

**RESOLUCIÓN NRO. quince /2018.** En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **doce días del mes de marzo del año dos mil dieciocho**, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación, conformada por los Sres. Jueces Dres. Fernando J. Zvilling, Federico Sommer y Mario Rodríguez Gómez, en el caso "**FISCALIA DE ZAPALA S/INV. (T..... A..... P.....)**", (**Leg. MPFZA 21948 Año 2017**), seguido contra A..... P..... T....., argentino, titular del D.N.I. nro. ...., con domicilio en .....

**ANTECEDENTES:**

Por resolución del día 2 de febrero del año dos mil dieciocho, la Sra. Jueza de Garantías, Dra. Carolina González, dispuso rechazar la exhibición de fotografías en el Juicio por Jurados, en la medida en que contuvieran imágenes del cadáver, restos de sangre y restos biológicos.

Esta decisión fue impugnada por el Ministerio Público Fiscal. La impugnación fue declarada admisible por este Tribunal en la audiencia celebrada el día 26 de febrero.

A la Audiencia de Impugnación del art. 245 del Código Procesal Penal, comparecieron la Sra. Fiscal

Jefe, Dra. Sandra González Taboada y el Sr. Defensor Oficial, Dr. Miguel Manso.

En la expresión de agravios, la Dra. Sandra González Taboada sostuvo que la decisión de la magistrada resulta arbitraria por sustentarse en cuestiones ajenas a las facultades jurisdiccionales establecidas por el ordenamiento ritual, motivarse en posición subjetivista, fraccionar la prueba de cargo en el juicio a celebrarse.

Concluida su alocución, hizo uso de la palabra el Dr. Miguel Manso, quien afirmó que sólo se excluyeron fotografías innecesarias para ser exhibidas al jurado popular. Cita distintos precedentes de este Tribunal de Impugnación Provincial. Arguye que las fotografías del cadáver del bebe generan un fundado riesgo de prejuicio del jurado popular interviniente.

Como consecuencia del sorteo practicado, corresponde que se expida en primer término el Dr. Fernando Zvilling, luego el Dr. Mario Rodríguez Gómez y finalmente el Dr. Federico Sommer.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria- del Código Procesal Penal, se pone a consideración, luego de haber sido resuelta en forma verbal la admisibilidad de la impugnación, la cuestión vinculada con la solución de fondo a adoptar.

EL DR. FERNANDO ZVILLING, DIJO:

La fiscalía basó su línea argumentativa fundamentalmente en la necesidad de contar con las fotografías, desde que en ellas se basó el médico psiquiatra para llevar adelante sus operaciones periciales, vinculadas con el estado de la conciencia de la imputada al momento del hecho. Y, porque el único modo en que el Jurado puede conocer "toda la Verdad", es mediante la exhibición de las fotografías que dan cuenta de la realidad, permitiendo que los Jurados decidan también en base a sus sentimientos.

Son varias las cuestiones que deben ser analizadas, y la complejidad del tema obedece a que no contamos con un Código de Evidencias que establezca los criterios de admisibilidad probatoria. Sin embargo, tampoco disponemos de Manuales de Instrucciones a los Jurados, y a pesar de ello, instruimos a los Jurados, entre otras cuestiones, sobre el modo en que deben tomar sus decisiones, basándose en las *pruebas* producidas, y evitando que en sus razonamientos se filtren sentimientos, emociones o prejuicios. Esta "instrucción" aparece en todos los Juicios por Jurados desarrollados hasta el presente en nuestra provincia.

Pero, es cierto, no existe un Código de Evidencias -sí reglas aisladas- aprobado Legislativamente,

y tampoco disponemos de Manuales de Instrucciones aprobados por Acuerdos del Tribunal Superior de Justicia, o por Organismos autorizados para su elaboración. Esto no significa que sea correcta o incorrecta la ausencia de este tipo de normas. Sin embargo, aceptamos acriticamente que las "instrucciones" al Jurado son necesarias. Incluso, muchas de esas "instrucciones" son verdaderas Reglas de Evidencia y de Derecho Probatorio.

Entonces, la pregunta que se impone -y formula la Fiscalía- es: sobre qué base normativa la Sra. Jueza de Garantías, Dra. Carolina González, rechazó la exhibición de las fotografías?. La cuestión, aunque no se señala expresamente, tiene un fundamento epistémico. Como bien dijo la Fiscalía, para que el Jurado pueda conocer "*Toda la Verdad*" debe contar con la mayor cantidad posible de pruebas "relevantes". (KARL R. POPPER. Conjeturas y refutaciones "Es obvio que lo que el juez -o cualquier otra persona- quiere, cuando pide "toda la verdad", es toda la información verdadera interesante y atinente a la cuestión que pueda obtener").

