

## ACUERDO

En la ciudad de Ushuaia, Capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 25 días del mes de junio de 2020, se reúnen en Acuerdo ordinario los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, Jueces María del Carmen Battaini, Javier Darío Muchnik y Carlos Gonzalo Sagastume, y para dictar pronunciamiento en el recurso interpuesto en los autos caratulados “**GUERRERO OYARZO, Juan Marcelo s/ abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos**”, expte. n° 741/19 STJ-SP.

## ANTECEDENTES

- 1.- Con fecha 24 de abril de 2019 el Juzgado Correccional del Distrito Judicial Norte condenó al Sr. Juan Marcelo Guerrero Oyarzo a la pena de 1 (un) año y 6 (seis) meses de prisión (en suspenso) e inhabilitación especial por 3 (tres) años, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de omisión de auxilio a autoridad civil competente (Artículos 20, 26, 45 y 250 del Código Penal), por el hecho cometido entre el 15 y 16 de mayo de 2017, en la Ciudad de Río Grande, en perjuicio de la administración pública.
- 2.- La defensa interpuso recurso de casación a fs. 535/545.

Aduce por un lado errónea aplicación de la ley adjetiva en la acreditación de los requisitos típicos de calificación legal de la figura contenida en el art. 250 del C.P. (fs. 536/543vta).

En segundo lugar señala que el Juzgador excedió el límite de la pena solicitada por el fiscal en su acusación, en inobservancia de las formas sustanciales del juicio (fs. 543vta./544vta.).

A fs. 546/547, el juzgador declaró admisible el remedio procesal intentado.

Al momento de expedirse conforme la vista conferida, a fs. 555/557, el Sr. Fiscal Mayor sostuvo el pronunciamiento y postuló el rechazo del recurso. En igual sentido se expidió el Sr. Fiscal ante este Estrado, quien a fs. 567/vta., solicitó se declare formalmente improcedente el recurso interpuesto.

Atento el pedido formulado por el recurrente en el punto 2) de su petitorio, se llevó a cabo la audiencia de ampliación oral prevista en el art. 431 del C.P.P., tal como se desprende del acta glosada a fs. 566.

3.- Llamados los Autos al Acuerdo (fs. 568), la causa se encuentra en estado de ser resuelta. En virtud de ello, el Tribunal dispone formular y votar las siguientes

### **CUESTIONES**

**Primera:**     *¿Es procedente el recurso interpuesto?*

**Segunda:**    *¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?*

#### **A la primera cuestión la Juez María del Carmen Battaini dijo:**

1.- A fs. 507/532, el Juzgado Correccional del Distrito Judicial Norte condenó a Juan Marcelo Guerrero Oyarzo a la pena de 1 (un) año y 6 (seis) meses de prisión (en suspenso) e inhabilitación especial por 3 (tres) años, como autor penalmente responsable del delito de omisión de auxilio a autoridad civil competente (Artículos 20, 26, 45 y 250 del Código Penal).

Ello, en virtud de considerar suficientemente probado que “...los días 15 y 16 de mayo 2017, Juan Marcelo Guerrero Oyarzo, desentendido de su rol de

*auxiliar de la justicia, omitió el cumplimiento del requerimiento del Fiscal Tepedino de colocar una consigna policial hasta orden en contrario en el domicilio de M. A. F., sito en F. Q. N° 0000 departamento B de esta ciudad y de ese modo posibilitó que el fin perseguido por la medida (mantener alejado del lugar a D. S. V.) se haya frustrado. Incluso, con tal omisión permitió que V. no sólo se acerque al domicilio de F. sino que además la ataque sexualmente allí mismo...” (fs. 528).*

2.- A fs. 535/545 la defensa del Sr. Guerrero Oyarzo interpuso recurso de casación, el cual se estructura sobre dos ejes.

Por un lado, se agravia de la inobservancia de los arts. 424 inciso 1° y 2° y 110 del CPP: Errónea aplicación de la ley adjetiva en la acreditación de los requisitos típicos de la calificación legal -art. 250 CP- efectuada a los hechos y el descarte de las causales de justificación invocadas. Ausencia de Dolo. Inobservancia de los arts. 373 inciso 2° y 110 del CPP: Ausencia de fundamentación y motivación contradictoria, violación de los principios lógicos. Vulneración del principio *in dubio pro reo* (en caso de duda deberá estarse a favor del acusado) y de la presunción de inocencia. (fs. 536/543vta).

A fs. 537 afirma que la conducta atribuida resulta atípica, por no darse todos los elementos del tipo penal, “...a saber: 1) *El requerimiento de auxilio de autoridad civil competente, y 2) la omisión en cabeza del autor...*”. Agrega asimismo ausencia de dolo (como elemento subjetivo del tipo) por parte de su defendido.

Respecto al primer punto, esto es la falta de requerimiento de auxilio de autoridad civil competente, sostiene a fs. 537vta., que no existió tal orden dirigida a Guerrero, sino a la comisaria Paloschi, por lo cual nunca podría Guerrero haber incurrido en la omisión atribuida.

En esa misma línea argumentativa, sostiene a fs. 538 que no sólo no existió tal orden dirigida a Guerrero, sino que incluso en caso de haber existido, el fiscal carecía de atribuciones legales para ordenar dicha medida a la policía, debiendo haberla requerido al Juez de Instrucción.

A fs. 538vta., critica la vinculación que el Juzgador hace con la normativa sobre violencia de género, bajo pretexto de haberse tratado de una investigación por un hurto, y sostiene que incluso en caso de haberse tratado de violencia de género, la legislación no otorga competencia al fiscal para ordenar tal medida.

Subsidiariamente, agrega a fs. 538vta/539 que Guerrero no incurrió en la conducta omisiva atribuida, toda vez que no se trató de una omisión, sino que en tal caso actuó pero mal. En este sentido sostiene que *“si Guerrero hubiese omitido cumplir con el requerimiento del fiscal tal como lo afirma el a quo, su conducta tendría que haber sido la de no ordenar que se establezca la consigna directamente, sin embargo lo que hizo fue disponer, como lo hacía siempre en su comisaría, que sí se establezca para retirarla cuando la Sra. F. se ausentaba del domicilio para ir a su trabajo”*.

Considera a fs. 539vta/542vta. arbitraria la sentencia, bajo argumento de que da por acreditado el elemento subjetivo de la omisión prevista en el art. 250 del CP., sin contar de elementos suficientes para dar ello por probado, debiendo ser descartado por existir un amplio margen de duda.

