caso en razón de lo autorizado por los arts. 27 y ccdtes. de la ley 27148, circunstancia que oportunamente ha sido puesta en conocimiento de la Fiscalía Federal nro. 3, a cargo del Dr. Eduardo Taiano.

En este sentido el art. 27 inc. “c” de la L.O.M.P.F. señala la facultad de: *“c) Ejercer en todo el territorio de la República la acción penal pública y todas las facultades previstas por las leyes penales y procesales en aquellos casos donde el objeto principal de investigación lo constituya la irregularidad de la conducta administrativa de los funcionarios públicos conforme lo previsto en el inciso “a””* (sic).

I.b) Impugnabilidad Objetiva.

La norma prevista en el art. 432 del CPPN, en su primera parte, indica de forma genérica las pautas objetivas de impugnabilidad *“Las resoluciones judiciales serán recurribles solo por los medios y en los casos expresamente establecidos por ley”*.

En tanto, el art. 449 del CPPN sostiene que *“El recurso de apelación procederá contra los autos de sobreseimiento dictado por los jueces de instrucción y en lo correccional, los interlocutorios y las resoluciones expresamente declaradas apelables o que causen gravamen irreparable”*

El art. 195 del CPPN indica que la Resolución de archivo *“... será apelable por el agente fiscal y la parte querellante.”*



Dicho lo que antecede la Resolución en crisis resulta apelable respecto al archivo toda vez que expresamente así lo indica el art. 195 del CPPN (pto. I del Resolutorio de V.S.) y que tal medida causa un gravamen irreparable a la investigación en curso.

El resolutorio materia de debate causa un gravamen irreparable a esta parte (conf. art. 449 del CPPN), pues en caso de adquirir firmeza cerraría de forma definitiva la investigación de estos hechos cuya instrucción fue requerida e impulsada por este MPF.

II) SOBRE LA RESOLUCIÓN DICTADA POR V.S.

El 8 de julio ppdo. V.S. resolvió: I) *“Archivar parcialmente la presente causa registrada bajo el nro. 714/21, respecto de los hechos relacionado con las personas identificadas como 1 a 36, 38 a 44, 46 a 48, 50, 51, 53. 55 y 57 a 70 denunciados por inexistencia de delito respecto de la aplicación de las vacunas contra el COVID-19 de quienes se encontraban dentro de alguno de los grupos prioritarios conforme Res. Msal 2338/20 (art. 195, segundo párrafo del CPPN).”* (sic).

Para arribar a lo resuelto en el apartado que antecede, lo cual se pone en crisis, la magistrada actuante concluyó que: *“... si las personas vacunadas por orden de funcionarios del Ministerio de Salud (ya sea en el Hospital Posadas o en la sede ministerial) se encontraban incluidas dentro de algunas de esas categorías prioritarias independientemente del orden establecido pues, más allá del reproche moral que pueda hacerse sobre esta decisión, lo cierto es que la norma que regula la aplicación de vacunas contra el COVID-19 siempre permitió de manera expresa que se intercalen la aplicación de vacuna entre los diferentes grupos prioritarios (esto implica sostener que no existe, desde el estricto punto*



de vista jurídico, la situación en la cual una persona prioritaria “le quita” la vacuna a otra también prioritaria). Luego, en caso de que existan personas vacunadas que no se encuentren dentro de ninguno de esos grupos prioritarios, corresponderá profundizar la investigación para determinar los motivos y circunstancias por los cuales no se aplicaron la vacuna” (sic. pag. 3 del Resolutorio).

Para llegar a esa conclusión, utilizó dos premisas: a) la opinión de la Comisión Nacional de Inmunizaciones (CONAIN) quien -según lo interpretado por V.S.- recomendó establecer grupos prioritarios exhortando “...a que se relacionaran entre ellos de manera “simultánea” y no que sean “excluyentes ni secuenciales” de acuerdo con la disponibilidad de dosis y tipos de vacuna. En otras palabras, el máximo organismo técnico nacional de asesoramiento a las autoridades y a los definidores de políticas públicas consideró que no debía existir un orden excluyente entre los prioritarios” (sic. pag. 3 del Resolutorio) y b) “el Ministerio de Salud de la Nación, el 29 de diciembre de 2021, tal cual recomendó la CONAIN, decidió que las etapas para aplicar la vacuna entre las poblaciones priorizadas efectivamente debían ser “simultáneas”. Ante ello, es correcto concluir que, desde la aplicación de la primera dosis, es legal en nuestro país que se intercalen aplicaciones entre los diferentes grupos considerados prioritarios, siendo estos: (1) el personal de salud; (2) personas mayores de 60 años; (3) personas consideradas estratégicas; y (4) personas entre 18 y 59 años con enfermedades de base expresamente definidas”. (sic. pag 2 del Resolutorio).



III) OPINIÓN DE ESTA PIA RELACIONADA CON LA CONSTRUCCIÓN LÓGICA DE LA RESOLUCIÓN DE V.S.

Se considera que V.S. arribó a una conclusión equivocada producto de que las premisas utilizadas poseen errores de interpretación.

Puntualmente porque: a) la recomendación de la CONAIN no puede interpretarse de una forma tan determinante como lo hizo V.S; b) el Ministerio de Salud de la Nación, a través de la Resolución 2883/20, no resolvió que las etapas para aplicar la vacuna entre las poblaciones priorizadas debían ser “simultáneas” y c) las vacunas distribuidas a centros nacionales se encontraban disponibles para un limitado número de categorías que integran el orden de priorización atento a las necesidades propias nacionales. Ello significa que las vacunas distribuidas a los centros nacionales, lo fueron para inocular al personal de salud, incluso podría eventualmente admitir al personal estratégico, pero bajo ningún concepto a otras categorías².

Téngase en cuenta además que, dentro del orden de priorización establecido por la norma, no se encontraban incluidos los funcionarios del Estado de manera expresa y categórica, como sí sucedía por ejemplo con las fuerzas armadas y de seguridad y el personal del servicio penitenciario, salvo si se permitiese su incorporación en la base del orden de priorización y sujeto a la decisión de cada jurisdicción. Ello no empece a que los funcionarios del Estado se encontraban expresamente definidos dentro de la población priorizada, pero no en el orden, motivo por el cual también esta situación resulta irregular y cuestionable.

² Nota: se hace saber que Nación no cuenta (ni desarrolló) un sistema de asignación de turnos para la vacunación, como sí lo hicieron las provincias y CABA, conforme la estratificación dispuesta.



IV) SOBRE LA RESOLUCIÓN 2883/2020 Y SUS ALCANCES.

El resolutorio que se recurre, en apretada síntesis, permitió que VS concluyera que la norma que aprobó el plan estratégico para la vacunación contra la COVID-19 en la República Argentina (Resolución MS N° 2883/2020) no establece un orden secuencial de prelación entre los grupos prioritarios.

Para ello tuvo en consideración, según puede observarse del extracto de las declaraciones testimoniales transcriptas, los dichos de los funcionarios del Ministerio de Salud (en particular de la Directora General de Asuntos Jurídicos, Claudia Beatriz Rivero y el Director Nacional de Control de Enfermedades Transmisibles, Juan Manuel Castelli) y de la presidenta de la CONAIN.

De esta manera, V.S. expresó que *“tal como lo recomendó la CONAIN, el 29/12/20 el entonces Ministro de Salud de la Nación decidió que las etapas para aplicar la vacuna entre las poblaciones priorizadas efectivamente debían ser ‘simultáneas’”*.

Sin embargo, la lectura de la Resolución N° 2883/20 es categórica en el sentido de establecer que la decisión de la aplicación simultánea y/o sucesiva de los distintos segmentos priorizados se encontraba sujeta a la disponibilidad de dosis, priorizando las condiciones definidas de riesgo.

