

Resumen

La Suprema Corte de Justicia integrada y por unanimidad, desestimó el recurso de casación.

La Corporación considera que el “ad-quem” calificó correctamente los hechos de autos en la figura penal de violencia privada (Art. 288 C.P). y que las normas enunciadas en el medio impugnativo, Art. 22 y Art. 60 del C.P. no fueron vulneradas.

En cuanto a la valoración probatoria, y sin perjuicio de las diferentes posiciones que sustentan los Sres. Ministros, todos concuerdan que la prueba fue valorada conforme a las reglas de la sana crítica.

Montevideo, cinco de octubre de dos mil quince

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “AA – UN DELITO DE VIOLENCIA PRIVADA – CASACION PENAL”, IUE 2-24576/2011; venidos a conocimiento de esta Corporación, por mérito al recurso de casación interpuesto por la defensa del encausado contra la Sentencia No. 185 dictada en segunda instancia el 14 de agosto de 2014 por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4to. Turno.

RESULTANDO:

1o.) Que por la referida decisión se falló confirmando la sentencia apelada respecto al Sr. AA (fs. 250-254).

Por su parte, el pronunciamiento de primer grado, por Sentencia No. 143 dictada el 16 de setiembre de 2013 por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 9o. Turno, se condenó a AA como autor penalmente responsable de un delito de violencia privada, a la pena de cinco meses de prisión, con descuento del tiempo de detención y sin especial condena respecto de los gastos procesales (fs. 190-194 vto.).

2o.) A fs. 258 y siguientes, la Defensa del encausado interpuso recurso de casación, y luego de fundar su procedencia, expresó los siguientes agravios:

- La impugnada infringe el principio de legalidad contenido en el art. 10 de la Constitución y, concretamente, el art. 288 del Código Penal, por cuanto una errónea interpretación de esta disposición conduce al fallo a un pronunciamiento condenatorio que implica responsabilizar a una persona por hechos que no se adecuan a una figura penal. Adicionalmente, se produjo infracción del art. 60 del Código Penal, en la medida en que se imputa autoría de un delito por actos que no lo constituyen.

Adicionalmente, el mandato impuesto al denunciante de quitarse o cubrirse la caravana que portaba, como condición de permanencia o de ingreso, no es una imposición

ilegítima de parte del defendido, sino que obedece a una política uniforme, constante y aceptada por todos los locales de giro similar. La sentencia impugnada infringe el art. 288 del C.P. por cuanto no es delictuoso un acto justificado. Subsidiariamente, debe apreciarse que, en el peor de los casos, el defendido habría actuado en la creencia de ejercer legítimamente un derecho fundado en Ley extra penal, por lo que resultaría amparado por el art. 22 C.P., que excluye el dolo.

La sentencia no atribuye ni podría atribuir participación al defendido en el incidente en que se produce el retiro del Sr. BB. Los hechos están a cargo del guardia de seguridad quien, sin duda, a su leal saber y entender, ejecutó una disposición general de prohibición de usar o exhibir caravanas por parte de los hombres, disposición que el Tribunal no tiene inconveniente en reconocer. Sus objeciones van al hecho de que, al ingreso del Sr. BB, no hay constancia de que se le hubiera exigido quitarse la caravana o tapársela. Peor, más allá de esto, es patente que el defendido no tuvo participación en la incidencia del retiro.

El tribunal, además de imputar al “dueño” una exigencia que éste no planteó dentro del local, la recurrida olvida lo que ya había admitido, esto es, la opción que se le dio al Sr. BB de cubrirse la caravana. Pero por más que la sentencia aluda a un “daño injusto”, dicho daño no aparece siquiera concretado: el fallo se queda simplemente en la pura expresión del mandato: quitarse la caravana. El delito de violencia privada (art. 288 C.P.), se anima típicamente con la expresión de la amenaza de un daño, no con la simple expresión de un mandato, por más que pueda contrariar la voluntad de aquel a quien va dirigido. La recurrida identifica el mandato con el daño.

- El centro de gravedad del delito de Violencia Privada no radica en la voluntad que el agente quiere imponer al sujeto pasivo en el sentido de hacer, tolerar o dejar de hacer alguna cosa, sino en los medios empleados para imponer esa voluntad. Tales medios son la violencia o la amenaza. El propósito compulsivo del agente puede concretarse o no, y esa contingencia es indiferente para que el delito adquiera su existencia. Consecuentemente, la realidad delictual no estriba en una circunstancia contingente (la de obligar al sujeto, en los hechos o en el propósito), sino en el empleo de los medios. Algo que no parece haber enfocado la sentencia recurrida con la debida nitidez.

