

Poder Judicial de la Nación

c.29.545 “Bergés Mariano Osvaldo s/privación ilegítima de la libertad” Sala V

///nos Aires, 18 de julio de 2006

Autos y vistos; y considerando:

El doctor Mario Filozof dijo:

Que en virtud del recurso de apelación interpuesto por el doctor Mariano Osvaldo Bergés, quién actúa por derecho propio, contra el auto de fs. 428/462, que dispuso su procesamiento, en orden al delito de privación ilegítima de la libertad (art. 144 bis inc. 1° del C.P.), corresponde intervenir a esta sala y al firmante, emitir por escrito su propuesta.-

El decisorio se sustenta en que el doctor Bergés en su carácter de titular del Juzgado de Instrucción n° 4 se habría apartado de las pautas legales y constitucionales, que precisamente debía resguardar, conduciéndose en forma arbitraria en el marco de su actuación en la causa n° 28.733/04 caratulada “Lancry Santiago y otros s/ asociación ilícita”.-

La Sra. juez de la instancia anterior advirtió de las actuaciones acumuladas al sumario y la lectura de la causa n° 28.733/04, que el 16 de mayo de 2004, el imputado se constituyó en el estadio del Club Atlético Boca Juniors y en el marco de un procedimiento que personalmente inició y condujo, ordenó la detención de un grupo de personas -entre las que se encontraban los aquí querellantes-,empero no haber verificado, tan siquiera mínimamente, la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de dicha medida de coerción, la que en merito a las probanzas acumuladas considera irrazonable.

De allí sostiene que el imputado habría dado mal uso a la autoridad que su cargo otorgaba, violando en consecuencia normas elementales que imperan en el correcto funcionamiento del sistema constitucional, al no haber sustentado sus decisiones en elementos concretos del sumario y simplemente observa fórmulas genéricas o meras invocaciones vacías de contenido.-

Estima así que el entonces magistrado actuó con absoluta liviandad, ya que el único elemento objetivo con el que dijo contar para resolver como lo hizo, fueron los dichos de un empleado que, -luego se determinó-, tampoco había visto aquellas conductas que “supuestamente” justificaban la restricción de un derecho fundamental tan importante como es la libertad

ambulatoria.-

Puntualiza que cuando se ordenó en forma genérica aprehender a los integrantes de la barra brava denominada “La Doce”, nada se hizo para establecer si en sus carnets, se encontraba registrada la hora y lugar del ingreso al estadio, ni se intentó oír testimonialmente a las personas que los acompañaran y que no obstante en la indagatoria a Cerminaro, Sala y Lancry se les exhibió una filmación donde aparecían ingresando al estadio por la puerta n° 14, con sus respectivos carnets de socios, cuestión que fue destacada en sus descargos y no se consideró mínimamente tales explicaciones.-

1) Fueron transcritos párrafos del acta suscripta por el aquí imputado obrante a fs. 54/59 de la causa n° 28.733/04 de los que la magistrada concluye :

“...El imputado se habría referido “en forma general” a los sujetos que luego ordenaría detener, sin especificar la conducta exterior evitable concreta que habría desplegado cada uno...”.-

“...Que si bien en un principio una de las conductas a investigar aparentaba ser la adulteración y utilización de entradas apócrifas por parte de este grupo de personas, lo cierto es que no existen en el sumario constancias o actas de secuestro formales que indiquen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que habrían sido habidas, como así tampoco la forma en que habían sido incautadas ni quiénes las tenían en su poder...”

“Se advierte entonces, que el imputado, habría aprovechado la existencia de una situación confusa, que le habría permitido exceder sus atribuciones a sabiendas de la irrazonabilidad de las detenciones y la ausencia de hechos concretos que las motivaran, basándose más bien en la personalidad de los imputados y en su probable pertenencia a un grupo violento...”

2) Asimismo se transcribieron párrafos del del acta de fs. 60/vta. de la causa n° 28.733/04, labrada por el entonces comisario Greco, de lo que la Sra. juez extrajo las siguientes conclusiones:

“...se advierte aquí la falta de precisión con la que habrían sido encomendadas las detenciones, o mejor dicho la generalización con las que se

Poder Judicial de la Nación

c.29.545 “Bergés Mariano Osvaldo s/privación ilegítima de la libertad” Sala V
habrían dispuesto....”

3) Basándose en su análisis sobre el informe efectuado por la Secretaria de la “Unidad Fiscal Especial Móvil para la Investigación de Hechos de Violencia en Espectáculos Deportivos”, doctora Viviana Saa.; el informe efectuado por Pablo Arana e incluso del auto de procesamiento dictado por el imputado, la instancia anterior -reitera- que el imputado habría aprovechado la existencia de una situación difusa, para excederse en sus atribuciones y ordenar las detenciones de los aquí querellantes, a sabiendas de la irrazonabilidad de dicha medida, empero la ausencia de hechos reprochables jurídicamente que la motivaran a lo que adiciona a manera de pauta cargosa, una clara dificultad para determinar cuál era la imputación concreta que el Dr. Mariano Bergés formuló a los ahora querellantes.