Según considera esta parte, la Magistrada erró en la interpretación respecto a la existencia o no de un orden secuencial de inoculación, dado que la norma específicamente prevé las dos hipótesis: aplicación simultánea o sucesiva **pero en función de la disponibilidad de dosis**. Téngase en cuenta que dentro del esquema de priorización se habían establecido 7 segmentos.

Es ésta la razón por la cual la PIA ha enfocado su trabajo en la obtención de datos ciertos a fin de determinar la cantidad de dosis existentes en la República



Argentina, que permitiría verificar si la condición establecida en la norma se perfeccionó o no³.

Pero además, tal como se expondrá seguidamente el orden de priorización establecido en la norma resulta un orden reglado, es decir que su modificación solo podía efectuarse mediante norma de igual rango.

En este sentido, la nota que se encuentra ubicada en forma continua al esquema de priorización resulta categórica y coincidente con la postura que posee este MPF en cuanto a que el esquema de priorización no resultaba una mera orientación a las jurisdicciones y que si bien resultaba dinámico, ese dinamismo se perfeccionaba según las hipótesis allí indicadas.

Así se estableció que **“Nota: este esquema puede ser modificado a la luz de nueva evidencia científica, la situación epidemiológica y la disponibilidad de dosis.”**

De esta manera, aun cuando las declaraciones prestadas por los diferentes funcionarios pudiesen llevar a confusión de V.S.⁴, la primera interpretación que corresponde realizar de la norma es su interpretación literal que impide arribar a la conclusión de que la aplicación de las etapas exigía su simultaneidad. Ergo, el art. 2 de la Resolución 2883/20 establece en forma expresa la vacunación de la totalidad de la población objetivo en forma escalonada y progresiva, de acuerdo con la priorización de riesgo y la disponibilidad de dosis de vacunas.

“Sabido es que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente es la letra de la ley, de la

³ La razón de la trazabilidad efectuada tiene que ver además con los destinos específicos dados a las dosis ingresadas al territorio nacional por las únicas autoridades que concentran hasta el presente la administración de las vacunas. Destinos específicos; los centros de vacunación nacionales; en el caso de los hechos abarcados por la resolución que aquí se impugna, el Hospital Posadas, que las recibieron con un único objeto, en principio no fungible a voluntad.

⁴ Quizás, por una merma en la exhaustividad de las preguntas formuladas.



que no cabe prescindir. Por ello, el alcance de un cuerpo legal debe determinarse computando la totalidad de las normas que la integran, para que el propósito perseguido se cumpla de acuerdo con las reglas de una razonable y discreta interpretación". CSJ Santa Fe, "Celulosa Argentina SA", 07/05/1997 citado en Razonamiento y Decisión Judicial Director Carlos Ernst. Editado por Ediciones SAIJ de la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Además, las declaraciones prestadas por personal del Hospital Nacional Prof. Alejandro Posadas permiten encuadrar la situación real que se vivía en el país al momento en que se sucedieron las inoculaciones tildadas de irregulares.

En el citado complejo Hospitalario se había definido, según la propia declaración de Borda, Jefa de Medicina Preventiva, que la prioridad la tuvieron aquellas personas que se encontraban más expuestas al virus y señaló que dicho grupo se conformaba de médicos, enfermeros y todos los que se desempeñan en áreas críticas".

Torales, Coordinadora de Atención de Pacientes, por su parte expresó que inicialmente existió una directiva verbal para comenzar con el personal de salud y después el personal externo. En ese sentido, señaló que la prioridad la fijaba el Ministerio de Salud de la Nación.

Luego, Raffo, Directora General de Asistencia Médica expuso que *"a medida que fueron recibiendo más dosis, se fue ampliando la vacunación a todas las demás áreas del Hospital, escalonándose siempre en función al grado de exposición a pacientes con el COVID-19 en el Hospital"*.

De esta manera resulta claro que la inoculación de dosis se efectuó en un principio al personal de salud (estratificado incluso en función de su exposición al virus, ello por cuanto la disponibilidad de dosis no permitía la inoculación del



total del personal hospitalario) vértice de la pirámide de segmentos que integran la población de riesgo.

Ahora bien, retomando la argumentación de la resolución aquí cuestionada, V.S. entendió que las etapas para aplicar la vacuna entre las poblaciones priorizadas (cualquiera sea el segmento de pertenencia) debían ser “simultáneas”, no existiendo un orden excluyente entre ellas.

Así partiendo de un análisis parcial sobre el alcance de la Resolución del Ministerio de Salud N° 2883/2020 en lo relativo al orden de priorización, V.S. concluye que la norma permite que se intercalen aplicaciones de las vacunas entre los diferentes grupos considerados prioritarios por cuanto no establece un orden secuencial de prelación entre ellos.

Con base en ello, llega a sostener que no existe, desde el punto de vista jurídico penal, la situación en la cual una persona prioritaria “le quita” la vacuna a otra también prioritaria, no alcanzando esto para realizar un reproche penal.

Nada de esto surge de la norma en cuestión.

A modo de síntesis se destaca que el Ministerio de Salud de la Nación, en tanto autoridad de aplicación del Decreto DNU N° 260/2020, dictó la Resolución 2883/2020 mediante la que aprobó el “Plan Estratégico para la vacunación en contra del COVID-19 en la República Argentina”, cuyo objetivo es disminuir la morbilidad, mortalidad y el impacto socio-económico causados por la pandemia de COVID-19 en Argentina, a partir de la vacunación de la totalidad de la **población objetivo en forma escalonada y progresiva**, de acuerdo con la priorización de riesgo y la **disponibilidad de dosis de vacunas** (art. 2).

Concretamente se dispuso que la vacunación, en el marco del Plan Estratégico para la Vacunación contra la COVID-19 sería voluntaria, gratuita,



equitativa e **igualitaria** y debía garantizarse a toda la población objetivo, independientemente del antecedente de haber padecido la enfermedad (art. 6).

En lo que aquí interesa, conforme surge del aludido Plan Estratégico de Vacunación, debido a la disponibilidad de vacunas resultaba necesario establecer el **orden de prioridad** de los grupos de población a vacunar en cada una de las etapas establecidas, considerando para ello un marco bioético fundado en los principios de igualdad y dignidad de derechos, equidad, beneficio social y reciprocidad.

Así, emerge de dicho plan estratégico que a fin de constituir la priorización de las poblaciones a vacunar en las distintas etapas se contemplan también criterios establecidos en función del riesgo de desarrollar la enfermedad grave y complicaciones por COVID-19, la probabilidad de una mayor exposición al virus, la necesidad de mitigar el impacto de COVID-19 en la realización de actividades socioeconómicas y la posibilidad de incidir en la cadena de transmisión.

Por ello y teniendo en cuenta la cantidad limitada de la provisión inicial de las primeras vacunas, es que se entendió pertinente, como se expuso, implementar una “estrategia de **vacunación escalonada y en etapas, en la que se irían incorporando distintos grupos de la población definidos como “población objetivo a vacunar” en forma simultánea y/o sucesiva, sujeta al suministro de vacunas y priorizando las condiciones definidas de riesgo**”⁵.

Es decir, que la vacunación sería escalonada y en etapas, incorporándose las distintas categorías en forma simultánea y/o sucesiva pero de acuerdo a la priorización del riesgo y a la disponibilidad de dosis, no ante cualquier escenario y menos aún, ante la arbitraria discrecionalidad de la Administración.

⁵ Ver página 9 del Plan Estratégico de Vacunación que obra como Anexo a la Resolución MS N° 2883/2020.



La disponibilidad de dosis resulta la condición habilitante de la inoculación a los restantes segmentos que integran los peldaños inferiores de la población objetivo.

En efecto, y contrariamente a lo sostenido en la resolución recurrida, en los propios considerandos de la Resolución MS N° 2883/2020 se estableció que “La Dirección de Control de Enfermedades Inmunoprevenibles, con el consenso de la Comisión Nacional de Inmunizaciones (CONAIN), **propone la vacunación escalonada de acuerdo a la disponibilidad del insumo**, considerando población priorizada a los adultos mayores de 60 años, personal de salud, personal estratégico y grupos de riesgo”.