Finalmente, concluyendo con el primer eje de los agravios, alega a fs. 542vta./543 –para el caso en que el tribunal considere el encuadre de la conducta atribuida a Guerrero en la descrita en el art. 250 del CP.,- que éste no contaba con el personal suficiente para implementar una consigna las 24 horas, razón por la cual retiraba al personal apostado en el domicilio de F. cuando ésta se dirigía a su trabajo. Considera por ello, que la conducta

atribuida a Guerrero encontraría justificación en la falta de elementos para prestar el auxilio.

En relación al segundo de los planteos efectuados, aduce a fs. 543vta./544vta., que el tribunal condenó a Guerrero a una pena superior a la solicitada por el fiscal en su alegato en violación al artículo 18 de la CN, y de los artículos 40 y 41 del CP.

En este sentido, refiere que el Juez impuso a Guerrero la pena de 1 año y 6 meses de prisión y tres años de inhabilitación (pena cercana al máximo establecida para tipo penal del art. 250), siendo que la pretensión punitiva del Sr. Fiscal era de 10 meses de prisión en suspenso e inhabilitación por el doble de tiempo.

En el mismo sentido se expide en relación a las agravantes. Concretamente afirma que la instancia anterior valoró el daño ocasionado a la víctima, pese a no ser su persona o su integridad sexual el bien jurídico protegido por el que se condenó a Guerrero (fs. 544vta.).

Durante la audiencia de ampliación oral prevista en el art. 431 del C.P.P., el recurrente efectuó un repaso de cada uno de los agravios esbozados en su escrito de casación.

**3.-** Ambos planteos presentados por el recurrente remiten al examen de la tarea axiológica llevada a cabo por el Juez Correccional.

En estos supuestos, ha dicho este Estrado que su competencia radica en controlar que la motivación de la sentencia del juez o tribunal de mérito corresponda o constituya una derivación razonada del derecho vigente con relación a las circunstancias reales y comprobadas de la causa; la validez de las pruebas de que se sirve el sentenciante; la omisión en la consideración de

alguna prueba decisiva que hubiera sido legalmente incorporada a la causa y cuya apreciación conduzca a variar el sentido de la decisión final; que sus conclusiones respondan a las reglas del recto entendimiento humano; y que esa motivación resulte bien emitida con ajuste a las formas prescriptas. Así se ha dicho en los autos *“Rojas, Juan Pablo s/ Hurto de automotor”* -expte. n° 532/02 SR, sentencia del 05.02.2003, registrada en el Libro IX, folios 22/33-; entre muchos otros.

Este examen debe ser amplio, de forma tal de dar plena vigencia a la garantía de la doble instancia consagrada por el artículo 8, párrafo 2°, apartado 'h', de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966), ambos incorporados a nuestro universo constitucional por el artículo 75, inciso 22° (ver, por todos, *“Romero, Paulo Lorenzo s/ Apremios ilegales y privación ilegítima de la libertad agravada reiterada”* -expte. n° 795/04 SR del 20.04.2005, Libro XI, f° 222/233- y sus citas). El análisis también debe ser integral, con el objeto de no incurrir en un remedio procesal meramente formal que infrinja la esencia misma del derecho a recurrir el fallo condenatorio (conf. doct. de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *“Herrera Ulloa vs. Costa Rica”* del 02.07.2004) (según se dijo en *“Fernández, Roberto Marcelo s/ Homicidio en gdo. de tentativa agravado por uso de arma de fuego”* -expte. n° 753/04 SR del 03.02.2005, Libro XI, f° 23/32- y *“Danchow, Rubén Esteban s/ Quebrantamiento de pena”* -expte. n° 941/06 SR del 24.10.2006, Libro XII, f° 703/717-; entre otros).

Estos conceptos han sido corroborados y ampliados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido fallo *“Casal”* del 20.09.2005 (*Fallos*, 328:3399).

4.- En primer término, cabe señalar que no se encuentra controvertido que la prueba recabada ha permitido demostrar que el entonces Comisario Jefe a cargo de la dependencia policial, Sr. Juan Marcelo Guerrero Oyarzo, omitió consignar un funcionario policial durante las 24 horas -hasta disposición en contrario- de manera ininterrumpida en el domicilio de la Sra. F., en calle F. Q. n° 0000 depto. B.

Tampoco se encuentra discutido que tal medida había sido solicitada mediante oficio por el Sr. Fiscal en el marco de la causa nro. 28390/17, caratulada “V., D. S. s/ Hurto”.

Ahora bien, tal como fue planteado por la defensa el objeto del agravio se centra en la inobservancia en la aplicación de la ley sustantiva y ausencia de motivación suficiente de la sentencia. Sin embargo, a poco que se analicen los fundamentos de la pieza recursiva se advierte que el planteo remite directamente a la valoración jurídica.

La defensa considera que no existió tal requerimiento, por no haber existido orden dirigida a Guerrero. Al respecto corresponde señalar que sí existió tal requerimiento, a través del oficio N° 2477/17 librado por el Sr. Fiscal a la Comisaría de Familia y Minoridad del Distrito.

Asimismo, se probó en autos la existencia de una comunicación telefónica entre Paloschi (Comisario Inspector (R) en aquel momento a cargo de la Comisaría de Familia) y Guerrero (Titular de la Comisaría Quinta), por la cual se comunicaba a este último la orden de implementar una consigna en el domicilio de la Sra. F..

Vale aclarar en este punto, que el domicilio en el cuál debía implementarse la consigna policial se ubicaba bajo el radio de la Comisaría Quinta, como ya se dijo, cuya titularidad detentaba Guerrero.

En esta misma inteligencia, a fs. 527vta., el Sr. Juez Correccional refirió a las consultas de Paloschi a Guerrero, acerca de la posibilidad de este último para implementar la ordenada consigna, ya que en caso de imposibilidad podría ser solicitada a otra dependencia. Ante ello, Guerrero asumió dicha responsabilidad, por lo que se echa por tierra la aludida causa de justificación de la defensa, según la cual Guerrero no contaba con la cantidad de personal suficiente.

En relación al planteo de la defensa, por el cual cuestiona la competencia del fiscal para ordenar la consigna policial –aduciendo falta de competencia por no tratarse de un caso de violencia de género, y por lo tanto no aplicable la normativa de la Ley 26.485-, corresponde decir que tanto el Fiscal Tepedino como Guerrero Oyarzo tenían conocimiento de la situación por la que atravesaban V. y F., y con ello, de los iniciales actos de agresión, los repetidos actos de hostigamiento y la constante manipulación del primero sobre su ex pareja.

Aclarada esta situación, y analizada a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos, particularmente de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, no caben dudas de que el caso sometido a examen se ve envuelto en una situación de violencia de género, y que frente a esta situación, existió un incumplimiento por parte de quien había asumido la responsabilidad aquí controvertida.