Ahora, el tema que aquí se encuentra en discusión es concretamente si la información "*relevante*" -y por ende en principio probatoriamente "*admisibile*"-, en la medida en que contenga una importante carga emocional, de modo tal que implique un riesgo cierto de perjuicio

producto de la influencia que ejercería esa información sobre la toma de la decisión final, puede excepcionalmente ser excluida. Recordemos que las disposiciones emocionales a veces hacen difícil aceptar ciertas proposiciones, por fuertes que sean los elementos de juicio en su favor. Y puesto que toda prueba depende de que se acepte la verdad de ciertas proposiciones, es imposible probar la verdad de una proposición cualquiera a una persona suficientemente dispuesta a no creerla. Desde el plano del conocimiento, las emociones pueden jugar un papel decisivo al momento de adoptar una decisión.

También es un lugar común en la investigación empírica que la verdad depende de las reglas de la lógica. Pero, sin embargo, es claro que no se puede desconocer la importancia de la psicología al construir un relato. Son conocidas las discusiones en el ámbito jurídico de autores de la talla de Taruffo, Ferrajoli, Anderson, Ferrer Beltrán, Susan Haack, etc. sobre estas cuestiones, y las críticas de algunos autores a los sistemas adversariales -por Jurados-, basadas en que se tratarían de procesos "sin Verdad". Así, por ejemplo, se critica el papel de la "persuasión" desde lo emocional (el maestro Taruffo, llega a decir que en los sistemas adversariales *"No gana quien tiene razón, sino que tiene razón quien gana"*).

Ahora, con el fin de evitar decisiones influidas por sentimientos o emociones, algunos sistemas procesales, mediante los Códigos de Evidencia, impiden -en ciertos supuestos- el ingreso de información que pueda producir "perjuicio". Así, el Código de Evidencia de Puerto Rico, en la Regla 403 (equivalente a la Regla 403 de las Reglas Federales de Evidencia de E.E.U.U.), establece que *"Evidencia pertinente puede ser excluida cuando su valor probatorio queda sustancialmente superado por cualquiera de estos factores: (a) riesgo de causar perjuicio indebido" ...*

Ahora, se trata de una Regla eminentemente jurídica -como sería la exclusión de una escucha telefónica ilegal, por ejemplo-, o se encuentra basada en un principio epistémico?. Claramente nos encontramos en el segundo supuesto. Esto nos llevar a considerar si efectivamente corresponde al Legislador establecer taxativamente el supuesto de excepción a la "admisibilidad" (inadmisibilidad) de la prueba "relevante", cuando la información pueda producir un "perjuicio".

A la luz de lo brevemente señalado, da la impresión de que permitir el ingreso de información que pueda producir perjuicio, afecta directamente el "estándar de prueba" del sistema penal. Algún lector desprevenido podría pensar que esto es una forma de "paternalismo epistémico", limitando información relevante o pertinente a

los Jurados, que nadie debería limitarles. Sin embargo, estas reglas podrían ser procedentes aún en el caso de Jueces técnicos, porque, en definitiva, los prejuicios, emociones y sentimientos podrían influir en sus decisiones. Lo que sucede, y esto no puede dejar de señalarse, es que existe cierto entrenamiento y preparación de los Jueces técnicos en derecho probatorio, para evitar que las decisiones se basen en este tipo de cuestiones y adopten sus decisiones "fundadas" -por escrito- en un determinado estándar probatorio, aunque la realidad puede que algunas veces lo desmienta.

Entonces, si no deseamos que el "estándar probatorio de la duda razonable" sea eminentemente subjetivo, debería necesariamente excluirse este tipo de información frente al riesgo de perjuicio -recordemos que nunca sabremos, una vez producido el veredicto de condena, si esa información fue decisiva a la hora de tomar la decisión-.

Ahora, más allá de los principios del derecho probatorio, existe alguna norma que respalda la exclusión de este tipo de pruebas?. Si analizamos debidamente el art. 171 del Código Procesal Penal, aún anclado en los viejos sistemas mixtos, estimo que ofrece ese apoyo. Establece que "La prueba *relevante* o pertinente debe ser admitida, en la medida en que resulte "útil" para

el descubrimiento de la Verdad. Ahora, cuando existe prueba que si bien es "relevante" para la decisión del caso, y sin embargo, puede provocar un perjuicio por el riesgo cierto de influir sobre los decisores de "hechos", esa prueba debe ser admitida?.