En rigor, la interpretación efectuada por la señora magistrada relativa a la inexistencia de un orden segmentado entre los grupos llevaría al siguiente interrogante: ¿Cualquier persona comprendida en alguno de los grupos de la población objetivo a vacunar podría haber requerido su inoculación sin que la pertenencia a un segmento específico de esa población objetivo pudiera servir de fundamento para negar su inoculación?, ¿Todas las personas que integran la población objetivo contarían con un derecho subjetivo a su inoculación ante la llegada de dosis, cualquiera sea el segmento que integran?, ¿Cuál sería la justificación de establecer un esquema de priorización segmentado en secuencias si todos podrían exigir su inoculación ante la llegada de la primer vacuna? La cuestión no versa sobre ética o moral, sino sobre la planificación eficiente de la distribución de un recurso escaso (vacuna) de quienes tuvieron la ardua tarea de brindar respuestas a una situación de emergencia y por tal motivo citando a VS la ley 27.491 de “Control de Enfermedades Prevenibles por Vacunación” establece el deber de aplicar las vacunas “siguiendo los lineamientos técnicos” definidos por la autoridad de aplicación (art. 19).



Entonces, es posible concluir que quien dicta o ejecuta una orden en contra de un lineamiento técnico (como lo es la Res. 2883/20) lleva a cabo la conducta típica definida en el art. 248 CP ya que su conducta se dirige en contra de la mentada ley.

No se trata aquí de ponderar irregularidades administrativas ni menos de efectuar reproches morales a la conducta de funcionarios y/o inoculados, sino determinar si este recurso fue utilizado conforme lo establecido en la norma, es decir en el segmento priorizado que correspondía ser inoculado en función de la pertenencia del lote utilizado.

Al cuadro precedente se le suma otro interrogante: ¿cómo se determinaría entonces en este supuesto quiénes se vacunarían en primera instancia? es decir, ¿cuál sería el orden para proceder a la vacunación de todos los individuos comprendidos en los grupos involucrados?

Si se siguiera el razonamiento de VS todas las personas incluidas en alguno de los grupos de la población objetivo tendrían un derecho subjetivo para que sean inoculadas ante su solo requerimiento. Si así fuera, la negativa a vacunar a unos por sobre otros, resultaría violatoria **del principio de igualdad** garantizado en el art. 16 de la Constitución Nacional.

Es que de otra forma se estarían consintiendo en forma arbitraria acciones discriminatorias a partir de diferencias de trato que no se encontrarían establecidas en la propia norma.

Por ello, y tal cual emerge del Plan Estratégico de Vacunación, y en función de la cantidad limitada de vacunas, es que resultó necesaria la implementación de un orden de prioridad de la población a vacunar por etapas. Aun cuando no se utilizó el esquema propuesto por la SAGE, decisión que no corresponde poner en crisis en este estadio procesal, resulta claro que se estableció un orden de



priorización que necesariamente debía ser cumplido. Y ese cumplimiento podía abarcar otros segmentos solo en función de la mayor disponibilidad de dosis.

Ante la interpretación de VS. ¿resultaría posible que la Administración actuase sin sujetarse a límite alguno? ¿sería su potestad enteramente discrecional? De compartir una respuesta afirmativa con tales interrogantes, se hace saber que la jurisprudencia y doctrina⁶ los rechazan.

La norma bajo análisis obra como **límite** a cualquier actividad discrecional que decida llevar adelante la Administración, a fin de evitar que la misma sea aplicada en forma arbitraria.

Respecto a este escenario corresponde, en particular, efectuar las siguientes consideraciones:

V.S. citando un párrafo del doctrinario Gordillo justifica la existencia de una actividad discrecional de la Administración Pública en la que “el ordenamiento jurídico permitía al funcionario un ámbito de libertad en la determinación de su obrar”.

Párrafo seguido sostiene que, en función de ese margen de discrecionalidad, fue la propia Administración la que dictó la Res. 712/21 que - entre otros cometidos- tuvo por finalidad acortar la definición de personal estratégico.

Sin embargo, debe destacarse en primer lugar que ante la falta de conceptos categóricos y con motivo del abuso realizado a partir de la laxitud de la Resolución N° 2883/20⁷, fue la propia Administración la que dicto con

⁶ Nuestro Máximo Tribunal en el precedente “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente de los Derechos Humanos” (1992) ha dicho que “... frente al reconocimiento de que no existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciables, sino únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa...” Fallos 315: 1361.

⁷ Laxitud, se reitera para evitar confusiones, no habilitó legalmente a las decisiones funcionales bajo investigación.



posterioridad la Resolución N° 712/21, ello no como fundamento del ejercicio discrecional de su actividad sino como forma de morigerar los efectos abusivos, ilegales, que la aplicación de la norma había producido, proporcionando de esta manera una mayor seguridad jurídica.

Esta situación, a diferencia de lo que interpreta VS como un fundamento de su libertad de actuación, importa un reconocimiento de la propia Administración del error cometido al momento del dictado de la Resolución MS N° 2883/20, error que decidió “subsanan”⁸ a partir de la Resolución MS N° 712/21, acotando las personas que podían ser inoculadas bajo la categoría personal estratégico. Y ello no obedece al ejercicio de una facultad discrecional sino a la existencia de un concepto jurídico indeterminado (“personal estratégico”) que ninguna relación guarda con la discrecionalidad sino con un proceso cognoscitivo o de mera comprobación.

La discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados son categorías jurídicas distintas. La discrecionalidad se asienta en el consecuente jurídico mientras que el concepto jurídico indeterminado recae sobre el presupuesto de hecho. El intérprete debe, entonces, a) interpretar el supuesto de hecho, b) subsumir el hecho real en él y, finalmente, c) decidir qué consecuente jurídico va a aplicar⁹.

Es decir, que el concepto jurídico indeterminado es aquel que nos permite construir y nos conduce a una única solución justa, de modo que éste reduce el campo material de la discrecionalidad.

Así, el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de

⁸ Desde una visión optimista de la situación, en el contexto de escándalo público ya desatado a esta altura.

⁹ Balbín Carlos, “Tratado de Derecho Administrativo” Tomo I, La Ley, 2015, pág. 909/910.



discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación, que ha de atenderse, necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse, por otra, al sentido jurídico preciso que la ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea solo una, al concepto jurídico indeterminado que su precepto emplea. Justamente por esto, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, porque no admite más que una solución justa¹⁰.

Sentado ello, debe destacarse que SIEMPRE la vinculación de la Administración con la norma debe ser positiva, en el sentido que el derecho no debe constituir para aquella una instancia formal o externa sino, antes bien, un presupuesto mismo del actuar administrativo sin el que éste carece de legitimidad.¹¹

En consecuencia, la juridicidad es el presupuesto que habilita el accionar de la Administración.

Ahora bien, la Administración cumple distintas funciones en la búsqueda de la satisfacción del bien común. En lo que aquí interesa dentro de las facultades netamente de gestión (función administrativa), existen dos campos diferenciados que se ubican bajo lo que se denomina actividad reglada y actividad discrecional.

La discrecionalidad como actuación totalmente libre de la Administración, es un concepto que pertenece al derecho administrativo histórico. Actualmente la discrecionalidad es una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa, con el objeto de que a través de “una apreciación subjetiva del interés público

¹⁰ García de Entrerría Eduardo, “la lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos”.

¹¹ Curso de Derecho Administrativo Julio Comadira, Hector Escola y Julio Pablo Comadira Ed Abeledo Perrot Tomo I Pag 100



comprometido, complete, creativamente, el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas”.¹²

La elección es libre, pero sujeta a los principios generales del derecho y a la habilitación o autorización de carácter previo en tal sentido otorgada por el ordenamiento jurídico (competencia). De esta manera el control judicial que se realiza respecto a la actuación discrecional recae sobre los elementos reglados del acto (como la competencia, el objeto, la forma y **la finalidad**) y si la motivación de su emisión y/o actuar supera un test de razonabilidad o por el contrario resulta per se arbitrario.