Finalmente consideró acreditado en este estadio que Mariano Bergés habría concurrido al estadio de marras con la idea y voluntad de detener a integrantes de la barra brava de Boca Juniors y aprovechó el mínimo detonante o conjetura que lo justificara, lo que habría concretado, en base a los dichos de Arana quien se remite a lo apreciado por la doctora Saa, no obstante que la última no describe con claridad conductas ilícitas que impulsen el obrar jurisdiccional.

4) En la versión que contradice tales apreciaciones el doctor Bergés como primer agravio planteó la nulidad de la resolución en crisis, pues consideró que luego del auto de falta de mérito confirmado por esta sala el 7 de marzo del corriente año, no se había incorporado al legajo ninguna prueba o dato que pudiera ser utilizado en su contra.

Subraya que, por el contrario, la declaración del fiscal Pablovsky, ratificó la existencia de hechos violentos indicados por su secretaria, Dra. Marcela Viviana Saa y por Pablo Arana.-

En su descargo plantea, no existen motivos para sostener, más allá de los comentarios de la jueza de instrucción, que él haya asistido al estadio bajo preconceptos o ideas previas.-

Manifestó que la jueza para resolver su procesamiento se hizo eco del sobreseimiento dispuesto por el Dr. Daffis Niklison en la causa 28.733/04,

decisorio que contiene cataratas de agravios y falsedades contra su persona y señaló que son propias de alguien que lo odia por haber sido denunciado por él ante el Consejo de la Magistratura.-

Planteó asimismo otra causal de nulidad al entender que no se le imputó la falsedad de ningún acta aunque ello se incorporó de manera taxativa en la resolución en crisis, utilizándose ese extremo como “pivote” para sostener otras supuestas conductas delictivas.-

Con igual énfasis el apelante dice errado el razonamiento expuesto en el auto interlocutorio apelado en cuanto se supone que él entendió delictivo el ingreso de Cerminaro, Sala y Lancry al estadio pues considera que eso no surge de la causa 28.733/04. Señala entonces que lo que él investigaba en la causa de marras, era la actuación de los nombrados en los hechos de violencia ocurridos aquel día y no la forma en que éstos ingresaron al estadio.-

Puntualizó que a su lado estaba el fiscal Pablovsky, que debería haber frenado, impedido u observado la actividad de un juez que haya detenido personas ilegal o ilegítimamente, subrayando de este testimonio “descontrol generalizado”, “clima de notoria violencia”. Otro tanto señala con relación a la doctora Saa y el auxiliar Arana.-

Bergés cuestiona la valoración de la prueba e interpreta que se tomaron o descartaron testimonios en forma antojadiza y consideró que no hay relación suficiente entre la imputación que se formulara y la prueba que se cita.-

En esta inteligencia también destacó párrafos de la declaración que hiciera la doctora Saa en la presente causa, que da cuenta de desmanes ocurridos en el ingreso al estadio el 16 de mayo de 2004. Incidentes generados para el ingreso ilegítimo y violento de 200 ó 300 hinchas sin que el personal policial que estaba fuera de los molinetes, ni el de seguridad del estadio lo impidiera.-

Sostiene que como en dicha declaración la Dra. Saa manifiesta que en la sala de video, identificó a Di Zeo y al pelado (por Seisdedos), esto contradice la imputación formulada en su contra, en cuanto que su orden de detención fue “en general”. Explica que si la secretaria y Pablo Arana subieron a la sala de video para identificar a las personas que ellos habían visto manejar y coordinar el ingreso masivo de estas 200 ó 300 personas no se le puede endilgar

Poder Judicial de la Nación

c.29.545 “Bergés Mariano Osvaldo s/privación ilegítima de la libertad” Sala V
tal modo de disponer detenciones.-

Respecto del testimonio de Pablo Arana, sostiene se hizo una interpretación antojadiza, tendenciosa y alejada de un análisis integral de esos dichos y alejada de la necesaria relación con las declaraciones de Marcela Viviana Saa, el fiscal Pablovsky, Sergio Ramírez Chagra, Oscar Alberto Annacondia, entre otros..

Citó en su escrito, un párrafo de la declaración que efectuara Pablo Arana en este expediente, de donde surgiría que el nombrado observó el accionar delictivo de algunas de las personas que fueran detenidas.-

Respecto a la declaraciones que hicieran Cayetano Vicente Greco, Juan José Pirsic y Miguel Eduardo López, en ese entonces oficiales de la Policía Federal, destacó que en el marco de la causa n° 28.733/04 él había dispuesto que se los investigara en orden a su inactividad ante los ingresos masivos de hinchas y paralelamente critica se haya utilizado como elemento cargoso los dichos de policías que no estuvieron en la puerta 14.

Así palabra más, palabra menos el contenido y continente de la competencia devuelta.

