

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

El dolo. Apreciación en concreto. Reproducción. Comunicación pública

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala IV

FECHA: 4-12-2003

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Portal de la Biblioteca Jurídica Online www.eldial.com. Referencia AA1F37.

OTROS DATOS: G., Samuel

SUMARIO:

“... se encuentra preliminarmente acreditado que el imputado en el programa «Memoria» del 6-9-99 en el actual canal 9 de televisión emitió el programa titulado «asesinato de un Cristo peronista» durante el cual se reprodujeron sin la autorización correspondiente fotografías y parcialmente textos del libro «Entre dos fuegos: Vida y asesinato del Padre Mugica» cuya autoría corresponde a Martín Gonzalo De Biase”.

“De acuerdo a las pruebas reunidas en el asunto no puede afirmarse con seriedad que el error era inevitable, razón por la cual la cuestión gira en torno a establecer cómo debió comportarse G. frente a un supuesto evitable y si, efectivamente, adoptó todos los recaudos que se encontraban a su alcance para ello”.

“El argumento esgrimido por la defensa de que «en medios gráficos como en radio y televisión, ... ni el periodista más experto podría comprobar personalmente los extremos que aquí el juez de la instancia precedente pretende que G. haya controlado» constituye una afirmación extremadamente grave en sus consecuencias de ser admitida, porque permitiría sostener que los responsables de los medios de información y comunicación carecen abiertamente de responsabilidad por lo que publican, editan y difunden ya que nunca lo podrían controlar frente al sistema de delegación de tareas existente. Esa afirmación, sin otro sostén, como menos es temeraria, inadmisibles y por demás contraria al ordenamiento legal vigente ...”.

“La acción deviene dolosa eventualmente, cuando la abstracción se concreta en la representación de un hecho, que si bien no deseado o querido, es de posible concreción y queda habilitado como tal merced a la participación de la voluntad, es decir, que está consiente con la formulación de la representación y habilita con su asentimiento la figura del dolo eventual. En el dolo resulta impostergable e inexcusable detenerse en el análisis de la representación ya que a despecho de querer o no el resultado, se lo tiene como posibilidad cierta de concreción, no obstante ello se procede a la ejecutoriedad”.

TEXTO COMPLETO:

Vistos y Considerando:

Conocen los suscriptos del recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el pronunciamiento dictado a fs. 221 que dispuso el procesamiento de Samuel Gelblung por infracción a los artículos 71 y 72 inciso a)) y c) de la ley 11.723.-

El Sr. Juez Bruzzone dijo:

Como ya se puso de relieve en la anterior intervención de la sala (fs. 120) se encuentra preliminarmente acreditado que el imputado en el programa "Memoria" del 6-9-99 en el actual canal 9 de televisión emitió el programa titulado "asesinato de un cristo peronista" durante el cual se reprodujeron sin la autorización correspondiente fotografías y parcialmente textos del libro "Entre dos fuegos: Vida y asesinato del Padre Mugica" cuya autoría corresponde a Martín Gonzalo De Biase.-

En aquélla oportunidad procesal, se hizo hincapié en que resultaba relevante conocer la versión de Gustavo Alfredo Rosio, quien era uno de sus productores y colaboradores y al que se le había confiado la realización del documental. Es menester señalar que no se pudo obtener la prueba mencionada debido a que Rosio fue declarado rebelde (fs. 217).-

Con el decurso de la investigación se obtuvieron testimonios que describen la actividad y armado de las programaciones.-

María Alejandra Heguy (fs. 176) señaló que el grupo de investigación -quien dependía directamente del imputado- discutía la confección del programa y Gelblung los dirigía y decidía lo que se emitía.- Fernanda Kersman (fs. 179) -otra productora- refirió que frente a la idea, es que se recurría al archivo de la editorial Atlántida, libros publicados sobre el tema o a entrevistas;; que si bien el inculcado no () participaba de la investigación, la controlaba. Por último, Marcelo Raúl Bouzada (fs. 200) afirmó que Rosio era quien escribía y armaba las historias, reseñando también que antes de la emisión eran controladas por el

encausado; también destacó que ignora si Rosio le hacía saber la fuente del material.-

Lo que la defensa como agravios está planteando es la no acreditación del tipo subjetivo en los delitos descriptos en los artículos 71 y 72, incs. a) y c) de la ley 11.723 ya que su configuración, desde el punto de vista del tipo objetivo, no es discutible. La prueba reunida en el asunto permite tener por acreditado que los tipos penales en cuestión fueron cometidos, lo que se señala como agravio de la resolución es que Gelblung desconocía que parte del material utilizado en el programa "Memoria" del 6/9/99, emitido por canal 9 de televisión, era de autoría de Martín Gonzalo De Biase.-