En el caso, además, no hubo ejercicio de violencias o amenazas típicas hacia el Sr. BB por parte del Sr. AA.

El daño, finalmente, debe ser injusto. Más allá del requerimiento de precisión del mal, el mismo debe ser “contrario a derecho, es decir sin una causa legítima”. La sentencia recurrida provee una justificación sustitutiva y divergente de todas las anteriores que lucen en autos, sustituyendo en especial la notoriamente mendaz que ensayó el denunciante, en el sentido de que en el local había otros varones que usaban caravanas y a los que, en la versión del denunciante nada se les dijo.

Pone en carga probatoria del defendido, con infracción del principio de inocencia, según el cual la misma corresponde al Ministerio Público la cuestión de determinar si el denunciante ingresó o no al local con caravana expuesta. A partir de esa oscuridad probatoria, se aplica la teoría del acto propio y considera que el denunciante, una vez ingresado sin oposición, había adquirido el derecho de usar la caravana.

Consecuentemente, si no se advierte, como explícitamente no advierte la recurrida, que pudiera haber razones de discriminación por sexo, color o religión en la emergencia analizada, el solitario fundamento de la justificación que destaca la sentencia, decae necesariamente frente al hecho de que, ante la advertencia de una situación de irregularidad que importa un peligro anexo, existe el derecho de hacerla cesar.

Esto es, sin duda, lo que entendió el guardia que le dio la opción de cubrir o retirar la caravana al Sr. BB, y lo que entendió también el defendido, luego de que el Sr. BB ya se había retirado del local y aquél le planteó a éste cuáles eran las condiciones del ingreso con caravana.

Y además, debe destacarse que en el momento en que comienza la intervención del Sr. AA, el Sr. BB ya se encontraba fuera del local, luego de un retiro que la propia recurrida considera voluntario. Es visible que, ante el defendido, el Sr. BB se había clocado en la situación consentida de estar fuera del local y en idéntica situación que cualquier otro que pretendiera ingresar al mismo en las condiciones del denunciante.

El impedimento de ingreso, que es el único que puede atribuirse al defendido es, bajo toda circunstancia, legítimo.

Solicitó en definitiva que se anule la sentencia recurrida y se dicte decisión absolutoria del defendido (fs. 264 vto.).

3o.) Recibido el expediente por la Suprema Corte de Justicia, por Resolución No. 100/2015 resolvió dar ingreso al recurso de casación interpuesto, y conferir traslado por el término legal (fs. 268).

4o.) El Sr. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal subrogante de 10o. Turno evacua el traslado conferido postulando por los fundamentos que expone que, previa sustanciación desestime el recurso de casación interpuesto (fs. 274/276 vto.).

5o.) Por Resolución No. 233/2015 la Corte dispuso dar vista al Sr. Fiscal de Corte (fs. 278), quien, por Dictamen No. 0985 de fecha 21 de abril de 2015, consideró que procede el rechazo del recurso interpuesto (fs. 280-290).

6o.) Por Providencia No. 437/2015 se dispuso el pasaje a estudio y se llamaron los autos para sentencia (fs. 292 y ss.).

7o.) Atento a que el Sr. Ministro Dr. Jorge Ruibal Pino cesó en su cargo el día 6 de junio de 2015, se procedió a la correspondiente audiencia de integración, recayendo el azar en el Sr. Ministro Dr. Julio Olivera Negrín (fs. 299 y 304).

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, integrada y por unanimidad desestimará el medio de impugnación ejercitado, en la medida que no puede imputarse al órgano de segundo

grado de mérito haber fallado vulnerando las disposiciones enunciadas en la recurrencia, antes bien, calificó correctamente los hechos de autos en la figura penal de violencia privada, siendo su decisión ajustada a las reglas de valoración probatoria, por lo que no corresponde ser corregida en el estadio casatorio.

II) En primer lugar, no se verifica en la atacada infracción a lo establecido por el art. 22 del Código Penal, pues como concluye el Sr. Fiscal de Corte: "...siendo el encausado, dueño de un Pub, por tanto empresario, le era exigible que se asesorara en cuanto al alcance de su actividad comercial, y la existencia o no, del referido derecho de admisión..." (fs. 289 y vto.).