Estimo que la respuesta es clara: no. Por la sencilla razón que si bien es "relevante", deja de ser "útil" para el descubrimiento de la verdad, al introducir factores que el propio "estándar de prueba" de la "duda razonable" exige que no sean considerados -emociones, sentimientos-. Pero, cualquier prueba que posea un riesgo cierto de perjuicio debe ser dejada de lado?. No. Sólo aquella que pueda producir un perjuicio "indebido".

Esto significa que, como entiendo que sucede en este caso, el propio Ministerio Público Fiscal sostiene que esta prueba permitiría a los Jurados decidir sobre la base de "sentimientos". Es decir, se trata de una apelación a los sentimientos o a la emoción, como un modo de manipulación del juzgador de los hechos -Jurado-. Pero, es necesario aclarar que pueden presentarse casos en los cuales no exista otra prueba -que no produzca perjuicio- que pueda acreditar algún aspecto relevante de la teoría del caso de las partes. En esos casos, pese a que la información -prueba/evidencia- que pretenda introducirse pueda causar perjuicio, no sería indebido, desde que no se

cuenta con otra información que permita descartar la única información relevante disponible. Como sostiene Rolando E. Jiménez (PRONTUARIO DE DERECHO PROBATORIO PORTORRIQUEÑO, 4ta. Ediciones Situm), para hacer ese balance de intereses, el Tribunal debe determinar la necesidad que tiene la parte proponente de que se admita la evidencia. Si resulta que la única prueba disponible sobre un aspecto esencial de la controversia es una que muestra unos hechos altamente impresionables o perjudiciales, la Regla 403 no puede impedir su admisión, porque estaría militando en contra de una prueba que tiene un alto valor probatorio. Mientras más valor probatorio, o más necesidad tenga la parte de presentar dicha Evidencia, más difícil será utilizar la regla para excluirla.

Lo expuesto da cuenta que lo señalado por la Sra. Fiscal en la audiencia de impugnación, en el ejemplo del niño en Cámara Gesell que no podría ser escuchado por el Tribunal, ya que implicaría un perjuicio, es equivocado, en la medida en que la regla de "utilidad" de la prueba para el descubrimiento de la verdad sea debidamente utilizado.

Ahora, la información que la Fiscalía pretende introducir mediante las fotografías tiene el peso o fortaleza suficiente o es de poca importancia, frente al factor de riesgo de perjuicio?. Cuán útil es la

información, en definitiva. Acaso, es necesario, como lo sostuviera la acusación, que el Perito Psiquiatra utilice las fotografías como respaldo de sus operaciones técnicas?. Con qué finalidad?. Para demostrar que la imputada llevó a cabo una actividad consciente?. Claramente no es necesario, o al menos, esto no pudo ser explicado por la impugnante. Basta su declaración en Juicio, explicando las "razones" por las cuales, en su criterio profesional, sobre la base de las evidencias que tuvo en su poder y en las que basó su dictamen -que explicará en Juicio-, que la imputada actuó conforme a un sentido pre-ordenado y consciente de sus actos, por ejemplo. Para ello no es necesaria la exhibición de las fotografías. Y la fiscalía, reitero, no pudo establecer cuál era la "necesidad" de la exhibición, sino únicamente sobre la base de la apelación a los *sentimientos* del Jurado, como expresamente lo sostuviera en la audiencia. Aquí no se discute lo horroroso que es el delito -en el que todos estaremos de acuerdo, seguramente-, sino si ese delito fue cometido por la imputada, o bien, si era imputable. Y la información que se pretende introducir, presenta un claro *peligro de producir un riesgo indebido*, por lo que corresponde confirmar la decisión que excluyera la exhibición de las fotografías.