El Sr. Juez Correccional cita a fs. 526, los arts. 1 y 7 (b) de la '*Convención Belém do Pará*', los que respectivamente establecen lo que se entiende por 'Violencia contra la mujer' e imponen a los Estados el deber de diligencia para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia.



Asimismo, refiere a la normativa nacional en la materia, particularmente a la Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar, y la Ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Dicho ello, a los efectos de determinar la competencia del Sr. Fiscal para dictar la orden de consigna policial, bien concluye el Sr. Juez Correccional en que el primero no sólo tenía la facultad de hacerlo, sino también la obligación funcional de ejercer dicha prerrogativa, por lo que la orden fue legal, legítima, y emanada de autoridad civil competente (fs. 527).

La defensa alega inexistencia de una omisión por parte de Guerrero, por lo cual aduce que no se daría la conducta típica del art. 250 del CP. Sin embargo, de la prueba recolectada en autos se denota que Guerrero efectivamente omitió cumplir la orden de implementar una consigna policial en el domicilio de la Sra. F., hasta orden en contrario de la misma autoridad que emitió el requerimiento.

Específicamente, Guerrero ordenó el levantamiento de la consigna policial cuando la denunciante no estuviera en su vivienda, aún sabiendo que ello era contrario a la orden recibida y que asumió implementar bajo su responsabilidad.

Por todo ello, no puede sostenerse -como lo hace la defensa- que Guerrero no omitió dar cumplimiento a la orden de requerimiento de consigna policial, como así tampoco que actuó sin dolo. Ello es así, toda vez que Guerrero tenía conocimiento de los alcances de la orden en cuestión y de las reiteradas situaciones de violencia entre Guerrero y F., y sin embargo, omitió de manera consciente y voluntaria su deber de dar cumplimiento.

Por último, a fs. 543vta/544vta., la defensa plantea como agravio el monto de la pena, bajo argumento de ser superior a la solicitada por el Sr. Fiscal en su alegato.

Frente a tal argumento corresponde recordar que es criterio sostenido por este Superior Tribunal, que el pedido de pena solicitado por el acusador, no constituye un límite a la potestad sancionatoria del Tribunal (*“Perpetto Víctor Ezequiel s/ robo en grado de tentativa en concurso real con lesiones leves”* -expte. n° 758/04 SR, resolución del 25.10.2004 registrada en el Libro X, folios 719/732-; y con esta conformación, *“Incidente sobre recurso de casación planteado por la Sra. Agente Fiscal Dra. María Karina Echazú”* -expte 1276/09 SR del 18.02.2010, Libro XVI, f° 22/30-, citado por el tribunal a fs.713).

Ello encuentra fundamento en que la determinación de la pena es tarea que corresponde al Juez, así se observa en los arts. 40 y 41 de nuestro Código Penal, sumado a que nuestro Código Procesal Penal, no impone límite a dicha tarea por sobre lo solicitado por el Fiscal.

La excepción a ello lo constituye lo previsto en el art. 324 de nuestro CPP, cuando al regular el instituto de la “omisión de debate” establece –en su 2do párrafo- que: *“El Tribunal podrá absolver o condenar, según corresponda, fundando su resolución en la prueba ya incorporada; pero la condena nunca podrá superar la pena mayor requerida por el agente fiscal o la parte querellante”*.

Dicho ello, y frente a la ausencia de acuerdo alguno enmarcado en una “omisión de debate”, corresponde decir que -en el caso sometido a análisis- el planteo de la defensa no encuentra razón.

**5.-** Por todo ello, el Juzgador tuvo por acreditado que de la prueba colectada en autos surge de manera clara que *“...los días 15 y 16 de mayo*

*2017, Juan Marcelo Guerrero Oyarzo, desentendido de su rol de auxiliar de la justicia, omitió el cumplimiento del requerimiento del Fiscal Tepedino de colocar una consigna policial hasta orden en contrario en el domicilio de M. A. F., sito en F. Q. N° 0000 departamento B de esta ciudad y de ese modo posibilitó que el fin perseguido por la medida (mantener alejado del lugar a D. S. V.) se haya frustrado. Incluso, con tal omisión permitió que V. no sólo se acerque al domicilio de F. sino que además la ataque sexualmente allí mismo...” (fs. 528).*

No se aprecia arbitrariedad en las conclusiones del juzgador.

Contrariamente a lo postulado, la sentencia muestra un análisis pormenorizado y concatenado de las pruebas merituadas para la acreditación de las circunstancias de la conducta que llevaron al encuadre típico cuestionado.

En autos se advierte que el Tribunal ha efectuado una valoración suficiente de la prueba en un pronunciamiento que en primer lugar la describe y detalla, y luego la merítúa demostrando la ligazón racional con las afirmaciones o negaciones admitidas. Como señala Cafferata Nores, ello acarrea que las decisiones judiciales no constituyan puros actos de voluntad o fruto de impresiones subjetivas de los jueces, sino que sean consecuencia de la consideración racional de las pruebas, exteriorizadas como una explicación racional sobre por qué se concluyó y decidió de esa manera (y no de otra), explicación que deberá ser comprensible para cualquier otra persona, también mediante el uso de la razón (**José I. Cafferata Nores, “La Prueba en el Proceso Penal”, Depalma, 1998, págs. 47/48).**

En línea con lo expuesto, el juicio de subsunción típica del hecho que se ha tenido por probado, no presenta inconsistencia ni arbitrariedad alguna y responde en un todo a las circunstancias de hecho comprobadas de la causa.

Es decir, la acreditación de una omisión de auxilio a autoridad civil competente por parte de Guerrero.

En el caso, no se observa, ni la parte logra demostrar, que la labor realizada por el juez correccional presente el vicio de arbitrariedad alegado por la defensa.

Por lo expuesto, cabe concluir que la resolución de fs. 507/532, en cuanto fue materia de pronunciamiento, presenta fundamentos serios y atendibles, y responde en un todo a las cuestiones de hecho y derecho presentes en el caso. Podrá compartirse o no lo resuelto, pero no puede sostenerse que carezca de sustento fáctico y/o normativo.

**6.-** El recurrente se limita a exponer su visión sobre el desarrollo del proceso y lo resuelto por el Juzgador. De este modo, no logra demostrar el absurdo en el razonamiento expuesto, ni que los extremos tenidos en cuenta carezcan de sustento probatorio. Por el contrario, en el pronunciamiento se advierte una valoración y análisis del material fáctico y probatorio para la determinación del encuadre jurídico aplicable y de la pena impuesta al Sr. Guerrero Oyarzo.

Tampoco se han omitido considerar cuestiones conducentes para la correcta solución del caso (C.S., doctr. de *Fallos*, 308:1622). Recuérdese, además, que *“Los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones y argumentos. Basta que se hagan cargo de aquéllos que sean conducentes a la decisión en litigio”* (*Fallos*, 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; etc.).