Tampoco infringió la Sala lo dispuesto en el art. 60 del Código Penal, desde que conforme los hechos tenidos por probados, resulta claro que el encausado debe ser considerado autor del reato. Además el recurrente respecto a tal agravio incumplió con la carga impuesta por el art. 272 C.P.P., por lo que no corresponde ingresar a su análisis.

III) Los Dres. Larrieux, Chediak, Hounie y Olivera Negrín postulan que en el recurso de casación, si bien se realiza un cuestionamiento a la aplicación del derecho (art. 288 del C.P.), en varias ocasiones se hizo referencia a cuestiones de orden fáctico atinentes a la causa.

Por ejemplo, el recurrente afirmó que el "ad quem" incurrió en error al afirmar que a BB se lo expulsó de un lugar del cual ya se había retirado voluntariamente.

Además, sostuvo que los hechos estuvieron a cargo del guardia de seguridad del local y no de su defendido que es a quien se le imputan, promoviéndose así "la confusión entre hechos ajenos y propios del defendido" (fs. 260 vto.).

Por lo que consideran que mediante el recurso de casación interpuesto no sólo se identificaron como erróneas cuestiones netamente jurídicas, sino que, además, se consideró errónea la valoración de la prueba realizada por el "ad quem".

Al respecto, señalan que como ha sostenido la Corte: "(...) el Art. 60. del C.P.P. no habilita la aplicación del art. 270 del C.G.P. a la materia penal, norma que en su inciso segundo se encarga claramente de negar la discusión de los hechos dados por probados en la sentencia de segunda instancia, los que se tendrán por verdaderos.

La aplicación de la Ley adjetiva civil puede utilizarse según el art. 6 del C.P.P. para complementar e integrar con lo que dispongan las Leyes de la República, en tanto, en el caso, no se verifica laguna alguna, pues existe una norma específica que regula el punto (art. 270 C.P.P.).

Además, resultan trasladables, con las naturales adecuaciones, los conceptos expuestos por la Corporación en Sentencia No. 291/2001: '... la pretendida aplicación de la norma de integración contenida en el a. 6 C.P.P. para hacer extensivas a la casación penal normas específicas de la casación civil, no procede en la especie, pues no se configura la condicionante de 'siempre que no se oponga directa o indirectamente' a las soluciones propias dadas al caso por la Ley procesal penal.

En nuestro sistema, es piedra angular de la casación penal la intangibilidad de los hechos dados por probados en las instancias de mérito. 'No podrán discutirse los hechos dados por probados en la sentencia, los que se tendrán por verdaderos' reza el inc. 2o. del a. 270 C.P.P. '.

La categórica proclama del texto legal impide toda flexibilidad de interpretación o integración por donde se deslice la posibilidad de invocar la infracción a las reglas de valoración de la prueba como causal de casación, prevista en el C.G.P. a. 270 inc. 1 in fine. Porque resulta obvio que la solución de la Ley procesal civil se opone de manera terminante al precepto de la Ley procesal penal” (Sentencia No. 454/2013).

Efectivamente, es criterio firme de esta Corporación que: “Los hechos son intangibles y debe estarse a los datos por probados por el tribunal de mérito, siendo únicamente posible apreciar si medió o no error en la aplicación de las normas jurídicas o en la subsunción de los hechos al derecho que los regula (sentencias Nos. 12/90, 42/92, 93/93, 75, 788 y 934/94, 796, 820, 890, 144/96, entre otras)”.

“La función de la Corte en sede de casación penal es tomar el hecho narrado por el tribunal o tenido por probado, como tal, para reexaminar, eso sí, si la calificación jurídica es o no apropiada al hecho así narrado” (Sentencia No. 202/2010, entre otras).

En este marco, los Sres. Ministros citados consideran que cabe, sin embargo, reivindicar la creación pretoriana del “absurdo evidente”, que, precisamente, surgió como medio de ampliar el campo del recurso de casación ante las limitaciones de la Ley frente a casos de notoria injusticia; al decir de Colombo, como ‘válvula de escape’ frente a la inequidad de los procedimientos judiciales sobre cuestiones de hecho excluidos por su propia naturaleza de casación. De ahí que la revalorización de la prueba resulte excepcional, a interpretación estricta y cuando la desviación de la sentencia fuese grave y manifiesta.