Finalmente, me referiré brevemente al contenido de la audiencia de Control de la Acusación, que

debimos observar por la necesidad de precisión en algunos aspectos que no quedaron claros en la audiencia de impugnación. Estimo que es necesario señalar, sólo con el fin de corregir y discutir determinadas prácticas -que en mi caso particular estimo equivocadas- y que representan un resabio del anterior sistema procesal, que la larga lista de informes, actas, documentos, oficios, entrevistas, protocolos, análisis, etc., que, en la medida que no representan "evidencia", no se entiende cuál es la razón por la que se acepta como "prueba", en clara violación a la prohibición de introducción de prueba por lectura en juicio. Más allá de que finalmente esas "pruebas" puede que no sean incorporadas de ese modo -aunque resulte extraño, entonces el método-, lo cierto es que generan, en algunos casos, por ejemplo, indebidas e indirectas incorporaciones por lectura o la equivocada carga impuesta a las partes de poner en conocimiento en la audiencia de admisibilidad probatoria de esos "documentos" para utilizarlos como "declaraciones previas", requisito no exigido por el código procesal. Debo aclarar, para evitar malas interpretaciones, que esto no guarda relación con la obligación de la fiscalía de llevar un Legajo de Investigación, al que tiene acceso la defensa.

Por lo expuesto, corresponde rechazar la impugnación deducida por la Fiscalía.

**EL DR. MARIO RODRÍGUEZ GÓMEZ, MANIFESTÓ:**

Disiento con el voto del Dr. Fernando Zvilling, en primer término, y como ya adelante al resolver la admisibilidad, entiendo que la Sra. Juez de Garantías, se excedió, al declarar inadmisibile la prueba ofrecida, por los fundamentos expresados y de acuerdo a lo normado en el inc. 2 y 3 del art. 171 y 2º párrafo del art. 172 del C.P.P. Si bien, estos fundamentos bastarían para nulificar el fallo, los planteos formulados por las partes y el voto que antecede, merecen el análisis de la cuestión de fondo.

Como definición elemental de un juicio, podría válidamente expresarse que se trata de traer a la sala de debate un hecho ocurrido en el pasado, a través de las pruebas, de la manera más fidedigna. Estos hechos, cuando se tratan cuestiones penales, son generalmente traumáticos, graves y muchas veces, también aberrantes. Es decir, yendo a este caso concreto, lo que podría herir o influir en la susceptibilidad, de los Jurados, no van a ser fotos, sino los hechos, ya enunciados al inicio del debate.

Describiendo, asimismo, los asuntos que debería contar una correcta presentación de la teoría del caso, sobre todo de la acusación: 1) proponer una premisa fáctica, que 2) se relaciones con una teoría legal (relato del experto, apoyado por las fotos (art. 183 segunda parte) y relacionarlo con la culpabilidad, cuestionada) y 3) que

una vez enlazadas, permitan componer su discurso de clausura, sustanciada ya la prueba, en presencia del Tribunal. "Al momento en que la lógica lo dicte en el transcurso de la discusión final, es conveniente relacionar los hechos con el marco jurídico dentro del cual tiene que fallar el tribunal y exponer la forma de cómo se cumplió con la carga de la prueba utilizando las pruebas físicas y los elementos de apoyo audiovisual, en tanto la contraparte no lo hizo" (técnicas de juicio oral en el sistema penal colombiano pag. 235).

Me pregunto, hasta que punto, se permite al órgano jurisdiccional, ingresar en estas cuestiones, sin invadir asuntos medulares de la acusación, vedado, como es obvio, al menos para mi, por una división de roles, permitida quizás, en otros sistemas procesales, pero no en uno de corte acusatorio y adversarial, como el que se pretende celar, con estas decisiones evidentemente contradictorias.

Incluso, en el caso de jurados, tendría una oportunidad más, la Defensa, de cuestionarlo ante el Juez Profesional, antes de ser exhibidas.

En casos graves, es imposible suponer la posibilidad de solucionar el conflicto (art.17 del C.P.P.) desde otra perspectiva que no sea el juicio y la pena. En consecuencia, todas las medidas de investigación que se

adoptan, están pensadas y procesadas desde el debido proceso para ser presentadas en el debate. Severamente criticado hubiese sido la ausencia de material fotográfico y fílmico, en el allanamiento. Pero, al mismo tiempo, que sentido tiene, documentar este acto, esencial para la investigación, si se prohíbe exhibir en debate. Sobre todo, cuando se explica, funda y reiteradamente se expone, que propuesta (hecho) se pretende probar y el carácter esencial que aporta para demostrar con precisión exactitud y certeza la imputabilidad y culpabilidad del imputado (derecho).

Por diferentes argumentos, fundamentos, normas y doctrina, existe un decidido impulso, de invadir los roles de las partes, sobretodo de la acusación, antes, por ejemplo, con principios, aparentemente superados, como "Iura novit curia" (el juez conoce el derecho. Las partes solo exponen los hechos) y actualmente, seleccionado la prueba de cargo para cuidar la sensiblería del jurado, suponiendo, que no es un rol esencial del juez técnico, al enunciar la instrucciones generales, y resolver un incidente concreto, o, lo que es más grave aún, que los jurados no cuentan con sentido común suficiente para no dejarse llevar, por fotografías que muestran con franqueza, los hechos que deben decidir.