El déficit de conocimiento caracterizado de la manera indicada debe ser analizado a la luz de las reglas en materia de error en derecho penal (art. 34, inc. 1° del Código Penal).-

Precisamente los argumentos del Juez de grado se refieren a esta cuestión sin mencionarla expresamente de la siguiente manera: "(...) Lo mínimo que debió haber realizado un periodista de su nivel, es determinar el origen del material que va a utilizar y citar el origen del mismo como asimismo su autor. De allí que encuentre totalmente descartable la explicación que diera al respecto y por ende su responsabilidad inculpatoria en el hecho investigado en el legajo". Lo que el juez está afirmando es un problema básico referido a los deberes exigidos a un autor en la constatación de un supuesto de error para fijar sus alcances.-

Por ese motivo la defensa al agravarse del fallo dice en el escrito de apelación de fs. 226/227 que: "(...) No existe indicio alguno que demuestra que él (Gelblung) cometió el delito, o que supiese que aquello que entregó Rosio tenía origen espurio..", agregando que "el fallo ... asigna responsabilidad de tipo objetiva a mi representado". Reformulando estos argumentos de la defensa se le debe contestar que objetivamente no es en base a indicios que se encuentra probado el hecho que se imputa a Gelblung sino que ello se encuentra acreditado sobre la base de pruebas directas y el propio reconocimiento del imputado de haber utilizado

el material "sin autorización de su autor" o "suprimiendo el nombre del autor", lo que se discute es si Gelblung conocía esta circunstancia, y lo que se afirma en la inteligencia del fallo que se pretende poner en crisis es que debió haber realizado medidas correspondientes a su actividad que impidieran que ello ocurriera.-

Sobre la cuestión del error este debe ser caracterizado como de hecho, ya que Gelblung no esgrime como argumento el desconocimiento de la norma y tampoco los alcances de los elementos del tipo objetivo, sino la circunstancia fáctica de que desconocía que parte de las fotografías y textos utilizados habían sido extraídos del libro de De Biase lo que configura la base fáctica del elemento del tipo. Por ello, esa clase de errores son analizados, en la doctrina y la jurisprudencia nacional, bajo las reglas del error de tipo. Sin ingresar en cuestiones vinculadas a las definiciones de esa clase de supuestos -que excede en mucho la finalidad de este voto- cabe destacar que siempre, y utilizando cualquiera de las teorías que se han desarrollado al respecto (las de dolo y la culpabilidad 'en sus respectivas versiones: estricta y limitada, con las variantes de fundamentación de esta última), esa clase de supuestos han sido y son valorados, en sus consecuencias, de la misma manera: si el error es inevitable se excluye el dolo y la culpa; y si el error es evitable, si bien se excluye el dolo, subsiste la responsabilidad por culpa siempre que exista un tipo penal que así lo establezca. Es claro que en el caso esa caracterización es muy importante, porque de establecerse que el error fue evitable la conducta imputada deviene atípica porque no existe tipo imprudente que la reciba.-

De acuerdo a las pruebas reunidas en el asunto no puede afirmarse con seriedad que el error era inevitable, razón por la cual la cuestión gira en torno a establecer cómo debió comportarse Gelblung frente a un supuesto evitable y si, efectivamente, adoptó todos los recaudos que se encontraban a su alcance para ello. Estos casos deben ser analizados, entonces, frente al autor en concreto y lo que se le está reprochando es, precisamente, que no tomó los recaudos correspondientes que

debía tomar de los datos e información que le suministró su productor Rossio.-

Circunstancia que en el caso de Gelblung se ve reforzada por encontrarse registrado ante esta Cámara un precedente de similares características a las que aquí se discuten (C.C.C., sala I, Def., c. 30.269, "Gelblung, Samuel" rta. 5/8/86, en Boletín de Jurisprudencia, año 1986, nro. 3, julio-agosto-septiembre, Pág. 1130).-

Pero frente a estos argumentos, que requieren necesariamente de la etapa del debate para ser dilucidados, se alzan otros que son previos consistentes en poder establecer si efectivamente existió el alegado déficit de conocimiento, porque lo que se imputa, desde el comienzo del caso, es que Gelblung era conciente de lo que estaba haciendo y obró sin importarle, en el mejor de los casos para él, realizar ningún chequeo de la información que le aportaba su productor. Esa clase de situaciones puede ser analizada bajo la caracterización de un obrar ciego y, en esos supuestos de ceguera de hechos las consideraciones en torno a la evitabilidad del error son posteriores, porque previamente se debe considerar si el error es admisible o inadmisibles. De esa forma, y bajo esa caracterización, se debe analizar la indicación del Juez de grado cuando le reprocha al imputado que lo mínimo que debió haber realizado un periodista de su nivel, es determinar el origen del material que va a utilizar", y como no lo hizo su obrar debe ser reprochado a título de dolo. Esto, con independencia de que sea localizada la persona (Rossio) sobre la cual se pretende deslindar toda la responsabilidad.-