5) Vaya paradoja: el apelante efectúa críticas de tenor semejante a las que le efectuaran los aquí querellantes cuando actuara como juez de la instrucción. Ahora aparece como deudor de la libertad quien tenía arbitrio con su firma de la de sus semejantes.-

Resulta dificultoso reconstruir lo ocurrido, arduo reproducir mentalmente cómo sucedieron los hechos tanto como discernir con precisión, en la hipótesis que se plantea -para adecuarla al accionar sancionado y no querido por el legislador-, la disposición subjetiva del ser humano que ejercía la función pública.-

Una primer lectura de lo actuado desemboca en similar juicio de imputación que concreta la jueza en su procesamiento. Pues el material indiciario apunta a una actitud tendiente a perpetuar una relación de poder que unía al ex juez con una determinada pesquisa.-

Si ello fuera así no parece equivocado que el aquí imputado, se

desligó del contenido constitucional que coloca a la libertad como regla y el perjuicio a terceros una condición esencial e imprescindible para que aquella pesquisa pueda ser cercenada por la autoridad de algún magistrado.-

En primer lugar se debe subrayar como irrefutables algunos fundamentos de la resolución firmada por el doctor Eduardo Daffis Niklison obrantes a fs. 1088/1118 vta. del sumario n° 28.733/04:

“Nótese que de la lectura del acta que dio inicio a la causa no se desprende si el delito a investigar consiste en la presunta falsificación de entradas, una eventual resistencia a la autoridad, una supuesta coacción o nuevamente la hipótesis concreta de la asociación ilícita.” “...Por cuanto resulta más que evidente que no existe sujeto pasivo o víctima del posible delito analizado. Para que exista coacción es necesario que una persona física sea obligada por otro mediante amenazas a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.” “...A mi modo de ver, las personas que en su caso podrían haber sido víctimas o sujetos pasivos del delito resultan ser los empleados del Club Boca Juniors que ejercían funciones como controladores en el sector de los molinetes en la denominada puerta “12/14”, el personal policial que realizaba tareas preventivas en ese sector, o el personal de seguridad privada del referido club”. Se dispusieron entonces las declaraciones testimoniales de todos ellos, siendo contundentes tales testimonios en el sentido de que ninguna de estas personas se sintió coaccionado y/o intimidado. Ninguno de ellos se consideró amedrentado. No ha existido siquiera una persona que señalara haber sido obligada por los simpatizantes del Club local a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.”

Presto mi aquiescencia a tales aseveraciones pues el principio de lesividad requiere un bien “concreto” dañado y no tutelado en abstracto. Es que perdió vigencia la función dogmática que sigue fiel a la voluntad estatal y dicho expediente parece resucitar alguna doctrina que omite la necesidad de contemplar y considerar, con prioridad, las relaciones entre las personas.

De igual manera, no pueden dejar de compartirse los principios delimitadores que resaltan los párrafos más salientes de la resolución de la

Poder Judicial de la Nación

c.29.545 “Bergés Mariano Osvaldo s/privación ilegítima de la libertad” Sala V doctora Susana Parada ya que, desde los primeros párrafos del expediente n° 28.733/04, todo impresiona fue avasallado el principio de proporcionalidad que precisamente es cortapisa del poder punitivo del Estado.-

No es detalle mínimo que se interviene por estar “de turno” con la Seccional n° 24. Se considera que ello no habilitaba tal iniciación del sumario pues el Reglamento para la Jurisdicción sólo permite intervenir cuando en la dependencia se hubiera recibido alguna denuncia o cuando su personal actuara por prevención. En mi entender, prácticamente, se conculcó la regla “no procedat iudex ex officio”. Esto se reconoce opinable, pero toca cuestionar en paralelo la actividad de quien en mayor, o menor medida, se constituyó en juez y testigo o, si se quiere, en juez y preventor. Debe advertirse que fue el propio juez quien en numerosas ocasiones pretendió justificar la manera de iniciar el sumario y con denuedo dio énfasis a su experiencia personal (así se destacó a fs. 1088/1118 la omisión de requerimiento fiscal).-

No es evitable que quien participa en el averiguamiento criminal imponga las peculiaridades de su carácter y las propiedades de su temperamento. Ello podría explicar este caso, debiendo resolverse en consecuencia si una mala o equivocada gestión constituye alguno de los delitos atribuidos.-

Los errores y fallas existen en la actividad de todo ser humano, cuestión que, desde la vida, se traduce a la actividad jurisdiccional y la investigativa. Oportunidades y dificultades aparecen a cada instante. Nadie está exento de error procedimental.

Incluso, el método de la oralidad actuada, impide, en ocasiones, reflejar con fidedignidad lo que sucediera, no obstante los ingentes esfuerzos que se realicen para arribar al reflejo más cercano a la realidad.-

Es evidente, en otro orden de cosas, que se está en presencia de una idiosincrasia muy particular que, sólo logró naufragar los esfuerzos y cerrar las puertas a lo que pretendió reconstruir. Véase lo que dijo el doctor Bergés:

“Una vez más es oportuno señalar que lo actuado no ha sido el capricho de un lunático Magistrado, como se ha destacado en algún periódico de tirada diaria, o lo afirmó algún abogado de imputado en medios televisivos,