En suma, coincidiendo con la opinión formulada por el Titular del Ministerio Público Fiscal, a la cuestión propuesta he de pronunciarme por la **negativa**.

**A la primera cuestión el Juez Javier Darío Muchnik dijo:**

Que me permito respetuosamente disentir con la solución que da la señora Vocal preopinante, doctora María del Carmen Battaini y, por consiguiente, considero que debería casarse la sentencia en trance. Doy razones:

**1. Fundamentos jurídicos**

**1.a.** Que la tipicidad del hecho ilícito materia de análisis, no ha logrado probarse, con relación a los requerimientos del tipo objetivo sistemático y a la propia conformación del tipo subjetivo que gobierna el tipo penal atribuido en la instancia de mérito, razón por la cual debe casarse la sentencia que aplicó mal el derecho.

En el delito de denegación de auxilio a la autoridad civil competente (art. 250 de la ley fonal) solo puede reprocharse al sujeto activo “**dolo directo**” a los efectos de lograr su reprochabilidad penal.

Se trata de un delito doloso que requiere el conocimiento de la existencia de un requerimiento de prestación de auxilio y de su legalidad y el propósito de rehusar, retardar u **omitir el mentado pedido de auxilio**, sin interesar las motivaciones que guían al autor (cfr. CARLOS CREUS. *Derecho penal - Parte especial*, Editorial Astrea, Bs. As., 1999, t. 2, p. 257).

Dicho con otro giro, el tipo subjetivo de la estructura de esta figura **se halla integrado únicamente por el dolo**, que finca en el conocimiento de que una autoridad civil competente ha requerido legalmente el auxilio de la fuerza y **la voluntad de no cumplir con lo solicitado a pesar de que se cuenta con la posibilidad de hacerlo** (cfr. ANDRÉS JOSÉ D’ALESSIO y MAURO A. DIVITO.

*Código Penal de la Nación - Comentado y anotado*, La Ley, Bs. As., 2009, t. II, p. 1247).

**El dolo es conocer por un lado las exigencias del tipo objetivo, y en segundo lugar, la voluntad o realización del mismo.** En la precitada figura penal bajo trato, la omisión no consiste en un comportamiento pasivo, sino, antes bien, en **abstenerse de hacer algo que debería haberse hecho.**

Siendo así, el concepto de omisión típica se podría formular como **“el comportamiento consistente en un no hacer normativamente desvalorado”** (cfr. IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, LUIS ARROYO ZAPATERO, NICOLÁS GARCÍA RIVAS, JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ Y JOSÉ RAMÓN SERRANO PIEDECASAS. *Lecciones de Derecho Penal - Parte general*, Editorial Praxis, Barcelona, 1996, p. 148).

En esta inteligencia, bien se ha dicho que los delitos de omisión son aquéllos en los cuales la acción típica se describe en un “no hacer”. O sea, **si lo que se castiga es el “no hacer algo”, el mandato que se desconoce es el que impone un determinado hacer.** Por decirlo de manera simple, el autor **“desobedece un mandato imperativo”**. En el tipo omisivo se describe la conducta debida y todo lo que realice el sujeto activo fuera de su comportamiento, esa es la conducta prohibida por la norma, todo ello en determinado contexto de actuación.

No se trata de un simple **“no querer”**, sino de un **“no querer algo”**. O sea, la omisión jurídico-penal **no es un simple “no hacer”**, sino un **“no hacer algo”** (cfr. EDMUND MEZGER. *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte general*, traducción de CONRADO A. FINZI, Din Editora, Bs. As., 1989, p. 121).

Por lo común, los delitos de pura omisión lucen legislativamente como delitos de simple conducta (de simple omisión), en los que la punición atiende

al peligro abstracto que la conducta misma importa para el bien jurídico (cfr. CARLOS CREUS. *Derecho penal - Parte general*, Editorial Astrea, Bs. As., 1999, p. 175).

Cabe recordar que el *ius puniendi* tiene limitada su extensión, **no pudiendo castigarse con pena más que las conductas típicas, vale decir, las que aparecen designadas en los tipos**. Consecuentemente, **el tipo importa una garantía para los individuos, consistente en la de no ser perseguidos penalmente por conductas que, como en el caso, no posean la característica de la tipicidad**.

Siendo el ilícito analizado un delito de omisión propia; vale decir, un delito en donde la norma preceptiva obliga al sujeto a la realización de un determinado comportamiento, no cabe abrigar dudas que Juan M. Guerrero Oyarzo **no incurrió en omisión alguna que permita circunscribir la conducta imputada al delito en cuestión**.

Antes bien, luce claro, a partir de la prueba relevada en el juicio, que **hubo una actividad positiva, insuficiente por si misma para imputar un obrar doloso. Tal vez no obró de manera ideal, lo cual, por cierto, es distinto al omitir típico que impone la ley; vale decir, “la omisión ilegalmente intencional o a sabiendas de su ilegalidad”** (cfr. DAVID BAIGUN Y EUGENIO RAUL ZAFFARONI. *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tomo 10, pág 408. Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 2011).

El tipo penal previsto en el artículo 250 del Código Penal consagra el incumplimiento funcional específico y concreto, que por tanto se diferencia con el tipo objetivo del artículo 249 y más aún con la omisión de auxilio del artículo 108. La especificidad de las conductas seleccionadas para aquel tipo penal, junto a la individualización concreta de la orden de la autoridad civil

competente, permite sin obstáculos no confundir los aspectos objetivos abarcados por estos tipos penales.

En su faz subjetiva, resulta un tipo penal doloso, compatible con el llamado “dolo directo”, en tanto el comportamiento o conducta del sujeto activo especial, debe estar consustanciado con un obrar dirigido sin cortapisa a incumplir la orden, a no realizarla, a revelarse directamente a ella. En el marco del bien jurídico, se lesiona materialmente su disponibilidad, con aquellas conductas que deliberadamente quitan a la orden, legalmente impartida, toda posibilidad de efectividad en los términos en que fue dada. Es por ello que se ve afectado el normal desarrollo de las actividades propias e inherentes de la administración de justicia.

Lo dicho lleva a sostener entonces, que un obrar defectuoso, o más bien un cumplimiento imperfecto o negligente no alcanza para imputar la omisión dolosa que el tipo describe (cfr. ALEJANDRO TAZZA. *Código Penal de la Nación Argentina comentado. Parte Especial*, Tomo III, pág. 176, nota 82. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2018).