Es así -dice Colombo- que, partiendo de la premisa de que nuestra Ley no admite otros hechos que los dados por probados por el tribunal de mérito, “...se requiere para la tipificación del absurdo que medie un error notorio, lo que equivale a manifiesto, patente, evidente, palmario, claro, ostensible, por lo que es también indiscutible, que no es posible casar cuando la valoración es discutible, o poco convincente y aun equivocada, o se trata de un mero error que no alcance aquellas características, pues en dichos casos queda excluido el absurdo evidente y la Corte tiene que ajustarse a la base fáctica dada por el fallo, intangible para ella...” (Colombo, Erik “Casación: Teoría del absurdo evidente”, en RUD Nal. 1, 1983 pág. 57), (citado en el dictamen del Sr. Fiscal de Corte a fs. 282 y vto.).

IV) El redactor de la presente, entiende que en la medida que se cuestiona la tipicidad de la conducta desarrollada por el encausado, resulta una temática susceptible de ser considerada en casación.

Asimismo, en el ámbito del recurso de casación penal, conforme a lo establecido en el artículo 6 del C.P.P. es aplicable la norma del art. 270 inc. 1 del C.G.P. que admite como causal “...la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba”.

Así, la infracción del art. 174 C.P.P. puede señalarse en casación por aplicación del art. 270 del C.G.P., convocado a regir el proceso penal por el art. 6 del C.P.P. que dispone: “Las palabras y el espíritu de estas normas se integran con lo que disponen las Leyes de la República, siempre que no se les opongan, directa o indirectamente”. El art. 270 C.G.P., lejos de oponerse o contradecir al art. 270 C.P.P., es claramente complementario de éste. Ambas disposiciones dicen, en su inciso primero, lo mismo: “El recurso sólo podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de normas de derecho en el fondo o en la forma”. Pero el art. 270 C.G.P., posterior en vigencia a su homónimo, precisa el concepto, en el sentido de que el mismo (infracción o errónea aplicación de normas de derecho) comprende, inclusive, “...la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba”.

En consecuencia, la Suprema Corte de Justicia, juzgando en casación, se encuentra habilitada al contralor de legalidad relativo a la valoración de la prueba realizada por el Tribunal y la referencia del inc. 2o. del art. 270 C.P.P. en cuanto a que “No podrán discutirse los hechos dados por probados en la sentencia, los que se tendrán por verdaderos”, debe entenderse bajo reserva de que hayan sido debidamente valorados, por cuanto, ahora está claro, la errónea aplicación de las normas de derecho en el fondo o en la forma, comprende también la infracción de las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba.

Posición reforzada por ser doctrina más recibida y por haberse aprobado el régimen casatorio similar al C.G.P. al establecer el art. 369 de la Ley No. 19.293 (Remisión y particularidades) que: “Con respecto al recurso de casación en materia penal se aplicarán en lo pertinente, las disposiciones del Libro I, Título VI, Capítulo VII, Sección VI del Código General del Proceso...”.

V) La unanimidad de las voluntades coincide en que no le asiste razón al enfoque otorgado por la defensa, en cuanto a los alegados errores en la tipicidad de la conducta desarrollada por el encausado, al pretender dirigirla sólo hacia los medios empleados, omitiendo la ponderación del bien jurídico tutelado.

En efecto, en el delito de violencia privada el bien jurídico tutelado es la libertad, y desde allí debe partir el análisis de tipicidad de los medios empleados, que en definitiva pasará por su efectividad. Es decir, no puede sostenerse, como lo hace la defensa, que el art. 288 del Código Penal, al definir como medios típicos de la acción la violencia física o moral, soslaya el efecto que éstos provocan en la víctima, ya que dichos medios para ser efectivos, y por tanto típicos, deben determinar a la víctima en su accionar, como claramente lo recoge la figura cuando refiere al hacer, tolerar o dejar de hacer alguna cosa.

Según los hechos de autos, BB, en la noche del 21 de mayo de 2011 concurrió al pub “XX”, a festejar el cumpleaños de su amiga CC.

Ingresó al referido local, sin ninguna advertencia o condición, y comenzó a participar del festejo, hasta que a poco de estar allí se retira, no porque fuera su voluntad sino en virtud de haber sido abordado por un funcionario de seguridad del local, quien lo obligó a que se sacara la caravana que lucía en su oreja izquierda, o, en caso contrario, que se retirara del lugar.