“La circunstancia de que la Administración obre en ejercicio de facultades discrecionales no puede constituir un justificativo de conducta arbitraria, puesto que la razonabilidad con que se ejercen tales facultades es lo que otorga validez a los actos de los órganos del Estado, y ante los planteos concretos de los interesados los jueces pueden verificar el cumplimiento de tal exigencia” (CSJN 30/6/1977 “Industria Maderera Lanin SRL c. Estado Nacional y/o Minist. Agric. Y Ganad. y/o Dir. Gral. Parques Nacionales”. En igual sentido, CSJN, 25/11/1997 “Sola Roberto y otros c/ Poder Ejecutivo”; 8/04/2008 “Schneiderman Ernesto Horacio c/ Estado Nacional”).

En cambio, la actividad reglada siguiendo también a Agustín Gordillo se perfecciona cuando “una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir, o sea, cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto”¹³

¹² Ob cit pag 103

¹³ https://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo8.pdf



Continua Gordillo indicando que “De esta manera, habrá regulación directa cuando la predeterminación de la conducta administrativa a seguir proviene de una ley, reglamento, etc. que se refiere directamente a la administración pública. En cambio, la regulación será indirecta cuando proviene de una norma jurídica que, sin referirse directamente a la administración pública, sienta de todos modos un principio concreto que también la administración debe seguir, como, por ejemplo, la Constitución al establecer los derechos de los individuos, que la administración también debe respetar”¹⁴

En este caso, el esquema de priorización establecido en la Resolución N° 2883/20 no permitía optar entre los distintos segmentos que lo integraban, estuviesen ellos en la base o en el vértice del esquema, ya que establecía y establece un orden de inoculación escalonado y por etapas, que solo podía conllevar la simultaneidad de inoculaciones del segmento que le seguía por debajo a aquel que estaba siendo ejecutado, ante el cumplimiento de la condición dispuesta en la NOTA.

Debe realizarse la aclaración que ante la compra y llegada de vacunas SINOPHARM, las que en un principio no se encontraban autorizadas por la ANMAT (para la inoculación de adultos mayores), correspondía avanzar en la vacunación del segmento subsiguiente, pero ello no por ejercicio de discrecionalidad alguna, sino porque la vacuna no se encontraba habilitada para el segmento que le seguía al peldaño “personal medico”, es decir a los mayores de 70 años y mayores de 60 años¹⁵.

“... la política se debe subordinar al derecho; en tiempos de desintegración, él debe operar como uno de los factores esenciales de cohesión social. Eso es, en

¹⁴ Ob cit.

¹⁵ <https://www.telam.com.ar/notas/202103/548640-vizzotti-anuncio-la-autorizacion-de-la-vacuna-sinopharm-para-adultos-mayores-de-60-anos.html>



rigor, la Constitución, su respeto debe ser la primera política del Estado. Esta política, sin embargo, se incumple cuando se amplían los espacios de injusticiabilidad”.¹⁶

En conclusión, la Administración debe sujetarse al ordenamiento jurídico, integrado no solo por las normas en sentido formal, sino también por los principios generales del derecho. De esta manera el ordenamiento jurídico obra como un límite de la actuación del Estado, aún en el caso de obrar en ejercicio de facultades discrecionales, ello con basamento en la división de poderes y el principio de legalidad propio del Estado de Derecho¹⁷.

De otra forma el principio de igualdad antes mencionado, siempre siguiendo el criterio sostenido por VS se encontraría a todas luces vulnerado, al otorgarles a unos lo que se le niega a otros (dentro de la población objetivo o priorizada a la que VS entiende un universo único).

En síntesis, tanto cuando ejerce facultades regladas como discrecionales, el funcionario debe procurar el logro del bien común, finalidad que por definición es ajena a cualquier interés particular, pese a que en su procura, además puedan satisfacerse determinados intereses individuales.

Por lo que el esquema de priorización establecido en la norma integra la categoría de facultades regladas, en atención a que ante una mayor disponibilidad de dosis la Administración podía avanzar en la inoculación del segmento que le seguía en el esquema, siempre que las dosis recibidas se encontraran habilitadas para el segmento en cuestión. De modo tal que el razonamiento de VS en cuanto a la existencia de un ámbito de libertad en la determinación del obrar del

¹⁶ Ob cit pag 172

¹⁷ Cassagne, Juan Carlos en “El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, Buenos Aires, Ed. IBdeF, 2016, pag. 47 y ss.



funcionario público (función administrativa discrecional) resulta carente de aplicación en la situación objeto de análisis.

Sentado ello, debe destacarse que la resolución recurrida resulta por demás inmotivada por cuanto se sustenta únicamente en la opinión vertida por la presidenta de la CONAIN pero no en la documental acompañada a la causa por el organismo técnico.

Véase que VS expone que esta decisión – relación de los grupos en forma simultánea y/o sucesiva - fue tomada por la autoridad de aplicación de manera intencional y consciente en base a la recomendación dada por la CONAIN sobre ello. Siendo un órgano consultor, pero no emisor de normas.

De la documentación aportada en la causa no se advierte recomendación de la CONAIN en este sentido, sino como se dijo, la opinión personal proporcionada por la presidenta de la CONAIN, pese a que VS refiere a dicho acto como la “recomendación” del organismo aludido.

En igual sentido, agregó que “esta recomendación”, se encuentra en sintonía con lo que surge de las reuniones realizadas en el ámbito de la CONAIN.

Ahora, de las reuniones efectuadas en la CONAIN no emerge ningún documento que contenga recomendaciones en tal sentido.

Nótese que la señora magistrada realiza una valoración parcial de aquellas reuniones, por cuanto cita aisladamente la opinión del Lic. Lastra en la reunión extraordinaria de CONAIN del 3/12/2020 recomendando no postergar la vacunación de algunos grupos hasta no completar la de los primeros porque representa una situación más real en el terreno.

Pero olvida referir que en la misma reunión la Dra. M. Magariños opinó que si no se vacunase en primer término a una población con dos dosis se corre el riesgo de baja inmunidad y un impacto negativo en la adherencia a la vacuna.



En el mismo sentido, la Dra. S. Belfiore sugirió completar el esquema de dos dosis de una población antes de iniciar con otra y la Dra. C. Vizzotti sostuvo que la estrategia definitiva dependerá de la disponibilidad de dosis y el cumplimiento de la población y que la decisión a tomarse deberá ser sobre cuáles serán los grupos prioritarios.

Luego, en esa reunión la Dra. Neyro de la DICEI (dependiente de la Subsecretaría de Estrategias Sanitarias del Ministerio de Salud) había sintetizado que “Las dos opciones planteadas eran: a) completar el esquema de dos dosis de una población antes de iniciar la segunda; y b) administrar la primera dosis a mayor número de personas postergando la segunda. Y se solicitó a los miembros de la CONAIN su opinión sobre la factibilidad de ambos esquemas”. Ello conllevó a la opinión de los distintos expertos, pero como se observa de lo antes transcrito, sin arribar a una conclusión, al menos de la documentación puesta a disposición de esta Procuraduría.

Además, en la reunión celebrada el 14 de enero del corriente, que se llevó adelante luego de dictada la Resolución 2883/20 la Dra. Vizzotti contestó a los miembros de la comisión que “4. *Se ha permitido a las jurisdicciones escalar la vacunación del personal de salud, a fin de evitar que el ausentismo provocado por los episodios de fiebre relacionados con la vacunación impacte en el trabajo de las instituciones*”.

Esta respuesta deja en claro dos circunstancias: 1) la posición del Ministerio de Salud de la Nación como órgano rector del plan estratégico para la vacunación y 2) la discusión que se llevaba adelante en esos momentos en torno a la inoculación dentro del segmento de personal de salud.