Como contrapartida, el ámbito situacional abarcado por el tipo objetivo, está describiendo un contexto específico en el que la orden legal impartida por la autoridad civil competente, esté perfectamente individualizada y precisa. La posibilidad “ex post” de analizar los supuestos allí abarcados, permite interpretar que si la legalidad de la orden es un requisito del tipo penal y el incumplimiento “justificado” exime la imputación al tipo objetivo sistemático, entonces no son reconducibles al presente tipo bajo análisis, situaciones de falta de precisión de la orden impartida o falta de certeza respecto del sujeto a quien esta va dirigida. La propia incriminación específica que el tipo penal contempla, para diferenciarse de otros “incumplimientos genéricos”, está ya marcando el adecuado alcance valorativo del campo de lo prohibido, o en el caso, de lo debido, circunstancia ineludible para el correcto abordaje del caso



como expresa y directa derivación del principio de legalidad constitucionalmente advertido.

Como se verá con detalle a renglón seguido, **no cuadra considerar que el obrar atribuido a Juan M. Guerrero Oyarzo se erija en una transgresión de la orden impartida con total conocimiento y absoluta intención de vulnerarla.**

**1.b.** Yendo al núcleo de la conducta omisiva ilegal endilgada al sindicato, cabe afirmar que en la misma se halla ausente el dolo exigido por el art. 250 de la ley sustantiva.

En efecto, la conducta desplegada por el enjuiciado, **“no es de omisión”, toda vez que, como llevo dicho, “sí hizo”, quizá de una manera no estrictamente perfecta, pero insisto, “sí hizo”. Y menos aún, ser tildada de “maliciosa” la conducta que se le enrostra.** De ahí, que sea menester o imperativo salvaguardar una interpretación correcta del derecho y reparar el error en la exégesis de la norma sustantiva con que se ha estructurado la motivación sentencial.

Menester es desgranar los pormenores de la cuestión. Pues bien, la misma tuvo inicio **el 15 de mayo de 2017**, cuando el Agente Fiscal, Dr. Eduardo J. Tepedino se dirigió al Jefe de la Comisaría de Familia y Minoridad, mediante Oficio N° 2477/2017 **“... a los fines de solicitarle se tomen los recaudos necesarios para disponer sobre el domicilio de la víctima de autos, M. A. F. [...] ubicado en calle F. Q. N° 0000, depto `B´ -calle sobre empresa fabril B.- de esta ciudad, una consigna policial hasta disposición en contrario** (hoja 3).

El aludido Oficio Judicial, fue recepcionado en la Comisaría de Familia y Minoridad, el propio **15 de mayo de 2017, a las 12:36 horas**, por el Agente José Gabriel Albornoz (fs. 3 *in fine*).

El 17 de mayo de 2017, el titular de la Comisaría de Familia y Minoridad, Comisario Inspector María L. Paloschi, se dirigió al Juez de Instrucción mediante la Nota Judicial N° 147/17 -CFyMRG "J"-, con el objeto de hacerle saber que *"... a los fines de no afectar el normal desarrollo de la funciones de esta Unidad Policial ante las constantes demanda de trámites inherentes a las funciones de ésta y en relación al recurso humano con el que se cuenta, es que se mantuvo comunicación telefónica con el Jefe de la Comisaría Quinta de esta ciudad, Comisario Juan Marcelo Guerrero, a quién se solicitó a título de colaboración, la cobertura de la consigna dispuesta, no oponiendo reparo alguno, implementándose la misma sin inconvenientes, según lo informado posteriormente por personal de la Comisaría 5ta., mediante el servicio de mensajería `Telegram`. Es noble aclarar que dicho servicio de mensajería cuenta con integrantes de la Plana Mayor y distintos Oficiales Jefes de esta Institución, como así también miembros del Poder Judicial Zona Norte (Fiscales, Secretarios). Mediante Nota N° 138/17 -CFyMRG-, de fecha 15/05/17, del registro de esta Comisaría de Familia y Minoridad Río Grande, se giró fotocopia certificada del mandato judicial, arriba mencionado, al Jefe de la Comisaría 5ta., para su correspondiente registro y aval ..."* (hoja 13).

El 23 de mayo de 2017, se recibió declaración a M. A. F., a través de video llamada, cuya transcripción consigna lo siguiente *"... trabajás?: sí. Dónde trabajás?: S. M. [...] Operaria?: Operaria. Y dónde vivís?: En f. Q. 0000, dto. B. Vivís sola?: con J. mi hija de 00 años [...] Quién es D. V.: es mi ex pareja, empezamos en el 2014 y desde el año pasado empezaron los episodios de violencia, yo lo llamo mi ex pareja, si bien hemos tenido relaciones e ... vía telefónica, carta y después cuando salió mantuvimos contacto, para mí no dejó de ser mi ex pareja [...] empezamos a convivir en mayo-junio del 2015 [...] Y*

*vos le hiciste saber que no iban a estar juntos: yo le decía que no íbamos a estar juntos y no íbamos a ser pareja, él me decía que no importaba que no seamos pareja, que podíamos tener relaciones, yo le dije que había mucha pasión entre nosotros pero que bueno que, podía ser pero cuando yo tenga mis tiempos [...] A vos la Fiscalía ya te había dicho antes, me dijiste, que había una prohibición de acercamiento, me dijiste: había una prohibición de acercamiento, cuando él sale de la cárcel había una prohibición de acercamiento, que me llega a mi casa de que él había salido en libertad y después también me llega la prohibición de acercamiento de él, entonces yo me voy reenojada, reenojada le digo que ya está, que yo voy a ir a buscar a mi perro, que si no van a hacer nada yo lo voy lo iba a ir a buscar y que si me pasaba algo iba a recaer sobre él porque no estaban haciendo nada; entonces cuando me, le, no me contestaba la llamada, me quedo ahí un rato, después me, me llama, y me dice que bueno, que me iba a devolver el perro, que lo vaya a buscar en media hora, que ahora estaba con la hija, que espere por favor, qué se yo, entonces le digo a mi hermana que me aguarde, viste?, no sabía qué hacer, no sabía si ir a buscar el perro, no sabía si quedarme en casa, no sabía qué carajo hacer, llego a mi casa, me quedo ahí un rato y ... y me llama y me dice que estaba en la casa, que vaya y ... **Perdón, vos no tenías que avisar a la consigna?: yo tenía qué. Que volvías?: sí, yo tenía que avisar a la consigna que iba a volver, pero no sabía si iba a volver o me iba a ir, estaba ahí debatiendo qué carajo iba a hacer. En tu casa: en mi casa. No llamaste a la consigna. A la mañana le había preguntado a la consigna si cuando yo me iba ellos se quedaban, porque a la noche tenía que, supuestamente iba a entrenar y quedaba J., entonces me dijeron que me iban a averiguar si se iban a quedar, porque la consigna era sobre mí, entonces ... e ... le dije que no iba a ir, que me daba miedo. A quién le dijiste?: a V., le dije, entonces me llama y me dice, no, e ... me hiciste venir acá al pedo, le digo no puedo ir, digo, no puedo ir digo, no puedo ir, algo me dice que no, no tengo que ir y no voy a ir, ya está, que lo solucione la justicia le digo, ya está, ya está, le decía, y me dice no bueno,***