Como cuestión anexa se ha esbozado como planteo, también por la defensa, que los delitos en cuestión exigirían dolo directo cuestión que fuera analizada por esta sala a fs. 120. Deseo señalar, que la única referencia de los diferentes tipos contenidos en las normas de los incs. a) y c) del art. 72 citado en sentido contrario estaría constituida por "la alteración dolosa de un texto" de la última parte del inc. c), que -en (principio- no es de aplicación al caso, pero el resto de los tipos que surgen de las normas citadas, perfectamente pueden ser

cometidos con dolo eventual, con lo que las posibilidades de estimación del tipo subjetivo aumentan.-

El argumento esgrimido por la defensa de que "en medios gráficos como en radio y televisión, ... ni el periodista más experto podría comprobar personalmente los extremos que aquí el juez de la instancia precedente pretende que Gelblung haya controlado" constituye una afirmación extremadamente grave en sus consecuencias de ser admitida, porque permitiría sostener que los responsables de los medios de información y comunicación carecen abiertamente de responsabilidad por lo que publican, editan y difunden ya que nunca lo podrían controlar frente al sistema de delegación de tareas existente. Esa afirmación, sin otro sostén, como menos es temeraria, inadmisibles y por demás contraria al ordenamiento legal vigente a la luz del art. 113 del C.P. Y si esa es la única excusa que puede ser esgrimida, la responsabilidad del autor, por lo menos en lo que hace a esta etapa de manera contundente, se encuentra acreditada en la forma expuesta por el a quo, si a ello le sumamos que de las pruebas obtenidas surge que el imputado es el productor y conductor del programa televisivo mediante el cual se cometió el ilícito, la única conclusión posible frente a este recurso es confirmar en todas sus partes la resolución de fs. 221/225.-

El Sr. Juez Barbarosch dijo:

De las precedentes apreciaciones formuladas por mi colega preopinante en los cuatro primeros párrafos de su voto, podrían efectuarse dos hipótesis.-

La primera, que el imputado conocía el origen del material (dolo directo). O que, en su defecto, en base a su experiencia de ocho años en la producción del programa televisivo por él conducido, en el que reconoce la práctica de recopilación de material gráfico, televisivo e histórico para su realización, se representó como una de las alternativas posibles -que las transcripciones y fotografías pertenecían a una obra editada- y, sin embargo, asintió o actuó con indiferencia

respecto de la probabilidad de que aquello ocurra.-

Al respecto, resulta ilustrativo transcribir algunos pasajes de mi voto en la causa no 15.950 del registro de este tribunal, caratulada "Russo, Eduardo H. s/homicidio" del 03/10/01, donde cité a diferentes autores que escribieron sobre la temática concerniente al dolo eventual.-

"La acción deviene dolosa eventualmente, cuando la abstracción se concreta en la representación de un hecho, que si bien no deseado o querido, es de posible concreción y queda habilitado como tal merced a la participación de la voluntad, es decir, que está consiente con la formulación de la representación y habilita con su asentimiento la figura del dolo eventual. En el dolo resulta impostergable e inexcusable detenerse en el análisis de la representación ya que a despecho de querer o no el resultado, se lo tiene como posibilidad cierta de concreción, no obstante ello se procede a la ejecutoriedad. Deberán sujetarse sus examinadores, a las motivaciones que actuaron psicológicamente sobre el autor; la influencia de estas "razones" habilitarán un examen que llevará a ponderarlas para la calificación del dolo eventual. Resultará esclarecedor para el intérprete de la ley el investigar sobre estos elementos que darán pautas y condicionarán la aplicación de la norma al caso concreto y comprobado de dolo eventual. No deben quedar dudas respecto a la representación del resultado como posible, la adhesión al resultado, esto es, el consentimiento. Debe existir previsión del resultado y aceptación correspondiente por parte del sujeto activo. No se encamina al resultado sino a la mera representación de la posibilidad de aquel resultado. Lo que en definitiva debe analizar el juez es la comprobación de la "displicencia" del agente ante el hecho que lo insta a delinquir. Su aceptación o conducta consecuente con el resultado cuya posibilidad estuvo en él representada consolida la calificación de dolo eventual. En análisis global o circunstanciado de los medios y determinantes del resultado, serán suficiente para acreditar la culpabilidad bajo aquel título. Todos los esfuerzos que se hagan para detectar el "comportamiento