Los comentarios de los miembros de la comisión refieren a la discusión en torno a quién inocular dentro del primer segmento “personal de salud”, ello se interpreta en función de la escasa disponibilidad de dosis¹⁸.

En este sentido, no existía un escenario de disponibilidad de dosis que incluso ante la excusa por la emergencia de la omisión en el dictado de una norma expresa pudiese haber permitido la simultaneidad de otro segmento priorizado.

Argumento que de ninguna manera podría ser validado cuando se constató que la simultaneidad de la vacunación se dio únicamente entre allegados de los funcionarios¹⁹, lo que a todas luces vulnera la igualdad²⁰.

Por último, se verifica otra interpretación errónea cuando la Directora General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud indicó que “*el Plan Estratégico de Vacunación (Resolución N° 2883/20) si bien está orientado a ser una guía de la estrategia de vacunación en la que el Ministerio de Salud asume el rol de rectoría e interactúa con las 24 jurisdicciones, cada una de ellas aplica su propio plan estratégico*”. Ello por cuanto que la invitación a las distintas

¹⁸ “Algunos miembros sugieren que el personal de salud con enfermedades autoinmunes, inmunocomprometidos y embarazadas, reciban la vacuna considerando el alto riesgo de exposición. Otros por su parte recomiendan esperar más datos para la vacunación de las embarazadas. Se propone también estratificar el riesgo por edad.”

¹⁹ Padres; hijos; amigos de ahora y de antes: algunos funcionarios, entre otros.

²⁰ Respecto a la cuestión de igualdad de bienestar versus igualdad de recursos. Carlos Nino entendió que: “... hay una gran división filosófica política acerca de si lo que debe haber es igualdad de bienestar o de recursos. Algunos dicen que lo importante es el bienestar, la igualdad de satisfacción. Y si los individuos tienen grados de satisfacción distintos, deben implementarse recursos desiguales para garantizar la igualdad de satisfacción. Me limito aquí a señalar el problema de esta teoría: trata las preferencias de los individuos como si fueran accidentes, como si fuera el color de su piel, etc. Por ejemplo, alguien tiene la preferencia de comer caviar y esa preferencia debe ser atendida de la misma manera que el accedente de otro, que tiene otras preferencias.(...). Esto es lo que, en esta discusión, se llama “gustos caros”. Según esta teoría, a aquellos que tienen gustos costosos hay que darles más recursos. Pero aquí se está socavando el principio de dignidad de las personas, en tanto parece que un individuo no es más que un manojito de accidentes, entre los que están sus deseos, sus preferencias, sus inclinaciones, etc. En cambio, la idea de igualdad de recursos implica que lo que hay que distribuir no es bienestar sino recursos, y que hay que hacerlo en forma igualitaria, compensando en los casos menores recursos naturales de los individuos -en inteligencia, salud, etc.- que son recursos de tipo social. Esto permite que los individuos sean responsables de sus preferencias, y no que estas sean accidentes del individuo. El que tiene preferencias caras, pues, tendrá que arreglárselas con los mismos recursos que los otros. Este último planteo parece estar más en consonancia con la idea de dignidad”. En Nino Carlos, “Ocho lecciones sobre ética y derecho”, “Ed. Siglo XXI, pag. 90/91.



jurisdicciones que integran la República Argentina reseñada en el art. 4 de la Resolución N° 2883/20 fue a los efectos de *“realizar las gestiones que sean necesarias para llevar adelante las acciones de planificación interna, a fin de atender los aspectos relacionados con la logística, distribución, recursos humanos, sistema de información, registro, monitoreo, supervisión y evaluación, como así también las acciones de vigilancia sobre la seguridad de la vacuna, a fin de implementar el Plan Estratégico para la Vacunación contra la COVID-19 de manera eficiente”*.

La transcripción de la testimonial recabada a la Directora General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud de la Nación, que realiza VS, promueve una interpretación equívoca y laxa respecto de las competencias y responsabilidades que tenía el Ministerio de Salud al dictar la Resolución N° 2883/20 y desvirtúa la existencia de un único plan estratégico, que estableció en forma categórica segmentos de la población con prioridad para su inoculación.

Ninguna jurisdicción se encontraba facultada para establecer su propio plan, ya que ello implicaría desconocer la letra de la norma y licuar la función de órgano rector del Ministerio de Salud prevista en el Decreto 260/20.

En conclusión, VS efectuó una interpretación parcial e imprecisa del alcance de la Resolución MS N° 2883/2020 como de los antecedentes que motivaron su dictado, sorteando una valoración correcta e integral del alcance de la norma, única situación que garantiza la igualdad constitucional y funciona como un límite al obrar de la Administración, ello a fin de evitar que la aplicación de vacunas sea efectuada de manera arbitraria.



V) SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LAS VACUNAS ASIGNADAS A COMPLEJOS NACIONALES.

Como se adelantó, un aspecto que no ha sido materia de análisis por parte del resolutorio en crisis es el del regular destino a serle brindado, no al universo de millones de dosis que arribaron al país en función de sucesivos acuerdos y contratos, sino específicamente a aquellas dosis que fueron reservadas por el Ministerio de Salud de la Nación en general y destinadas en especial al Hospital Posadas.

En ese sentido, no puede perderse de vista que el Estado Nacional (per-se) no desarrolló ni desarrolla campañas de inoculación contra la COVID-19 destinadas a la población general, sea para: adultos mayores de 70, mayores de 60, personas con factores de riesgo o (en una última etapa) los adultos entre 18 y 59 años sin factores de riesgo.

Todos esos grupos (como es de público y notorio) han sido vacunados progresivamente por las jurisdicciones locales y de conformidad a su domicilio de residencia. En ningún caso (excepto, precisamente, los que resultan objeto de investigación en la presente causa) existieron tales inoculaciones por parte del Ministerio de Salud de la Nación.

Solo soslayando esa circunstancia se puede arribar a la conclusión de que la inoculación **con esas dosis, en ese lapso y en esas circunstancias** de personas mayores de 60 años y/o que poseían algún factor de riesgo no constituye un desvío de su correcto destino (conforme la exigencia del artículo 260 del C.P.). Ello sin perjuicio de lo que en el apartado anterior se expuso respecto a aquellos que fueron inoculados en carácter de personal estratégico (su correcta interpretación



de esta categoría y su ubicación en la priorización establecida en la Resolución 2883/2020).

En ese sentido, se desprende de la prueba recopilada que la población objetivo a ser inoculada con las dosis que habían sido recibidas hasta el 23/02/2021 correspondían al personal de salud que se desempeñaba en el Hospital Nacional Prof. Alejandro Posadas, ello con basamento en las distintas declaraciones que se encuentran en el expediente judicial.

De este modo, es posible afirmar que las dosis reservadas en el Hospital estaban destinadas a la inoculación de personal de salud que prestaba funciones en ese efector o en otros organismos dependientes del Ministerio de Salud de la Nación. Podría acaso concebirse la posibilidad de que también se inocularan con esas dosis personas consideradas como “Personal estratégico” que revistieran como funcionarios del Estado Nacional, sin perjuicio de lo que ya se explicó en el apartado inmediato anterior respecto a los alcances de esta categoría y su priorización.

Pero de modo alguno estas dosis estaban destinadas a la inoculación de la población general, perteneciera o no ésta a grupos priorizados, y es ello lo que explica también, según se aprecia de los elementos de conocimiento colectados hasta el presente, que precisamente estas inoculaciones hayan sido las desarrolladas dentro y fuera de las instalaciones del efector y a espaldas de la sociedad: en el propio Hospital Posadas, en las oficinas del Ministerio de Salud de la Nación y en domicilios particulares, sin ningún tipo de repercusión pública hasta tanto los hechos tomaron trascendencia.