*ahí te llevo tu perro qué se yo, pero no, pero ... no tengo plata, me dijo, y yo le dije no importa, yo te pago el taxi pero traéme a mi perro le dije yo, si no está r. yo no te abro, viene él, golpea, me esquivo así como que no me iba a dar el perro y después entra y ahí empezamos a hablar [...] Vos no llamaste a la consigna, ahí?, no le avisaste que venía, nada, no avisaste a nadie que él te estaba llevando el perro, o al menos te había dicho?: a mi vecino avisé. A qué vecino?: un vecino de en frente, que estábamos hablando [...] no llamé a la policía porque era como que estaba un poco tranquila de que la policía veía mi auto y me golpeaba, hubo una vez el día anterior que yo llegué a mi casa a buscar [...] una receta de anteojos, que llegué con M. y con J., y ... no estuve más de 10 minutos y apenas llego y me estaba por ir y aparece un policía porque vio el auto y dijo si ya había llegado y yo le dije que no, que, o sea que vine a buscar unos papeles, que me iba, entonces por un lado estaba tranquila que la policía estaba, en teoría, merodeando, entendés?, no, no me sentía insegura [...] Desde que vos llegaste, se bañaron y ...: él habrá llegado como a las dos de la tarde y yo habré pedido auxilio tres y media. A quién pediste auxilio: a mi hermana [...] Llegó tu hermana, estuviste ahí vos y me dijiste que después llegó que ... la policía. La policía, y, donde estaba?: él estaba dentro del auto en la parte de atrás. En la parte de atrás, bueno, y ahí procedieron: y ahí hicieron todo el procedimiento ...” (hojas 23/45).*

La detención de D. S. V. fue llevada a cabo por efectivos de la Comisaría 5ta., el martes 16 de mayo de 2017, a las 17:15 horas (fs. 4).

En el acta de la denuncia recibida en sede judicial a M, A. F., el 16 de mayo de 2017, a las 19:20 horas, consta que “... **Preguntada para que diga si tenía una consigna policial en su domicilio responde que (SIC): sí, tenía una consigna, pero no estaba siempre en mi casa; cuando yo llegaba los tenía que llamar para que fueran**” (hoja 2 vta.)

En el Libro de Guardia de la Comisaría 5ta., se consignó el acto positivo consistente en que el **15 de mayo de 2017, a las 16:15 horas, se implementaba la consigna policial en el domicilio de M. A. F.** (hoja 60).

La implementación de la referida consigna en la calle F. Q. N° 0000, el **15 de mayo de 2017, a las 16:15 horas**, consta detallada en la Nota N° 126/2017 -Cría.5ta.RG "J"-, la cual fue elevada al Juez de Instrucción interviniente (hojas 70/71).

Prosiguiendo con el procedimiento de seguridad diagramado, **se envió a un relevo, el 16 de mayo a las 05:45 horas, al domicilio de F. Q. N° 2017, lugar de residencia de M. A. F.** (hoja 62).

En tanto que el propio **16 de mayo a las 07:01 horas, se levantó la consigna debido a que M. A. F. se dirigía a su lugar de trabajo** (hoja 63).

Al ser oído testimonialmente el Suboficial Escribiente Diego Osvaldo Pruyas, éste expresó que **ese día, a las 14:00 horas**, le había sido entregada la guardia por el Sargento Encina, **quien le había dado la novedad de que había una consigna por cubrir en el domicilio sito en calle F. Q. N° 0000, depto. "B", pero que en esos momentos no se encontraba apostada, debido a que M. A. F. no se hallaba en su domicilio.**

También señaló que no obstante ello, le había sido dicho que **cerca de las 17:00 horas, M. A. F. regresaba de trabajar por lo cual había que apostar un móvil con la consigna a esa hora, y que mientras tanto había que hacer recorridas periódicas con un móvil por el domicilio.** E igualmente, que **M. A. F. iba a avisar previamente a la Comisaría que había regresado a su domicilio, para que se implementara la consigna** (hojas 215/216 vta.).

Entre tanto, el Principal Daniel Eduardo Amante, narró que había **cumplido guardia, el 16 de mayo de 2017, esto en el horario de 06:00 a 14:00 horas.**

En relación al procedimiento implementado, recibió como directiva que se cubriera con la modalidad que se había adoptado en todas las consignas anteriores, consistente en que **cuando la persona a la cual había que custodiar se encontraba en el domicilio, un efectivo policial permanecía en el exterior de la vivienda** (hojas 177/180 vta.).

En cuanto a ese sistema de cobertura implementado desde siempre por el Comisario Juan M. Guerrero Oyarzo, se manifestaron con similitud la Principal Luciana Valeria Aguirre, el Suboficial Escribiente Christian Martín Mamaní, el Inspector Alejandro Elías Ortega, el Suboficial Escribiente Lucio Néstor Narváez, la Inspector Viviana Silvia Cárcamo Vidal Luna, el Subcomisario Leopoldo Javier López Lotero, el Subcomisario Lorena Beatriz Quintero y el Subcomisario Andrés Aníbal López (hojas 182/183 vta., 184/185, 188/189 vta., 192/193, 204/206, 233/235 vta., 239/241 vta., y 246/247 vta., respectivamente), habiendo también descripto los mismos que **la modalidad consistía en que permaneciera un efectivo policial en el exterior, ya sea parado o en móvil policial o vehículo particular, dependiendo de la época del año, por el frío. O bien, si era un departamento interno, el efectivo policial permanecía parado en el interior del edificio, mientras la persona a resguardar estaba en el interior del domicilio. Y, finalmente, que cuando la persona se retiraba lo que se hacía era levantar la consigna hasta que aquélla retornara a su domicilio**

Asimismo, se señaló que **cuando la persona se retiraba del domicilio, la consigna se levantaba hasta que regresara, manteniéndose recorridas**

**periódicas por el domicilio durante el período en que la persona se encontraba ausente.**

A su vez, se agregó que **el personal que realizaba las recorridas, generalmente mantenía entrevistas con la persona por resguardar para que informara cuáles eran los horarios en los que se encontraba ausente y un detalle de toda la actividad que realizaría durante el día.**