**EL DR. FEDERICO SOMMER, MANIFESTÓ:**

Que adhiero en un todo a las

consideraciones formuladas por el Dr. Fernando Zvilling, por lo que propicio el rechazo de la impugnación ordinaria deducida y la confirmación del decisorio dictado por la Sra. Juez de Garantías del Colegio de Jueces del Interior en lo que fuera materia de agravio.

En particular, la prueba de referencia - que tuvimos posibilidad de observar en la deliberación pertinente- y los motivos de "movilizar" al jurado popular que fuera designado -vertidos por la Sra. Fiscal Jefe en la audiencia de impugnación-; me llevan a concluir que las fotografías ofrecidas por la parte acusadora configura evidencia que aunque pueda resultar pertinente en el caso concreto puede ser excluida por cuanto su valor probatorio queda sustancialmente superado por el riesgo de causar perjuicio indebido. En tal sentido, lo establece las Reglas de evidencia de-Puerto Rico (Regla de Evidencia 403).

Se ha determinado que el principio que inspira la referida Regla 403 es conceder discreción al Juez de la audiencia de control de acusación para determinar la inadmisibilidad de alguna prueba que sea pertinente y no excluida por alguna regla o postulado, cuando la evidencia presente algunas circunstancias que impidan la justa solución de la controversia. Advierto que la magistrada recurre a la exclusión de aquella prueba, que aun en principio pertinente, adquiere un valor como

evidencia resulta superado por la razonable posibilidad de generar prejuicio en los jurados populares. Aquellas consideraciones fueron vertidas por la magistrada en plena aplicación de aquel principio para resolver la exclusión de aquella evidencia ante la razonable posibilidad o riesgo de causar perjuicio indebido.

En tal sentido, la visualización de las placas fotográficas que integran aquella evidencia -que vale referir ninguna de las partes litigantes contaba en oportunidad de litigar en esta instancia recursiva-, permite ratificar que se trata de evidencia con gran potencial de apelar a las emociones o pasiones del jurado popular, lo que hace probable que se juzgue el caso sobre bases impropias. Habida cuenta de ello, comparte con el magistrado que se pronunciara en primer término que debe confirmarse la decisión que evitó la admisión de esta prueba para propiciar que el Jurado Popular se aleje de los criterios de razonabilidad a la hora de evaluar la evidencia.

El Informe sobre Reglas de Derecho Probatorio que se elaborara en el año 2007 elaborado por el Comité Asesor Permanente de Reglas de Evidencia de Puerto Rico, sostuvo en la materia que *"La evidencia que apele a la simpatía y sentimiento de los miembros del Jurado, que tienda a exacerbar su sentido de imponer un castigo o que*

*provoque horror en ellos puede causar que el veredicto que emitan se fundamente en criterios ajenos a los hechos establecidos en el caso”.*

Por lo expuesto, corresponde rechazar la impugnación ordinaria deducida por la Fiscalía, y en consecuencia, confirmar el decisorio de fecha 2 de Febrero de 2018 que fuera dictado por la Dra. Carolina González y que determinara la exclusión de evidencia para producir en el juicio por jurado popular a celebrarse.

**TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.**

**EL DR. FERNANDO ZVILLING, DIJO:**

Considerando que se trata de un tema novedoso, y que la Fiscalía ha logrado sortear el juicio de admisibilidad formal de la impugnación, no corresponde la imposición de costas (art. 268 del CPP).

**EL DR. MARIO RODRÍGUEZ GÓMEZ, MANIFESTÓ:**

Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

**EL DR. FEDERICO SOMMER, MANIFESTÓ:**

Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

De conformidad con las posturas precedentemente expuestas, el Tribunal de Impugnación, por mayoría,

**RESUELVE:**

**I. NO HACER LUGAR A LA IMPUGNACIÓN DEDUCIDA, y en consecuencia, CONFIRMAR la decisión de la Sra. Jueza de Garantías que dispusiera la no exhibición de las fotografías cuestionadas, sin costas.**

**II. Regístrese y notifíquese mediante copia a los correos electrónicos de las partes y en forma personal al imputado. Cúmplase.**

**Reg. Interlocutorio N° 15 T° I Año 2018.-**