Ello guarda consonancia con que factores como la población total de cada jurisdicción, el porcentaje de adultos mayores o de personas con factores de



riesgo hayan sido precisamente los tenidos en cuenta a la hora de disponer el reparto de dosis entre las distintas provincias y la CABA. Así se expresó en la nota NO-2021-18698505-APN-DNCET#MS, citada en el dictamen de la PIA:

“Los criterios teóricos de distribución seleccionados para determinar las cantidades para cada provincia, son:

- Proporción entre la población objetivo informada por cada jurisdicción sobre la población objetivo total país.

- Proporción que surge de la población total de cada provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sobre la proyección de población para el total de país

- Adecuación y ajuste de las cantidades, según acuerdo entre las máximas autoridades nacionales y jurisdiccionales en el marco del Consejo Federal de Salud para atender las diferencias que pudieran surgir entre la realidad y la proyección realizada”.

También se indicó que: *“Adicionalmente, el resto de los grupos que forman parte de la población objetivo, toman como base de estimación la información proporcionada por las propias jurisdicciones en virtud de que no existen datos consolidados para muchos de ellos (personas con diabetes, obesidad, etc.). Adicionalmente, el carácter voluntario de la vacunación en el caso de COVID-19, hace aún más complejo estimar apropiadamente la población objetivo, por lo que las propias jurisdicciones modifican de manera constante la información proporcionada en virtud del avance de las metas”.*

En pocas palabras, además de haberse detectado alteraciones en el orden de prioridad, todo lo cual fue debidamente desarrollado en el apartado anterior, también existió un beneficio irregular fundado en relaciones de afinidad



indebidas a estos efectos (que a criterio de la señora Jueza existieron pero carecen de reproche en el ámbito penal). Dichas personas **no formaban parte de la población objetivo para la inoculación por parte del Estado Nacional, sino que debían seguir los procedimientos de inscripción (y la consecuente espera) establecidos por la jurisdicción de su lugar de residencia.** Este lugar de residencia era, en la mayoría de los casos, la CABA o la Provincia de Buenos Aires, y en el dictamen de la PIA se dio cuenta del grado de avance que la inoculación presentaba en dichos distritos.

VI) ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DICTAMEN DE LA PIA.

Hemos de detenernos brevemente en esta cuestión, por la mera circunstancia de que fue objeto de algunos tramos del resolutorio que exigen brindar algunas precisiones respecto a la actuación de esta Procuraduría.

En primer lugar, respecto al oficio dirigido al señor Titular de la Fiscalía Federal nro. 3 (que fue incorporado a la causa y reseñado por la señora Jueza), es dable señalar que fue el resultado del procesamiento de parte de la información reunida hasta el momento por esta PIA. Se trató entonces de un aporte que exponía datos técnicos sin ningún tipo de valoración. De hecho, cada tramo analizado cuenta con su cita directa, para evitar desnaturalizaciones en la información.

De este modo, resulta desajustada la valoración desarrollada por la señora Jueza al expresar *“incluso quienes representan la acusación en esta investigación coinciden sobre este punto. En efecto, recientemente la PIA le informó al titular de la Fiscalía Federal 3 que la falta de correlación entre la categoría cargada en el NOMIVAC con la que verdaderamente integra la persona vacunada se*



podía deber a dos cuestiones (...)” y su desarrollo posterior. Lo que esta PIA informó fue la respuesta que al respecto se obtuvo de la Dirección Nacional de Epidemiología.

VII) SOBRE LA CALIFICACIÓN LEGAL DE LAS CONDUCTAS INVESTIGADAS

Tal como se adelantó al principio de esta presentación y, a sus efectos en relación al presente recurso de apelación esta parte entiende suficiente por el momento, en atención al estado de avance de estas actuaciones judiciales, adoptar las posibles significaciones jurídico penales que la misma jueza ha entendido aplicables al caso²¹, de compartirse por la Cámara revisora, las argumentaciones aquí expuestas.

En consecuencia, se considera que los hechos contenidos en la resolución que se ataca, podrían encuadrarse en las descripciones contempladas en los artículos: 248 y 260 del CP. Ello, sin descartarse la aplicación de otras calificaciones conforme el avance y profundización de la investigación que se entiende pendiente de realización.

El tipo penal del art. 260 pena con inhabilitación especial la conducta de aquel *“funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados”*.

La acción típica de esta figura es la de **“dar una aplicación diferente”**. Donna señala que ello implica *“una aplicación diferente de la que corresponde,*

²¹ Con la salvedad que se efectuará en relación a uno de sus elementos típicos.



*de manera que el destino no es el establecido, sino otro, que arbitrariamente impone el funcionario, dentro de la esfera pública”.*²²

En sentido similar explican Colombo y Honisch que *“la nota característica (...) es la utilización de fondos públicos inobservando las previsiones normativas (...) pero siempre (...) atendiendo a finalidades públicas”.*²³ Más adelante, expresan que *“presupone, por un lado, la existencia de dos fines públicos posibles a partir de los cuales el funcionario elige disponer del caudal en una dirección pública diferente de la prevista en las leyes, decretos, reglamentaciones, etc., y por el otro, que ambas finalidades son legales”.*²⁴

Respecto al objeto de dicha acción, que está constituido por **“caudales o efectos”**, Donna –con cita a Creus– señala que *“no hay discusión sobre el contenido del concepto”*, en punto a que *“caudales”* sería comprensivo no solo de dinero sino de toda clase de bienes.²⁵ En sentido similar se pronuncian Colombo y Honisch: *“no existen mayores discusiones en torno a que mediante el término ‘caudales’ no se ha hecho referencia solo al dinero, sino que comprende toda clase de bienes (...) y que el concepto ‘efectos’ alcanza a todos aquellos que tienen un valor de carácter económico”.*²⁶

Remiten diferentes autores en ese sentido al viejo artículo 2312 del Código Civil, que definía a los bienes como *“objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas”*; y a estas últimas –en el artículo 2311- como *“los objetos materiales susceptibles de tener un valor”*. Con mayor puridad, el artículo 16 del

²² DONNA, Edgardo A.: *Derecho penal. Parte especial. Tomo III. Segunda edición actualizada*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2012. Páginas 296 y 297.

²³ COLOMBO, Marcelo y HONISCH, Paula: *Delitos en las contrataciones públicas*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012. Página 207.

²⁴ COLOMBO, Marcelo y HONISCH, Paula: *Op. cit.* Página 208.

²⁵ DONNA, Edgardo A.: *Op. cit.* Página 297.

²⁶ COLOMBO, Marcelo y HONISCH, Paula: *Op. cit.* Página 209.



actual Código Civil y Comercial de la Nación hace referencia a “*bienes susceptibles de valor económico*”.

Este concepto amplio (respecto al cual, cabe insistir, los autores citados subrayan el consenso doctrinario) resulta también coincidente con la definición de “*bienes*” que ofrecen las convenciones internacionales en materia de corrupción, las cuales constituyen una guía en la interpretación de los tipos penales por implicar un compromiso del Estado Argentino susceptible de generar responsabilidad internacional –siempre, por supuesto, en el marco del principio de legalidad–.

Así, la Convención Interamericana contra la Corrupción define a los bienes como “*activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos*”.

En términos muy similares, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción los define como “*activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos*”.

Esta misma Convención nos brinda una guía para la interpretación del tipo penal aquí analizado, toda vez que en su artículo 17 consagra el deber de los Estados parte de “*tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo*”.



Este tipo penal, conforme se desprende del artículo VI de la ley nro. 24.579, “Convención Interamericana contra la corrupción firmada en la tercera sesión plenaria de la Organización de los Estados Americanos” debe ser considerado como acto de corrupción.

Con ese encuadre, no existen dudas de que las dosis de vacunas caben dentro del concepto de bienes y, consecuentemente, constituyen “*caudales o efectos*” cuya malversación se encuentra punida por el artículo 260 del Código Penal.