sosteniéndose asimismo que esta nueva causa se trata de una persecución. Ha de entenderse que el suscripto es un Juez que no tiene afinidades políticas concretas (y aunque las tuviera ello no influiría en sus decisiones), o enconos personales con persona alguna. Ni siquiera con quienes tanto entusiasmo se encargan de denostar, injuriar y en algunos casos calumniar sin tapujos.” “...Al extremo, Valga su puntualización, que en ocasiones la ciudadanía no alcanza a comprender (independientemente que asistan o no a estadios de futbol) cómo es posible que estos hechos sucedan, y concluye -aunque no sepa muy bien por qué-, en que sólo pueden ocurrir si los antes citados policías, barra bravas, dirigentes y controles se encuentran “de acuerdo” para permitirlos y llevarlos a cabo. Obsérvese que en el ingreso (la Dra. Viviana Saa en la puerta 12-14), para que todo lo que el suscripto expusiera en resoluciones desde el año pasado, en la causa n° 55.201/03, tuviera ahora en material de video, y en la versión de la funcionaria, una lapidaria evidencia.” “...la magnitud de estas investigaciones, las consecuencias de lo que se resuelve y la importancia que para la sociedad en su conjunto tiene el tema -en realidad el fútbol-, imponen que desde una visión judicialista, abonada con una importante experiencia en la materia luego de años de intensa labor, se consignen los puntos neurálgicos de la cuestión.- Como dato esencial la problemática de la violencia en el fútbol no ha parecido a este juez de difícil solución, por más que existan opiniones que la disfrazan como un tema complicado persiguiendo o no distintos intereses. El meollo es que los actores no se deciden a terminar con el flagelo. En este orden, independientemente de las proclamas de ocasión, no pueden existir concretos resultados positivos cuando esas proclamas no son acompañadas por conductas encaminadas al fin que se dice buscar. En este carrusel se encuentra en primer lugar la Asociación del Fútbol Argentino, integrada básicamente por los directivos de los clubes de fútbol. Luego aparecen las entidades con sus dirigentes y personal, jugadores, árbitros, y los simpatizantes. A ellos deben agregarse las policías jurisdiccionales y los organismos estatales de supervisión y control. No faltan leyes ni reglamentos; por el contrario, por momentos uno advierte que se superponen. Los medios de comunicación no han de olvidarse por la penetración

Poder Judicial de la Nación

c.29.545 “Bergés Mariano Osvaldo s/privación ilegítima de la libertad” Sala V

que el cuerpo social tiene lo que se opina, publica y emite.” “...Lo que quiere significarse es la profunda hipocresía que se advierte -o el llamado doble discurso-, que de continuar, dificultará las mejoras en este aspecto...” “...porque ni siquiera se formulan ante las autoridades correspondientes las denuncias penales y administrativas por acontecimientos que así lo imponen o aconsejan...” “En lo que hace a los dirigentes del Club Boca Juniors se evidencia la mendacidad en toda su magnitud, porque tanto el jefe de seguridad Pedro Santaeugenia como el aquí encausado Luis Buzio, y el presidente de la entidad Mauricio Macri manifestaron su conformidad, aceptación y beneplácito para con la investigación llevada a cabo en la causa n° 55.201/03, e incluso se sugirió desde siempre su profundización. Ahora, frente a la existencia de esta nueva causa que es “más de lo mismo”, pero en la que se encuentran más comprometidos que en la anterior, parece que ya no “sirve” mantener ese apoyo, y desde ese y otros clubes de fútbol de importancia, además de la Asociación del Fútbol Argentino (AFA), en detrimento de la actividad judicial, se alzan las voces de apoyo a la honorabilidad del señor Luis Buzio, que a este juez no le incumbe ni le interesa cuestionar, independientemente de encontrarlo claramente autor de un grave delito por el cual será procesado; y se intenta desviar la atención del tema con supuestas cuestiones políticas y enfrentamientos con organismos estatales.” “Ha de entenderse que un juez no tiene por qué concurrir a una cancha de fútbol para observar si los simpatizantes concurren o no con entradas, si se controla su ingreso, si el personal policial a los cuales se les abona por el servicio lo cumple adecuadamente o no lo hace en detrimento de la seguridad por la cual tiene que velar, si hay simpatizantes violentos que entran utilizando fuerza y violencia, si hay dirigentes que en connivencia con terceros realizan hechos delictivos, y otros acontecimientos vinculados de mayor o menor gravedad. Una vez más se reitera que el juez está para intervenir una vez producido el acontecimiento presuntamente delictivo. Tampoco tiene por qué hacerlo un fiscal y mucho menos personal de la fiscalía o juzgado. Sin embargo, el suscripto ha tenido la oportunidad de advertir la presencia de Fiscales en materia Contravencional, de personal de la Fiscalía de Cámara en lo

Contravencional, de algún Fiscal en lo Correccional, de algún secretario de instrucción, quienes, como el suscripto y el Sr. Fiscal Dr. Pablovsky han concurrido “a ver que pasa”, porque las cosas no funcionan adecuadamente. Y en el concreto caso de este Magistrado, prácticamente en cada ocasión que concurrió, por acción u omisión policial, con y sin connivencia con dirigentes del Club Boca Juniors, siempre hubo de tomarse directa intervención frente a hechos delictivos que se estaban llevando a cabo dentro o fuera del estadio, y que eran acontecimientos por personal policial que no tomaba medidas al respecto. ¿Es proceder o denunciar? “Entiéndese como postura personal, que la Justicia también debe hacer su parte, porque son muchos los hechos concretos que quedan sin correctos juzgamientos, entre otras razones por “cholulismo” futbolero o falta de conocimiento concreto de lo que sucede en los ingresos a un estadio de fútbol, interior de tribunas y sitios aledaños. Es de esperar que se dejen de lado simpatías por algún club de fútbol y sencillamente se aplique la ley, respecto de la cual ya se indicó que es abundante en la materia, y satisface sin inconvenientes las necesidades del momento.”