Una vez fuera del lugar AA –uno de los propietarios del comercio-, le reitera la “opción” (tal como surge de fs. 36 y ss.).

Es decir que BB no actuó de acuerdo a su voluntad: si quería permanecer en el local participando en el festejo del cumpleaños al cual había concurrido, específicamente debía sacarse contra su voluntad la caravana que había decidido libremente usar y si, por el contrario, quería seguir usando tal accesorio no podría seguir estando en el local como también era su voluntad.

Incluso tal “prohibición” de ingresar hombres al local portando caravanas no le fue comunicada en forma clara y previa a BB, sino que se le hizo saber cuando ya estaba dentro del mismo y varios minutos después de hacerlo.

O sea que la evidente restricción a la libertad de la víctima resultaba ilegítima o sea contraria a derecho en general teniendo presente que otros hombres ingresaban portando caravanas.

Cabe recordar que la Corte IDH ha vinculado los conceptos de igualdad y no discriminación a un principio que tiene valor jurídico de ius cogens por lo que ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental puede ser admitido.

En el Protocolo para juzgar con perspectiva de género, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013 se indicó que: “La noción de igualdad (...) es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerar inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que si se le reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad”.

Esta visión integral de la igualdad demanda, entre otras cosas, el establecimiento de tratos diferenciados que se hagan cargo de los factores de hecho y estructurales que determinan a ciertas personas o grupos acceder a sus derechos reconocidos formalmente. El trato diferenciado deberá ser objetivo y razonable, tomar en cuenta las categorías sospechosas y no afectar desproporcionadamente el ejercicio o goce de un derecho; de lo contrario, se estaría vulnerando el derecho a la igualdad o incurriendo en un acto discriminatorio.

Un trato diferenciado que no sea objetivo y razonable, constituye discriminación, que puede definirse como: “Toda distinción, exclusión, restricción, limitación o preferencia, basada en cualquier condición de una persona, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (basada en las definiciones de discriminación de varias Convenciones de Naciones Unidas).

Y para lograr que BB “hiciera algo” –sacarse o disimular la caravana que portaba– se le amenazó (violencia moral) con un mal inminente de no dejarlo permanecer en el local. Y, por ende, de no participar de la fiesta de cumpleaños de su amiga como era su voluntad.

Como dice la propia Sala penal interviniente: "...es claro que se violó la libertad psíquica que protege como bien jurídico el art. 288 del C.P. en tanto fue conminado a adoptar determinada conducta contraria a lo que desplegaba como invitado a un cumpleaños al que había ingresado libremente, sin restricciones ni prevenciones" (fs. 252).

En virtud de los argumentos que vienen de desarrollarse, no puede compartirse con el recurrente que los medios empleados por el dependiente del encausado, cuando compelió a la víctima a sacarse o cubrir la caravana que llevaba para permanecer en el local o, de lo contrario, retirarse de éste, no implicaran violencia moral (amenazas en la descripción típica de la norma), ya que la supuesta "opción" que la defensa siempre alegó tuvo la víctima para quedarse en el local no era tal, ya que ésta no podía en ningún caso determinarse con libertad en su accionar; o se quitaba la caravana contra su voluntad para permanecer en el local, o debía retirarse del local, también contra su voluntad.

Además, la restricción a la libertad de la víctima cabía catalogarla como injusta, ya que como bien se desarrolló en las instancias de mérito, en el local en cuestión no existían normas de admisión claras, de previa advertencia por cualquier persona que se dispusiera a ingresar en él, que prohibieran expresamente el uso de caravanas en hombres. Por tanto, la finalidad inmediata de la restricción que se quiso imponer a la víctima era absolutamente ilegítima, al no ser una norma que aplicara a todos los concurrentes al local, sino una decisión que se tomó caprichosamente contra ésta.