Las vacunas contra el COVID-19 –en todas sus variantes– constituyen, en efecto, cosas muebles, adquiridas por el Estado Nacional a laboratorios o Estados extranjeros, por un precio determinado. Ello en un contexto global que, sobre todo al momento de los hechos, se caracterizaba por una altísima demanda motivada por la pandemia, distintos problemas de producción y una intensa puja entre los Estados por su adquisición. En otras palabras, se trata de un bien escaso, y el arribo de las dosis comprometidas –tanto en la Argentina como en otros países de la región y del mundo– se vio demorado más allá de las previsiones gubernamentales.

No modifica su carácter de cosa mueble con valor económico el hecho de que el Estado Nacional haya resuelto concentrar su adquisición y distribuirla – conforme determinados criterios– entre las provincias y la CABA. Por el contrario, las dosis de vacunas continúan siendo bienes dotados de valor pecuniario, pues fueron adquiridas por el Estado Nacional a un precio determinado, surgido de negociaciones mantenidas con diferentes proveedores (algunas de las cuales continúan hasta la actualidad), por lo que significó una erogación importante de las arcas públicas.



Hasta aquí, el desarrollo del tipo penal que esta parte estima aplicable al caso resulta coincidente con el sostenido por la señora Jueza, quien en efecto expresó *“En lo que hace a la malversación de caudales públicos prevista en el art. 260 CP corresponde señalar que lo que se pretende con esta figura es asegurar que el caudal público (dinero u otros activos patrimoniales, como puede ser una vacuna) sea administrado con las finalidades previstas”* (el resaltado no corresponde al original).

De este modo, no existen discrepancias entre esta parte y la señora Jueza respecto a que las dosis de vacuna quedan encuadradas dentro del elemento típico *“caudal público”*, como tampoco pueden existir respecto a que quienes decidieron y/o ejecutaron la decisión de darle determinada aplicación eran, cuanto menos al momento de los hechos, funcionarios públicos.

Toda la discrepancia pasará, entonces, por el motivo que llevó a la señora Jueza a descartar la aplicación de la figura, esto es la existencia o no de una *“aplicación diferente de aquella a la que estuvieren destinados”*. El resolutorio en crisis entiende que ello no se configura en los hechos investigados que dispuso archivar, pues entiende que a dicho *“caudal”* (vacuna) se le aplicó *“un destino al que legalmente sí le [correspondía] (en el caso por ser “prioritario” según la Res. 2883/20).”*

Tal como se desarrolló en los apartados anteriores esta interpretación no es correcta en función de que el destino brindado no es el que legalmente le correspondía. Pero además, también se indicó que resulta posible incluso sostener la posible aplicación del tipo penal previsto en el artículo 248, toda vez que los motivos de su descarte por la autoridad judicial fueron los mismos.



Ello así, máxime cuando la propia Magistrada señala que el artículo 19 de la ley 27.491 nos permite omitir cualquier discrepancia doctrinaria en cuanto al alcance del vocablo “ley” en dicho tipo penal. En efecto, el propio resolutorio impugnado sostiene que *“quien dicta o ejecuta una orden en contra de un lineamiento técnico (como lo es la Res. 2883/20) lleva a cabo la conducta típica definida en el art. 248 CP ya que su conducta se dirige en contra de la mentada ley”*. Es decir, nuevamente existe un sentido concordante con el sostenido por esta parte en cuanto a la interpretación del tipo, y su descarte por parte de la Magistrada se sostiene -exclusivamente- en la circunstancia de que a su entender la mentada Resolución no establece un orden de prelación. En sus palabras: *“fundamentalmente teniendo en cuenta que el plan permite que entre las diferentes poblaciones prioritarias exista **simultaneidad de aplicación**, entiendo que la orden de vacunar a personas definidas como prioritarias no se dirige en contra de esa resolución”* (el resaltado corresponde al original).

Por otro lado y, a los fines de completar la fundamentación respecto del tipo aplicable en esta instancia del proceso²⁷, respecto a la aplicación irregular de dosis, bajo la óptica de la figura de la malversación de caudales (art. 260 del Código Penal), en las circunstancias en que se produjo, necesariamente exigió una colaboración activa de los inoculados para ser consumada.

Por tanto, resulta impensable la realización del acto presuntamente criminal sin dicha colaboración, reflejada en numerosas conductas activas que si bien variarían caso a caso, abarcan desde la presencia en un lugar específico con la única finalidad de inocularse o la puesta a disposición de un lugar físico

²⁷ Reiterándose que la producción de las medidas que a juicio de esta parte restan producirse permitirán tener un caudal de elemento de conocimiento que permitirán definir con mayor precisión, las imputaciones correspondientes.



(domicilios particulares) hasta la propia disposición del propio cuerpo para recibir la dosis. Esto es, resulta impensable la aplicación irregular de la dosis sin un receptor que haya mostrado una conducta activa tendiente a su realización.

Por ello, no puede descartarse en este momento, según se considera, que dichas conductas hayan constituido una verdadera cooperación sin la cual el delito no habría podido cometerse (artículo 45 del Código Penal). Ello, en función que la colaboración prestada colocaría, en principio, a los inoculados en la posición de partícipes necesarios.

Para finalizar y, sin perjuicio de lo anterior, cabe mencionar que el camino hacia la posible significación penal de los acontecimientos bajo investigación resultará, luego de producida la prueba que se estima pendiente, de la valoración de distintas fuentes de conocimiento.

En tal sentido, estimamos que el caso no puede abstraerse, en el análisis de las distintas conductas de las personas involucradas, en particular de quienes revisten el carácter de funcionarios públicos, del abordaje de las pautas de comportamiento funcional que les son exigibles en un estado democrático de derecho²⁸.

La conducta reprochable de las/los agentes de un Estado que debe promover el bien común trasgrede los deberes posicionales que han adquirido. Estos deberes son aquellos que se asumen a través de un acto voluntario en el que se acepta asumir determinado rol en un sistema normativo.

²⁸ Excepción al principio de reserva establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional.



La normativa vigente en materia de ética pública y transparencia brinda un delineamiento positivo de la conducta de los funcionarios/as públicos/as a través de obligaciones jurídicas establecidas legalmente.

a) La espera y la prioridad.

Luego de mucho tiempo en el que los ciudadanos/as han realizado esfuerzos colectivos de gran envergadura, el Estado argentino comienza a obtener de manera paulatina, cierta cantidad de dosis para inocular a su población. Es importante tener en cuenta que, al momento de comenzar a implementarse los planes de vacunación, las personas llevaban aisladas mucho tiempo, con gran parte de la población en situación económica crítica, y muchos llevando sobre sus hombros los duelos de seres queridos que ni siquiera pudieron despedir. El personal de salud se encontraba al borde del colapso y casi no se encontraban personas que trabajen en hospitales o centros de salud que no hubieran perdido a un compañero/a de trabajo.

En este contexto es en el que se despliega el operativo de vacunación tan esperado.

Conocer la existencia de vacunaciones por fuera de la lista de espera oficial, a la que se accedía por contactos, amistades u otros factores que nada tenía que ver con el grado de prioridad establecido por las autoridades, provocó no solo el escándalo, sino un sentimiento de absoluta injusticia en la comunidad que está estrechamente vinculado al cuidado responsable que se esperaba de los funcionarios del Estado en general, y de los funcionarios de la salud en particular, en este contexto tan complejo.



Cabe preguntarnos, ¿todo ello se dio por la trasgresión a la norma? ¿por el acto de corrupción en sí? ¿o fue por la especial gravedad de la falta ética que implicó el caso?

b) Ética de los derechos humanos.

Antes de analizar los aspectos en que la conducta que estamos tratando podría implicar una posible afectación de los derechos consagrados en los tratados de DDHH (art. 75. Inc. 22 de la CN), es necesario hacer una mínima consideración que no deberíamos perder de vista en ese trayecto. La concepción de que existen derechos inherentes a la condición humana es un presupuesto ético que fundamenta la protección a los derechos humanos. No siempre fue socialmente aceptado el hecho de que la vida humana es valiosa y que merece respeto.

c) Derechos humanos que podrían encontrarse vulnerados.

c.1) Derecho a la igualdad y no discriminación.