No es menor acotar que **en ese propio día imperaba un ambiente enredado**, toda vez que el Tribunal de Juicio en lo Criminal había ordenado recorridas periódicas por el domicilio de M. A. F. y la Comisaría 4ta. había recibido del precitado Órgano Jurisdiccional una orden de detención de D. S. V.. Sumándose a todo esto el cruce de conversaciones entre la Secretaria del aludido Colegio Judicial, Dra. Vanina Cantiani, el Subcomisario Quinteros, el Dr. Juan Manuel Vicente -Secretario de la Fiscalía-, **quien sólo mantenía diálogo solo con el Subcomisario Britez, no obstante hallarse en el lugar el Comisario Juan M. Guerrero Oyarzo, persona ésta que ya el día 15 de mayo de 2017, había subido directivas de texto y voz al grupo interno “whatsapp” de Oficiales de la Comisaría 5ta., relacionado a la implementación de consigna en el domicilio de M. A. F. (hojas 234 vta./235 y 238).**

Además, cuadra señalar que acerca de las medidas alternativas consistentes en el grupo “whatsapp” de seguridad vecinal que se divide por barrios y la posibilidad de tener botón anti-pánico, para el cual la persona tiene que bajar una aplicación a su celular para poder ser monitoreada, **ninguna de tales medidas pudieron ser implementadas, puesto que cuando el personal policial fue al domicilio de M. A. F., ese día -15 de mayo de 2017-, esta última no se encontraba en su casa.** Asimismo, al día siguiente, vale decir, **el 16 de mayo de 2017, tampoco se pudo implementar medida**

**alternativa alguna, dado que la prenombrada se había retirado a las 07:00 horas de la mañana (hoja 240).**

En concreto, **desde el 15 de mayo de 2017 hasta el 16 de mayo de 2017, se cubrió consigna policial en el domicilio de M. A. F. a los fines de resguardar su integridad psico-física**, con arreglo a lo ordenado en el marco de la Causa N° 28.390/17, caratulada “V., D. S. s/Hurto”, la cual se hallaba en trámite ante el Ministerio Público Fiscal (hoja 80 vta.).

En definitiva, **la conducta del enjuiciado no fue en modo alguno la de omitir la orden impartida, puesto que para ello habría sido necesario que la conducta de Juan M. Guerrero Oyarzo hubiera consistido en que no estableciera, por cierto, la consigna directamente. Vale decir, haber tenido conocimiento e inflexible voluntad de realizar todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo.**

En rigor, lo que llevó a cabo Juan M. Guerrero Oyarzo **fue disponer, como siempre lo hacía, la permanencia constante de una consigna en la vivienda de M. A. F. durante el tiempo que ésta permanecía en su hogar, para recién luego retirar la consigna del lugar cuando ella se ausentaba para dirigirse a su trabajo.** Si lo que se pretendía era establecer un sistema de vigilancia más preciso, que trascienda a la persona a tutelar, por parte del aquí acusado, tal situación debió estar perfectamente detallada en la orden dirigida al nombrado.

Es de resaltar que órdenes con falencias descriptivas y no dirigidas directamente a quien debe cumplirlas o hacerlas cumplir, no sólo perturban la faceta volitiva del tipo subjetivo en cuestión, sino que el elemento cognoscitivo se ve obturado para su posterior imputación en la faceta retrospectiva.



Las reglas de imputación deben guardar correspondencia tanto en la prospectiva como en su análisis posterior por parte del juzgador. No es siquiera lógico pretender obtener resultados determinados, en el campo del derecho penal, cuando dicha determinación no reunió los requisitos contemplados en la norma, para hacer efectiva la consecuencia sancionadora que su incumplimiento conlleva.

En suma, el rumbo escogido por el sentenciante denota una **errática interpretación respecto de la figura de denegación de auxilio, mostrándose en el camino argumental escogido en el fallo condenatorio, ausencia de análisis sobre los tópicos aquí relevantes e indicados en el recurso en trato.**

## **2. Conclusiones**

En consonancia con lo expuesto precedentemente, se puede afirmar que el hecho juzgado en la instancia de mérito carece de connotación típica.

En efecto, acorde con el desarrollo del apartado anterior y conforme con las reglas de la sana crítica, la conducta imputada a Juan M. Guerrero Oyarzo no completa la congruencia simétrica que exige ineludiblemente el tipo penal que se le reprocha.

No puede señalarse la necesaria concurrencia, para que una conducta se convierta en típica, de los aspectos objetivo y subjetivo.

Puntualmente, estoy refiriéndome a la concepción compleja del tipo penal enunciada sucesivamente por HELLMUTH VON WEBER, GRAF ZU DOHNA y, luego desarrollada por el finalismo de HANS WELZEL, evaluando asimismo la obra de HRUSCHKA en su revalorización de los criterios de imputación y en nuestro medio, de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI.

La argumentación dogmática que aquí se sustenta tiene base constitucional, siendo de tal modo receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sobre la temática, el más Alto Tribunal de la Nación ha consagrado el criterio de la personalidad de la pena -enunciado por la doctrina como principio de culpabilidad- que, en su esencia, responde al axioma fundamental de que sólo puede ser reprimido quién sea culpable, vale decir, **“aquél a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente”** (CSJN, caso “Parafina del Plata”, 2 de septiembre de 1968; *Fallos*: 271:297, considerando 5º).

En idioma llano y directo, la interpretación del pronunciamiento citado nos permite asegurar que **no cabe admitir la existencia de responsabilidad sin culpa**. Si bien la estructura y contexto del precedente abarca claramente la vigencia del principio de culpabilidad, su “holding” permite su vigencia en los casos de ausencia del elemento subjetivo del tipo penal.

Ahora bien, siguiendo tales pautas rectoras, y a la luz de lo probado y argumentado en el fallo bajo estudio, se concluye que la conducta de Juan M. Guerrero Oyarzo resulta atípica por no haber obrado dolosamente (aspecto subjetivo del tipo penal imputado).

Por lo tanto, **permitir la continuación del proceso en su contra equivaldría a endosarle objetivamente un dolo inexistente; tesis jurídica que dejaría traslucir el amparo del anacrónico “*versare in re illicita*”, lo que definitivamente no es asimilable para un derecho penal liberal como el nuestro** (SCBA, P. 39421 S 28-8-1990, “L. B., C. s/ Homicidio simple en concurso ideal con lesiones culposas”; Publicaciones: A y S, 1990-III, 136 - DJBA 140, 195). E indisponiblemente de acto.

El derecho penal, resulta importante remarcarlo, sólo puede y debe reprochar conductas típicas y, conforme se reseñó, la del imputado no encuentra adecuación legal. En concreto, **resulta inexistente la finalidad típica**; vale decir, **la voluntad de la conducta penal omisiva que se calificó en perjuicio de aquél**.