Como señaló el ex-integrante de la Corporación Dr. Van Rompaey en Sentencia No. 135/2005 de la Corte, "...tal como señala Bayardo: '... La finalidad inmediata que se pretende alcanzar con el 'hacer, tolerar o dejar de hacer alguna cosa', debe revestir ontológicamente el carácter de ilegitimidad. Este requisito que aparece previsto especialmente en el Código alemán de 1870 (art. 240), fue acogido en Italia pero sólo por el Proyecto de 1887; en efecto, la comisión revisora suprimió el adverbio ilegítimamente que calificaba el hecho, por considerarlo absolutamente superfluo, frente al mecanismo de la legítima defensa o del estado de necesidad, y el del cumplimiento de la Ley, debiéndose agregar que la violencia o las amenazas deben ejercerse, indebidamente, esto es, ya sea porque se realizan sine iure, ya sea porque teniendo un derecho, la clase de prepotencia de que se haya hecho uso traspasa los límites del derecho que se tiene, ya sea -en fin- porque no exista ninguna razón jurídica que autorice la coacción... si la voluntad coaccionada, está de una u otra manera en conflicto con la Ley... es de toda evidencia que no puede ni debe ser objeto de protección o tuición penal...' (Derecho Penal Uruguayo, t. 7, v. 4, págs. 209 y 210).

En similar sentido sostiene Cairoli que el hecho que se pretende alcanzar con la coacción '... debe ser ilegítimo, lo que significa contrario a derecho en general, la ilegitimidad cesa cuando el culpable obra jurídicamente, sea por causa justificante, sea por deber de corrección familiar, sea para impedir la comisión de un delito...' (Curso de Derecho Penal Uruguayo, t. 3, pág. 186, Ed. F.C.U., 1995).

En razón de lo expuesto, considera que no asiste razón al Fiscal recurrente cuando argumenta (a fs. 228-230) que en el delito de violencia privada resulta irrelevante la finalidad que se pretende alcanzar a través de la coacción, pues como surge de las citas

precedentes, si dicha finalidad es legítima, y conforme a Derecho no se configuraría el delito de violencia privada”.

En este sentido parece indiscutible que el medio empleado por el dependiente del encausado constituyó una clara violencia moral o psíquica, ya que la amenaza del mal futuro se encontraba más que explícita, o acataba la orden o se tenía que retirar del local; todo lo que a su vez constituía una finalidad ilegítima en el accionar del agente criminoso. Por tanto, podemos sostener claramente que la violencia empleada fue efectiva y adecuada para determinar la conducta de la víctima, en forma absolutamente ilegítima, quien además en ningún momento actuó con la libertad alegada por la defensa, por lo que la figura contenida en el art. 288 del Código Penal se conjugó tal y como se sostuvo en ambas instancias de mérito.

VI) Asimismo, la totalidad de las voluntades considera que el hecho de que el Sr. BB se retirara “voluntariamente” del local bailable no tornó lícita la conducta del encausado.

Ello, por cuanto emerge claro de las declaraciones brindadas en autos (fs. 25, 28, 30 y 36) que la víctima salió del lugar para dialogar con el guardia de seguridad sobre lo que se le estaba reclamando (que se quitara o se tapara la caravana, o se debía retirar del local bailable). Consta además, acreditado, que el diálogo mantenido dentro del local, continuó afuera. El propio encausado señaló que “Al parecer el portero le pidió para conversarlo afuera, tenemos esa política para evitar problemas dentro del local” (fs. 36).

Por ende, la afirmación de que cuando AA intervino “el Sr. BB ya estaba fuera del local, del que había accedido a retirarse” (fs. 259 vto.) no resulta veraz.

Tampoco es cierto que el encausado no tuvo participación en los hechos, por cuanto, como surge de su propia declaración, “(...) yo estaba en la puerta, vinieron creo que tres personas, uno de ellos estaba con caravana y por seguridad le pedimos que se la quitara (...)”. Y, agregó, “(...) cuando los ‘humos’ bajaron un poco, me arrimé a él que estaba con dos personas más y le pregunté qué había pasado. Ahí me dijeron que lo echaban porque estaba con la caravana puesta, le dije que era por seguridad y que si se la quitaba podía ingresar sin problemas” (fs. 36 y 37).

Por ende, no se advierte cómo el recurrente invoca una “confusión entre hechos ajenos y propios”. Su defendido es uno de los dueños del local y se encontraba a cargo de éste en la noche de los hechos. Además, según se acaba de transcribir, tuvo participación directa en lo acaecido, tratándose, en definitiva, de quien resolvía si la víctima podía ingresar o no con la caravana.