Sólo el autocontrol, la autocrítica y la autoobservación permiten reconocer las deficiencias que todos poseemos. Así se corrigen situaciones o se evitan las contraproducentes. En cambio el unilateralismo se apoya en una senda equivocada y no se sostiene históricamente. Debe tenerse en claro que las consecuencias indeseables y lagunas de un sistema, existen en cualquier estado de derecho, y no toca a los jueces superar tales vicisitudes.-

El cuño del entonces juez de la instrucción surge nítido de estos obrados, con mayor razón lo entienden quienes tuvieron oportunidad de analizar otras actuaciones (ver de ésta Sala causas 18.339, 18.853, 19.452, etc.). Quien lee detenidamente la causa n° 28.733/04 debe valorar distintos detalles, debe compenetrarse con el estado de cosas y especialmente con el preconcepto que demostró el doctor Bergés y los alcances de estos aspectos clave.-

Se decía más arriba lo no aconsejable de ser juez y testigo. El segundo debe ser sometido a una mirada escrutadora, todo instructor recoge del testimonio percepciones, muchas veces valoradas instintivamente. Así puede ser

Poder Judicial de la Nación

c.29.545 “Bergés Mariano Osvaldo s/privación ilegítima de la libertad” Sala V
aprovechado para reconstruir el hecho y lograr rédito en la tarea emprendida.-

Ello marca que mal pueden analizarse ciertas pruebas, meditar y reeditar periódicamente sobre su valor cuando quien las dirigió y concretó es el mismo ser humano que las examina y posee la carga de ser más bien parte de ellas. La balanza se inclina constantemente en todo proceso y la faz intelectual no permite mutaciones cuando se asumen roles tan dispares.-

Por otra parte se vislumbra más que probable que Bergés haya afirmado lo que interpretó ver u oír, que lo pretendió reconstruir, pero el acontecer procesal le deparó sorpresas. La supuesta verdad real está lejos de reflejarse en el sumario que iniciara. En su posición desdoblada, no advirtió los puntos débiles de la prueba que recogió.-

Distintas son las comprobaciones mentales que generaron la conclusión que se pretende cimentar en los renglones posteriores ya que las irregularidades que bien destaca la Sra. juez de la instrucción no permiten que quien vota tenga por acreditada la adecuación de la conducta prevista en la norma sancionatoria.-

Si al doctor Bergés (ver su propio memorial) se le inhabilitó para tramitar (por la Sala I) el expediente n° 55. 201/03 y éste se radicó ante el Juzgado de Instrucción n° 24; pocos días después generó el procedimiento de marras -expediente n° 28.733/04-, para, a continuación, remitirlo por conexidad al juez natural -Juzgado de Instrucción n° 24-, mal puede negar que ello por sí sólo ensombrece su actitud, genera fundadas sospechas de parcialidad, patentiza la inconveniencia de tal proceder y asegura la frustración del camino emprendido.-

Mas nada es tan simple y las apreciaciones sin certeza no constituyen pauta sólida. Deben marcarse los puntos de apoyo pero no en unívoca dirección, sino desenrollar los nudos y volver a reflexionar sobre la relevancia probatoria y jurídica de lo que antes se marcaba como conjetura final.-

El empeño que el doctor Bergés puso en aquel sumario no es otro que el que utilizó en otros -de público conocimiento como los referidos más

arriba- y como el derecho permite más de una interpretación -sin dejar de acentuarse que no se comparte su esquema analítico o su criterio dogmático- corresponde hacer hincapié en que los testimonios recogidos evidencian un aparente acontecimiento socialmente anómalo ese 16 de mayo del año 2004.-

En estos términos se empaña cualquier reflexión contundente sobre la concurrencia de una infracción objetiva al deber.

Milita en el expediente 28.733/04 que el doctor Bergés creyó contar en su haber con determinadas cualidades omitiendo los límites que le fueran señalados por la doctora Parada. El exceso resulta mal consejero pero quien piensa distinto no siempre está equivocado y si algo no admite dudas es el clima de confusión que se vivió en el estadio de fútbol, indicando condiciones engañosas al menos para la visión de cada uno de los observadores.-

Puede afirmarse entonces que el ex juez fue reacio a reconocer los límites de su competencia, mas todo actuar funcional está sujeto a variedad de controles rigurosos. Debe admitirse que el efecto propio del ámbito jurídico implica la concepción de que hay resoluciones judiciales inconcebibles pero las distintas instancias suelen ser el remedio a tales males, no el cuerpo represivo. De otro modo no se aprecia mayor diferencia con lo que aquí se critica al entonces magistrado.-

Así aparece como que la apreciación “cronológica” antes referida es sólo una idea mortificadora que no aclara, genera un conflicto pero no una salida.-

Representa un mandamiento desprendido de la lógica que las actuaciones procesales impuras poseen su remedio en el instituto procesal pertinente. De esa manera se puso fin a los autos n° 28.733/04 en los que, de cada una de sus fojas emerge un grado de pasión y otro de testarudez.-