Diversos son los instrumentos que garantizan la igualdad y no discriminación. Entre ellos los arts. 16, 37, 75 inc. 2 de la CN, que se ven ampliados y profundizado a través del 75 inc. 22 en tanto diversos compromisos internacionales con jerarquía constitucional protegen expresamente este derecho. Algunos de ellos son el art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

Sin embargo, es muy importante atender a la especificidad del caso que analizamos. En el año 2019 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos



ha publicado un informe titulado: *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*, en él la CIDH se ha pronunciado en un apartado específico sobre la discriminación como consecuencia de la corrupción y ha expresado: “La corrupción al propiciar la concentración de recursos, desdibujar los fines públicos de las instituciones estatales y desviar el poder hacia intereses privados, estimulan el mantenimiento de la discriminación y exclusión social.”²⁹

La discriminación consecuencia de la corrupción tiene como base el otorgamiento de un privilegio que no es legítimo. Cuando el resto de las personas se ven impedidas o demoradas en el acceso al derecho de que se trate, la corrupción ha perfeccionado su capacidad de producir esta desigualdad.

En otro apartado de este informe la CIDH afirma: “El tratar en forma diferenciada a las personas dependiendo de sus opiniones políticas, es una forma de discriminación. De esta forma, cuando el acceso a los servicios públicos depende de la pertenencia a un cierto sector político, religioso u otro, se está haciendo una diferenciación prohibida por las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, ya que se busca un beneficio privado con bienes públicos.”³⁰

Los actos de corrupción producen, entonces, una desproporcionalidad en el disfrute de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, que vulnera profundamente el derecho a la igualdad y no discriminación.

²⁹ CIDH, “Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos”, OEA/Ser.L/V/II, p. 68, año 2019. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>

³⁰ CIDH, “Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos”, OEA/Ser.L/V/II, p. 68, año 2019. En tal sentido, apuntan los datos obtenidos por la PIA, volcados en el dictamen presentado a VS, dando cuenta que no se han emitido comunicaciones formales ni informales a los distintos “poderes” del estado en relación a las calidades esenciales o estratégicas de sus integrantes, o de algunos de ellos en razón de sus funciones .



En el caso bajo análisis, aparecería esta vulneración al generar una desproporción en el acceso a un bien escaso y valioso que da como resultado un privilegio ilegítimo, y el consecuente trato discriminatorio respecto a todos aquellos que se ven excluidos por la conducta, directa o indirectamente. El acceso anticipado a la vacuna, sin respeto al procedimiento establecido para todos los ciudadanos/as, en función de la cercanía a ciertos funcionarios, amistades, familiares, afinidades políticas, y cualquier otro motivo por el que se hubiera llevado a cabo la conducta, violenta estos principios, así como compromete la responsabilidad del Estado, al vulnerar compromisos internacionales en materia de derechos humanos, sin perjuicio de la vulneración a otros derechos, como el derecho a la salud que será tratado más adelante.

Lo que está implicado es el hecho de que se evitó el sistema establecido para toda la población, otorgándose un privilegio ilegítimo y violando el principio de igualdad.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también se ha pronunciado en ese sentido. Ha explicado que el derecho a la igualdad y no discriminación tiene dos aspectos. Uno positivo y uno negativo. El positivo está relacionado con la obligación del estado de crear condiciones de igualdad reales en grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. El sentido negativo implica la prohibición de diferencias de trato arbitrarias.³¹

En este caso, aparecería entonces, “prima facie”, el encuadre de la conducta en su sentido negativo, ya que los funcionarios/as involucrados/as efectuaron

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Cuadernillo de jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos N° 28: DERECHO A LA SALUD”, apartado 123, p. 16. Año 2020.



diferencias de trato de manera arbitraria y discrecional en el ejercicio de sus funciones, configurando así un acto a todas luces discriminatorio. Sea cual fuere la causal del trato desigual, algunos ciudadanos/as accedían al bien vacunas de manera preferencial e ilegítimamente expeditiva que no se correspondía con los procedimientos establecidos para la ciudadanía en general.

c.2) Derecho a la salud.

El derecho a la salud goza de una protección de jerarquía constitucional también amplia y sólida. A través del art. 33 podemos entender implícito el derecho a la salud en el cuerpo constitucional, sin embargo, el art. 75 inc. 22 permite un abordaje explícito a través del art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y otras normas internacionales.

En este sentido es interesante abordar aquello que ha sido trabajado en la Observación General 14 del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 2000 titulado “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”.

“En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole...”³². Este apartado que vincula el derecho a la

³² Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, Observación general n° 14, p. 6. Año 2020.



no discriminación y el derecho a la salud resulta clave al momento de analizar nuestro caso.

El acceso a la salud debe estar garantizado, pero no de cualquier manera, sino de manera igualitaria. En el momento en que el Comité aborda la cuestión de la accesibilidad, insiste en que esta debe darse sin discriminación alguna. Tan importante es este punto, que, en apartado de *Obligaciones básicas*, establece en el primer punto “a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria...”

Por otro lado, la Corte Interamericana se expidió en un comunicado el 9 de abril de 2020, en torno al fenómeno de la pandemia, en los siguientes términos: “Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado...”³³

Es a todas luces una exigencia del derecho internacional que los Estados garanticen el derecho a salud en estos términos. El caso que abordamos deberá analizarse, producida la prueba pendiente, también bajo este prisma de trasgresión a ese mandato.

Más allá del acceso de manera igualitaria, es de interés también lograr determinar hasta qué punto el Estado habría, eventualmente, vulnerado el derecho a la salud en su sentido más general. En el comunicado de la Corte Interamericana mencionado *ut supra*, queda establecido que “...las trabajadoras y trabajadores de la salud deberán ser proveídos de los insumos, equipos, materiales e

³³ Corte IDH, “Covid-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales”. Año 2020. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html>



instrumentos que protejan su integridad, vida y salud, y que les permita desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad.”³⁴

Lo anterior, en vinculación con el dato ya expuesto de que al momento de efectuarse las inoculaciones por fuera del programa oficial, según lo consideramos, aún existía parte del personal de salud a la espera de su turno para vacunarse.

VIII) RESERVA DE CASACIÓN Y CASO FEDERAL

En la posibilidad de encontrarse afectado el principio de legalidad y debido proceso, con una decisión en contrario, dejamos expresa reserva de recurrir en casación y caso federal conforme lo dispone el art. 14 de la Ley 48 y la jurisprudencia vigente del Supremo Tribunal de la Nación.

También por la violación de diversas normas que hacen a la correcta valoración de la prueba en la instrucción por la vía prevista en el 456 CPPN y por ser el temperamento adoptado contrario a compromisos asumidos ante la comunidad internacional en materia de corrupción por impedir, tras una deficiente valoración de la prueba, que un caso de estas características pueda ser investigado, juzgado y eventualmente sancionado como demandan esos instrumentos internacionales, se hace la correspondiente reserva del caso federal (art. II Convención Interamericana contra la Corrupción, aprob. por ley 24.759; arts. 1 y 30 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprob. por ley 26.097, art. 75, inc. 22 CN; art. 14, ley 48).

³⁴ ³⁴ Corte IDH, “Covid-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales”. Año 2020.



IX) PETITORIO

Por lo expuesto, solicitamos a la señora Jueza:

1. Se conceda el recurso de apelación interpuesto contra la resolución notificada al Ministerio Público Fiscal de la Nación en fecha 08 de julio de 2021.
2. Se eleven las actuaciones a la Excm. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal con el objeto que dirima la cuestión planteada.
3. Se tengan presentes las reservas de casación y caso federal efectuadas.