Señaló, además, el recurrente, que “en el caso, no hubo ejercicio de violencia o amenazas típicas hacia el Sr. BB” (fs. 261 vto.) y que “La sentencia no parece concretar qué clase de mal futuro sufriría el denunciante en caso de contrariar el mandato. Antes bien, la tesitura de la sentencia parece ser que el daño está ‘in re ipsa’, en la propia imposición del mandato” (fs. 262).

Véase que la sentencia impugnada es clara y de ella surge que: “No tiene libertad para determinarse (...) alguien a quien un guardia de seguridad le interrumpe su participación en una fiesta para que cambie su indumentaria o de lo contrario se tiene que retirar del

lugar. Máxime si esto se corrobora por el dueño del local con el respaldo de -por lo menos- un guardia de seguridad que ya había determinado que la víctima saliera al exterior. (...) En el hecho existió el anuncio de un ‘daño injusto’, como requiere la norma, cuando se le anunció que si no cumplía con la exigencia del dueño del local, se tenía que retirar del cumpleaños al que había sido invitado. La amenaza, como forma de violencia psíquica o moral, tenía la finalidad de que el sujeto pasivo se quitara la caravana; lo obligaba a hacer en contra de su voluntad” (fs. 252 vto./253).

El “mal” que podía padecer la víctima, no refiere únicamente a la violencia física, como parece entender el recurrente cuando sostuvo que “...el propio denunciante manifiesta que temió el ejercicio de violencia física, pero no de una manera actual e incondicionada...”, (fs. 262 vto.).

Como señala Miguel Langón, al comentar el referido artículo: el bien objeto de la protección se particulariza en la libertad psíquica de las personas, cuyo ámbito de autodeterminación viene a ser limitado por la coacción que se ejerce sobre el sujeto. Se conculca la autonomía de la libertad para hacer o no hacer algo, para decidir sobre la conducta personal libre de todo tipo de violencias. “Amenazar es la acción gestual, simbólica o verbal por la que se anuncia a otro un mal inminente, caso de no cumplirse con alguna condición puesta por el actor”. (...) “La víctima realizará al cabo la conducta con voluntad viciada, pues no actuará con la propia, sino con la ajena, la del delincuente, que se sobrepone coactivamente a la suya” (Código Penal. Comentado, sistematizado y anotado, Tomo II, volumen II, año 2005, págs. 175 y vto., el destacado no es original).

En igual sentido, la Sala Penal de 3er. Turno resalta en Sentencia No. 165/2010 – publicada en la revista de Derecho Penal No. 21, pág. 525-, que en este delito: “...se ampara la libertad individual en lo relacionado a la independencia de la voluntad en el obrar del sujeto, como dice el Prof. Cairoli citando a Rodríguez Devesa ‘Se lesiona la libertad de obrar del sujeto, tanto en sus raíces más íntimas porque anula la capacidad de tomar una determinación, como obligándolo a proceder de distinta forma a la que tenía resuelto’, se anula la capacidad, la libertad en la esfera volitiva” (Cairoli, “Curso D. Penal Uruguayo, tomo III, pág. 185”).

En el caso, el “mal”, justamente, fue, mediante el ejercicio de la violencia moral y sin que ello fuera una práctica habitual que se enmarcara dentro del derecho de admisión del local, obligar a BB a modificar su vestimenta (concretamente, quitarse o taparse la caravana) bajo la amenaza de que de no ser así, se lo retiraría del lugar.

Finalmente, BB no se quitó ni tapó la caravana, pero se retiró del lugar, con lo cual, su conducta no era la por él querida, sino que se encontró determinada, coactivamente, por la del encausado.

En suma: No se verificó infracción a lo dispuesto por el art. 288 del Código Penal, pues en definitiva, como lo sostiene la Fiscal Letrada Nacional de 10o. Turno (subrogante) AA le anunció al damnificado un “daño injusto” (como lo requiere el art. 288 C.P.), ante la eventualidad de que no cumpliera con la exigencia arbitraria que él como dueño impuso y ha considerado en llamar un “derecho de admisión” “...De tal forma se afectó la libertad individual del denunciante...” (fs. 276)

VII) Las costas, de oficio.

Por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, integrada y por unanimidad,

FALLA:

DESESTIMASE EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO, DECLARANDO DE OFICIO LAS COSTAS CAUSADAS.

OPORTUNAMENTE, DEVUELVA.

Chediak/ Larrieux/ Pérez Manrique/ Hounie/ Olivera Negrín
Redactor: Pérez Manrique