Corresponde un alto sobre la tormenta de cuestionamientos que podrían volcarse (me remito a los señalados por la doctora Susana Parada y Eduardo Daffis Niklison), pues lo significativo es determinar si existió un encaminamiento de la voluntad tendiente a abusar de la función o un error que aun vencible no puede ser penalizado por mandato constitucional atento los

Poder Judicial de la Nación

c.29.545 “Bergés Mariano Osvaldo s/privación ilegítima de la libertad” Sala V
tipos examinados.-

Acerca una pauta generosa en tal sentido la presencia del Sr. fiscal, la secretaria del Ministerio Público, un agente del tribunal y numerosos funcionarios públicos policiales, en el lugar y el momento en que se ordenó la iniciación del sumario de marras y las aprehensiones motivo de esta querrela.-

Esto y el claro mundo circundante en aquellos tiempos en el Juzgado n° 4 del fuero, marcan una senda diferente a la que deriva en la resolución apelada.

Ninguno de ellos -lo que incluye a los actuales acusadores particulares- objetó, ni denunció conducta ilícita, hasta que aquel sumario n° 28.733/04 concluyera.-

Inclina lo último en la no homologación del auto interlocutorio en alzada y el peso de la decisión del juez que actuó interinamente a cargo del Juzgado de Instrucción n° 24 completa el cuadro.

Difícilmente pueden escindir las víctimas las negligencias o las motivaciones erróneas de lo que constituye una conducta objetivamente dolosa como lo exige el ordenamiento de fondo.-

En la decisión del doctor Daffis Niklison efectúa diversas críticas, denomina difuso el actuar del ex-juez pero no realiza denuncia alguna. Su tácita afirmación no puede omitirse.-

Así se está frente a matices diferentes a los de la hipótesis de probabilidad que se enunciaran en los principios de este voto. Es que la reconstrucción mostró un cariz distinto moldeándose una solución que parece poner coto al círculo vicioso que predicen este fárrago de sumarios.-

Al formularse el interrogante con relación a si el ex juez Bergés mutó el mundo exterior con disposición subjetiva de violar la norma y los derechos de los ciudadanos, la respuesta contiene alto grado de hesitación sobre el contenido del espíritu que se le atribuye.-

La concordancia y divergencia de los elementos de ponderación obrantes en estos actuados obliga a recordar que el acusado no tiene la carga de probar la disculpa aunque no aparezca probable o sincera, pues “no destruida

con certeza la probabilidad de un hecho impeditivo de la condena o de la pena, se impone la absolución” (Derecho Penal Argentino, Julio B. J. Maier, tomo 1 B, Pág. 271, Editorial Hammurabi, 1989). Y Ricardo C. Núñez afirma sin retaceos que “la falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación, e inculpabilidad o de impunidad posible, según el caso, conduce a su afirmación” (“In dubio pro reo, duda sobre la ilicitud del hecho, La Ley, 48-1 y siguientes)

En síntesis debe ponerse en tela de juicio que el proceso mental del aquí querellado se haya direccionado a concretar conductas desvaliosas. Más bien se trató de un ejercicio disfuncional concretado por pensamientos no compartidos acerca de cómo se ejerce la jurisdicción.

La pesquisa se presenta como exhausta y agotada. Nada podrá agregarse acerca de la complicada red de los impulsos anímicos de quien recientemente dejara la magistratura.-

Si bien se ha sostenido en infinidad de ocasiones que el auto de sobreseimiento debe basarse en un estado de certeza absoluto, dicho requisito cede cuando no se vislumbra ninguna medida de utilidad para acceder a dicho estado (esta Sala, c. 28.603, “Zapia, Paulino”, rta. 15/3/06).- Consecuencia de todo lo expuesto es que se reitera el criterio de esta sala in re “c. 27.735, “Troncellito, Daniela Eugenia s/art. 141 C.P.” rta. 31/10/05" por lo que propongo a mi colega de Sala que se resuelva:

Revocar el auto de fs. 428/462 en cuanto se dispuso el procesamiento de Mariano Osvaldo Bergés y disponer su sobreseimiento, en virtud de lo establecido en el artículo 336 inciso 3° del Código Procesal Penal de la Nación .-

En lo concerniente a las costas no es posible apartarse de la regla general, atento a la forma y el tiempo en que fuera presentada la querella.

La doctora Maria Laura Garrigós de Rébora dijo:

1) Al momento de emitir mi voto debo aclarar que comparto la solución a la que arriba el distinguido colega que me precede, así como la clara reseña que hiciera tanto del auto recurrido como de las razones expuestas por el apelante,

Poder Judicial de la Nación

c.29.545 “Bergés Mariano Osvaldo s/privación ilegítima de la libertad” Sala V
por lo que sobre estos puntos he de remitirme a su voto, por razones de brevedad.

2) En punto al planteo nulificante que propugna el recurrente, considero – al igual que mi colega-, que el auto en estudio satisface las exigencias del art. 123 C.P.P.N. por lo que este reclamo no debe ser atendido.

3) En cuanto a los fundamentos que me llevan a compartir la solución propugnada por el Dr. Filozof, me veo en la obligación de hacer algunas precisiones.