En definitiva, no puede fundarse la responsabilidad penal tomando como parámetro, exclusivamente, la calidad de funcionario público (“Aballay, Sandra del Valle s/ Dcia.”, expte. nº 415/17 SP, 6 de agosto de 2018); **en ese caso se estaría sustentando una responsabilidad objetiva que es ajena al principio de culpabilidad y, por consiguiente, inconstitucional en nuestro derecho**.

Aunque resulte obvio decirlo, **se requiere, en cada caso en particular, determinar la existencia normativa del dolo** (cfr. RAMÓN RAGUÉS I VALLÉS. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Editorial J. M. Bosch, Zaragoza, España, 1999, p. 300 y ss.).

En virtud de lo expuesto, a la primera cuestión voto por la **afirmativa**.

**A la primera cuestión el Juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo:**

1.- He de adelantar que, en esta oportunidad, disiento con la solución propuesta por quien lidera el acuerdo, por las razones que a continuación se detallan.

El recurrente sostiene que el sentenciante ha incurrido en arbitrariedad al tener por acreditados los elementos típicos del art. 250 del C.P. Sustancialmente expone que en el caso no se encuentran reunidos los siguientes elementos del tipo objetivo: a) El requerimiento de auxilio de autoridad civil competente y b) la omisión en cabeza del autor. Agrega que

tampoco se encuentra reunido el dolo por parte de su asistido, conforme lo requiere el tipo subjetivo del delito atribuido (fs. 573).

Así, entiendo que asiste razón al recurrente en lo relativo a la atipicidad de la conducta por no acreditarse la omisión en cabeza del autor, lo que me lleva a coincidir en tal aspecto y en lo sustancial con la propuesta dada por el Juez Muchnik.

2.- Al momento de analizar dicho tópico, el Juez de grado refirió que de conformidad al diccionario de la Real Academia Española, la palabra “*omisión*” tiene tres acepciones: abstención de hacer o decir; falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado; y flojedad o descuido de quien está encargado del asunto (fs. 528vta.).

Expuso que Guerrero Oyarzo, como Jefe de la Comisaría Quinta de la ciudad de Río Grande omitió realizar la orden dada conforme hubiera sido requerida: disponer una consigna policial en el lugar (domicilio de la víctima) hasta orden en contrario de la autoridad que emitió el requerimiento.

En virtud de la prueba colectada, el *a quo* concluyó que el imputado al ejecutar la orden de la manera en que lo hizo, había frustrado el alcance de la medida de protección ordenada (fs. 528vta.).

Refirió además que desde el punto de vista subjetivo, Guerrero Oyarzo tenía conocimiento de la existencia de la orden legal emitida por autoridad civil competente y voluntariamente incumplió lo solicitado, teniendo la posibilidad de no hacerlo (fs. 528vta.).

3.- La defensa del imputado sostiene que el art. 250 del C.P. exige no realizar el acto requerido, siendo que en el caso Guerrero Oyarzo sí hizo, pero hizo mal (sic).

Refiere que su pupilo en todo caso debió no haber ejecutado la orden, mientras que en el caso sí ejecutó la misma de la manera en que siempre se hacía en la Comisaría. Cita jurisprudencia que acompaña su postura (fs. 539).

En el caso, entiendo que asiste razón al recurrente sobre este punto, lo que torna atípica la conducta atribuida. Es que si bien el Juez de mérito ha expuesto en su sentencia los distintos alcances de la palabra “*omisión*”, y ha entendido que la conducta de Guerrero Oyarzo en haber ejecutado la orden impuesta bajo una modalidad distinta a la requerida (“custodia permanente”) constituye el tipo de omisión requerida por la figura del 250, lo cierto es que en el caso de marras Guerrero Oyarzo no omitió la orden que fuera por él asumida ante la solicitud de Paloschi de la Comisaría de Familia, la cual había recibido la orden por parte del Fiscal actuante.

Surge de los obrados que contrariamente a una actitud omisiva dolosa, Guerrero Oyarzo dispuso las consignas solicitadas en el domicilio requerido, pudiendo serle reprochado que la misma fuera levantada del lugar cuando la Sra. F. concurría a su trabajo, constituyendo ello un cumplimiento deficiente de la orden impartida que no puede ser equiparada a una omisión constitutiva del delito de denegación de auxilio de la fuerza pública.

Por lo demás, comparto el análisis que sobre el punto en torno al tipo objetivo y dolo directo ha efectuado el colega que me precede en orden de votación, adhiriéndome a tales fundamentos y pronunciándome en consecuencia por la ***afirmativa***.

**A la segunda cuestión la Juez María del Carmen Battaini dijo:**

Atento a la respuesta que brindé al contestar la primera cuestión, posición que quedó en minoría, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 535/545 por la defensa de Juan Marcelo Guerrero Oyarzo contra la sentencia de fs. 507/532.

Cabe imponer las costas al condenado, de acuerdo al principio establecido en la primera parte del artículo 492 del C.P.P.

**A la segunda cuestión el Juez Javier Darío Muchnik dijo:**

Al dar respuesta a la primera cuestión propuesta al Acuerdo, di mi ponencia en sentido contrario a lo vertido por la apreciada colega que me precede en el orden de estudio y votación, doctora María del Carmen Battaini, correspondiendo hacer lugar al recurso de casación deducido.

En consecuencia, habiendo satisfecho los estándares de revisión (CSJN, caso "Casal"; *Fallos*: 328:3399), se propicia casar el fallo y, en consecuencia, absolver a Juan Marcelo Guerrero Oyarzo en orden al hecho por el que fuera acusado; sin costas (arts. 424, inciso 1; 433; 492 segundo párrafo; y 455 del C.P.P.).

**A la segunda cuestión el Juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo:**

De acuerdo a las consideraciones que efectué, comparto y hago mía la solución propuesta por el Juez Muchnik, votando en igual sentido.

Con lo que finalizó el Acuerdo dictándose la siguiente

## SENTENCIA

Ushuaia, 25 de junio de 2020.

**VISTAS:** las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede y la mayoría resultante

### EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

#### RESUELVE:

**1º) HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto a fs. 535/545 por la defensa de Juan Marcelo Guerrero Oyarzo y, en su mérito, **CASAR** la sentencia de fs. 507/532. Sin costas (art. 492, segunda parte, del C.P.P.).

**2º) ABSOLVER** a Juan Marcelo Guerrero Oyarzo, de las condiciones personales obrantes a fs. 507, en orden al hecho por el que fuera requerido a juicio a fs. 403/410.

**3º) MANDAR** se registre, notifique y cumpla.

Fdo.: María del Carmen Battaini (en disidencia) – Juez; Javier Darío Muchnik – Juez; Carlos Gonzalo Sagastume – Juez

Secretario: Roberto Kádár

Tº VI – Fº 648/663