volitivo" tendrán compensación mayor en la medida que se ahonde la investigación y se obtengan resultados ciertos. De allí surgirá la comprobación de la "displigencia" o "indiferencia" en la aceptación del resultado, que perfeccionaría el dolo en examen. El "animus" reprochable no lo es en razón de "querer" el resultado delictivo, sino por el estado de desaprensión ante la representación de la probabilidad. Colocado en la disyuntiva de detenerse en la ejecución, ante la representación de la probabilidad del delito y continuar con su consecución, avanza en el último sentido; abstracción hecha de su íntimo y aún sincero deseo; el resultado logrado por la asunción del riesgo voluntariamente corrido, encasillan el acto en el dolo eventual ("Dolo -La voluntad como presupuesto de la sanción-" de Juan Horacio Sproviero, Edit Gherzi-Cardozzo, año 1986, Pág. 76/80).-

Así es que, "Suele decirse que el dolo eventual, aunque esté en los límites de la culpa, es dolo "sic et simpliciter" (simplemente así); prever un resultado como posible y ocasionarlo, equivale a quererlo".-

Continúa el fallo afirmando que "De indudable valor didáctico resulta, en este campo, la posición de Frías Caballero, que asume en verdad la teoría del consentimiento o asentimiento para elaborar satisfactoriamente el contenido psicológico del dolo eventual, en su distinción con la culpa consciente. En ambos casos, concurre el elemento intelectual o cognitivo, es decir, la representación del resultado como posible o probable. Por ello debe acudir al elemento volitivo, esto es, a la toma de posición, actitud o acto interior del agente frente a lo que se ha representado. Conforme a esto, únicamente habrá dolo eventual si el autor acoge en su mente el resultado previsto o sea que lo acepta, consiente o ratifica. En caso contrario, si no lo acepta, consciente o ratifica, porque supone o espera que no se ha de producir, actúa solamente con culpa con previsión o representación (La Ley doctrina 1995 B;; 1430) Ciertamente es como dice Jiménez de Asúa, que arduo resulta encarar una empresa en la que lo primordial es el examen de las representaciones y los motivos que actuaron sobre la psique del sujeto, lo que obliga al

intérprete y aplicador de las leyes a investigar en los más recónditos elementos del alma humana ("Tratado de derecho penal", Losada, 1976, 3ª edición, v.588).-

"En conclusión, habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción, dejando a salvo, claro está, que esa posibilidad se corresponda con los datos de la realidad. Como sostiene Kuhl, este evaporado elemento del conocimiento se compensa con el fuerte elemento de la voluntad que es el seguro vínculo entre el fin perseguido y el resultado producido, e incluso quienes postulan un dolo meramente cognoscitivo, por esta razón deben introducir de contrabando un elemento de voluntad en el concepto. Esta posibilidad considerada por el agente como parte del plan, distingue el dolo eventual de la imprudencia consciente, sin importar si acepta de buena o mala gana el resultado, siendo suficiente que se conforme con él. Si el agente toma conciencia del posible curso lesivo de su acción porque lo advierte o le informa un tercero, no habrá dolo eventual si confía en que lo puede evitar".-

Ahora bien, en razón de la posición y desempeño del imputado en el armado, locución y responsabilidad de la audición en el programa televisivo mediante el cual se cometió el delito, se deduce que su actividad no se reducía a la de un simple comunicador, descartándose en el caso la existencia de un dolo eventual, por cuanto considero que su obrar es semejante a lo señalado en el voto de mi colega preopinante.-

Así las cosas, el suscripto considera que al menos en el estadio por el que transcurre el sumario, se han arrojado suficientes elementos convictivos que permiten corroborar la materialidad del hecho como la responsabilidad del encausado por lo que al no existir reparo respecto del encuadre legal seleccionado, voto por confirmar el auto de fs. 221 que decretó el procesamiento de Samuel Gelblung por infracción a los artículos 71 y 72 incisos a) y c) de la ley 11.723 (art. 306 del C.P.P.).-

El Sr. juez González Palazzo dijo: Que adhería al voto del Dr. Barbarosch.-

Por lo expuesto, el Tribunal RESUELVE:

Confirmar el auto de fs.221 que decretó el procesamiento de Samuel Gelblung por infracción a los artículos 71 y 72 incisos a) y c) de la ley 11.723 (art. 306 del C.P.P.).-