Creo importante destacar que la tarea interpretativa del juez no se reduce al otorgamiento de sentido a la norma a aplicar, sino que abarca el conocimiento que adquiere el juez a través de los medios de prueba en la tarea de delimitar el hecho objeto del proceso.

Así al conocer el hecho a través de los conocimientos que otros le aportan el juez conforma la materia de juzgamiento, pero en esta delimitación se involucran sus concepciones morales, jurídicas, ideológicas, etc., el imaginario social en el que está inmerso.

En este sentido Perfecto Andrés Ibáñez nos advierte, cuando se refiere a la prueba testimonial como forma de conocimiento del hecho objeto del proceso, la inevitable sucesión de subjetividades que el proceso involucra, por lo que un juzgador advertido de ello tiene la obligación de tender hacia la objetividad. Sobre el tema dice: “...lo fáctico en el proceso, que pertenece inevitablemente al pasado, tiene una existencia siempre lingüísticamente mediada y su determinación se lleva a cabo por un procedimiento conflictual y a través de aportaciones parciales. Parciales, con la mayor frecuencia, en el doble sentido de fragmentarias y (consciente o inconscientemente) interesadas. Por tanto, los enunciados fácticos que fluyen de la actividad probatoria incorporan ‘lecturas’, narraciones, es decir, interpretaciones o atribuciones de sentido, que deben, a su vez ser ‘leídas’ e interpretadas. Consecuencia de esto es que el hecho en el proceso no aparezca ya ‘dado’ sino que resulta ‘construído’ dentro de él y, precisamente, con tales materiales y presentados de aquella forma. De esta manera, no cabe duda, el objeto del proceso tiene una consistente dimensión subjetiva, presente en la transmisión, en la recepción y, en general, en todo el

curso de la elaboración de los datos...” (*Revista del Poder Judicial*, “‘Carpintería’ de la sentencia penal (en materia de ‘hechos’)”, 3ª. Época número 49, Madrid, 1998, págs. 393-428).

Me parece oportuno señalar ahora que en nuestro sistema procesal mixto, el juez de instrucción en tanto órgano, ha ido sufriendo una evolución, correlato de las modificaciones jurisprudenciales y hasta legales que han variado la tendencia otrora francamente inquisitiva de la etapa del sumario, en pos de un proceso más acusatorio (como lo ha reconocido la C.S.J.N., considerando 15 “Casal, Matías E. y otro”, rta. el 20/09/2005 -DJ 14/06/2006, 479), que otorga al Ministerio Público la preeminencia de la actividad investigativa en el camino de reconocerlo como titular del ejercicio de la acción. Sin perjuicio de ello, los operadores no siempre han acompañado las modificaciones, y en muchos casos esto ha generado abultada jurisprudencia tendiente a delinear los ámbitos de ejercicio de los roles del fiscal y el juez de instrucción.

Esta evolución sufrida por el órgano juez de instrucción no resulta evidente a partir de la lectura de las leyes vigentes, ni tampoco se ha instalado en el imaginario social. Por esta razón es que el reclamo de justicia y seguridad se sigue haciendo a los jueces, en lugar de haberse desplazado a los fiscales o a los órganos del poder administrador encargados de la seguridad. Por esta razón también, algunos magistrados aún se sienten obligados a adoptar medidas de prevención del delito y creo que hasta considerarían incumplida su tarea si no lo hicieran.

Tal es a mi juicio lo que se trasluce de la presente causa. Baste para ello tener en cuenta la extensa y prolija explicación que hiciera el Dr. Bergés en el punto 7 de la resolución de fs. 532 de la causa que corre por cuerda, de las razones que lo llevaron a presentarse el 16 de mayo de 2004 en el estadio del Club Atlético Boca Juniors, así como de las dificultades que conocía en razón de su trabajo y que, a su criterio, ameritaban su intervención para evitar irregularidades a las que alude claramente y por las que resuelve en el punto 4 de dicha decisión, extraer testimonios para que se investiguen conductas del personal policial interviniente.

Conforme cita François Ost en el número de junio de 1990 de la *Revue de*

Poder Judicial de la Nación

c.29.545 “Bergés Mariano Osvaldo s/privación ilegítima de la libertad” Sala V

l'École nationale de la magistratura, se dice de la profesión del juez: “No existe de manera evidente ningún otro modelo de referencia, ninguna otra definición unívoca de una profesión que tienda a volverse tan multiforme y pluralista”. Desde aquí parte el autor para ilustrarnos sobre tres modelos de juez que identifica con los apelativos de Júpiter, Hércules y Hermes. Cuando describe al juez Hércules dice “...ese juez semidiós, que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos, reproduciendo así fielmente la imagen del embudo. A partir de aquí no hay más Derecho que el jurisprudencial; es la decisión y no la ley la que crea autoridad....Este cambio de perspectiva nos lleva desde las cimas de la trascendencia de la ley hacia la inmanencia de nuestros intereses en conflicto...”. Aunque no se me escapa que Ost está aludiendo al juez del common law, corresponde recordar que el sistema codificado que nos rige está también sujeto a interpretaciones, y que las decisiones judiciales son una importante fuente de derecho.

Estas explicaciones del Dr. Bergés sobre su actuar de entonces –que también fueron reseñadas en el voto de mi colega-, volcadas expresamente en una decisión que resolvía las situaciones procesales de quienes estaban sometidos al proceso es, a mi juicio, una prueba evidente de que actuó plenamente convencido de la licitud de sus actos, y por lo tanto son suficientes para excluir la tipicidad que se adjudica a su conducta.

Pero más aún, este no es el único aspecto que tengo en cuenta para fundar mi decisión.

Esta causa constituye, a mi entender, el ejemplo más claro de que es el juez el que, como ya se citara “construye” el hecho objeto del proceso, actuando como “lector de otros lectores”. Así no puede dejar de llamar la atención el que tanto el Dr. Bergés en su decisión, como en el que posteriormente se expidiera el Dr. Daffis Niklison y, finalmente la Dra. Parada, evaluaran las declaraciones testimoniales de las mismas personas, prestadas en tres oportunidades diferentes, sobre el mismo hecho, y arribaran a conclusiones tan disímiles. Es decir, mientras que el Dr. Bergés dispuso autos de procesamiento para los hoy querellantes, el Dr. Daffis Niklison, resolvió sus sobreseimientos, pero nada dijo

sobre la actividad de su colega y, por último esta conducta que no debió resultar significativa de delito para Daffis Niklison, sí lo fue para la jueza Parada.

No debiera sorprendernos tanto la existencia de estas diferencias ya que, no otra cosa son los juicios en general, cuando la parte acusadora sostiene una hipótesis, con las mismas probanzas la defensa puede sostener la versión contraria y finalmente será el juez el que decida cuál es el hecho objeto de juzgamiento.

De esta forma distingo la lectura de las tres declaraciones de los testigos Moro, Anacondia, Lascala, Vélez, Arana y Súa, por nombrar los casos más destacados. No ha sido así en el caso de los dichos del personal policial, especialmente las declaraciones del testigo Greco. Sobre estos testimonios el Dr. Bergés explicó en su resolución las razones que lo llevaron a desecharla y resolvió conforme a ello.

Párrafo aparte merece el tratamiento que se da en el auto en recurso a la declaración de la testigo Súa, ya que al evaluar sus dichos se los tacha de apreciaciones subjetivas, al tiempo que se acuerda veracidad a las manifestaciones de Greco, con las que se contraponen claramente. Esta testigo es una funcionaria fedataria de la Procuración General de la Nación, que no guardaba relación jerárquica con el Dr. Bergés a quien dijo haber conocido en esa oportunidad y, por su trabajo, sabedora no sólo de los trámites judiciales, sino de los encuadres jurídico-penales. Estas condiciones de la testigo parecen no haber sido consideradas al momento de evaluar su testimonio, en el que el Dr. Bergés hizo especial hincapié al exponer su alegato.

Otro aspecto a considerar es que ese día y al momento de los hechos había otros funcionarios públicos y del Ministerio Público (tal el Dr. Pablovsky), quienes de haber considerado que el Dr. Bergés actuaba en exceso de sus facultades, estaban obligados a proceder en consecuencia y, contrariamente a ello, avalaron su accionar, tanto con su actitud como posteriormente al ser interrogados sobre el particular.

Sin que se pueda dilucidar con absoluta certeza qué ocurrió el 16 de mayo de 2004 en el estadio del Club Boca Juniors, lo que aparece claro, a mi juicio, es que el juez actuante no incurrió en ninguna conducta que pueda ser abarcada por

Poder Judicial de la Nación

c.29.545 “Bergés Mariano Osvaldo s/privación ilegítima de la libertad” Sala V
el catálogo delictivo y así lo voto.

Para finalizar diré que la actividad jurisdiccional, tanto en este caso, como siempre, está sujeta a controles que persiguen el resguardo de las garantías constitucionales de los justiciables. Concretamente en el caso sometido a estudio, la resolución dictada por el Dr. Bergés fue objeto de recurso por parte de sus destinatarios, el que no se tramitó porque el colega que lo sucediera en el trámite del expediente, no concedió las apelaciones interpuestas y, luego de una extensa instrucción de casi tres cuerpos más resolvió en el sentido contrario. No tuvimos entonces oportunidad de ver cómo hubiera funcionado la garantía del derecho al recurso.

Más aún, también existe la posibilidad de acudir al Consejo de la Magistratura que, si bien no constituye un órgano de apelación judicial, sí está habilitado para controlar que la actividad de los jueces no contravenga garantías constitucionales, ya sea por vía de la Comisión de Disciplina, como por vía de la Comisión de Acusación.

Siendo ello así, considero que los accionantes no debieron elegir esta vía y por lo tanto, en atención a como se resuelve, es del caso aplicar la regla que establece el art. 531 C.P.P.

En virtud del acuerdo que antecede; la sala resuelve:

Revocar el auto de fs. 428/462 en cuanto se dispuso el procesamiento de Mariano Osvaldo Bergés y disponer su sobreseimiento, con costas a la querella, en virtud de lo establecido en el artículo 336 inciso 3° del Código Procesal Penal de la Nación, haciendo expresa mención que el presente proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiere gozado el imputado.-

Desvuélvase y sirva la presente de atenta nota. El doctor Rodolfo Pociello Argerich, no suscribe la presente por hallarse excusado.

Mario Filozof

María Laura Garrigos de Rébori

Ante mi:

