

Sala II – Causa N° 30.823

**“Cáceres, Fernando y otros
s/procesamiento”**

Juz. N° 4 Sec. N° 2

Expte. N° 6.930/2011/16

Reg. n° 34.372

////////// nos Aires, 17 de abril de 2012.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

Los Dres. Horacio Cattani y Martín Irurzun dijeron:

I - Llegan las presentes actuaciones a conocimiento y decisión de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 24/26 por la Dra. Carla Vanina Iorio, defensora de Fernando César Cáceres, Santiago Luis Cáceres, César Fabián Rotella y Marcelo Damián Fazzio contra la resolución obrante a fs. 1/18 del legajo en cuanto dispuso el procesamiento sin prisión preventiva de los dos primeros, en orden al delito de defraudación en perjuicio de la administración pública, en calidad de autores, en concurso real con el delito de falsificación de documentos públicos en calidad de partícipes necesarios, en relación al tercero de los nombrados en orden a los mismos ilícitos en calidad de partícipe necesario y respecto del cuarto en orden al delito de defraudación en perjuicio de la administración pública en calidad de partícipe necesario, trabando embargo sobre los bienes de cada uno de ellos hasta cubrir la suma de pesos dos mil (arts. 174 inc. 5 en función del 172, 42 y 292 del Código Penal y arts. 306, 310 y 518 del Código Procesal Penal de la Nación).

II – La defensa presentó memorial a fs. 35/38 solicitando se sobresea a sus asistidos y subsidiariamente se califique sus conductas conforme a derecho.

III – Entienden los suscriptos que, de acuerdo a las constancias agregadas a la causa, existen elementos que permiten avalar el dictado del auto de mérito dispuesto por el Sr. Juez de grado, con la salvedad que se formulará en cuanto a la forma en que concurren los ilícitos atribuidos a los encartados y al grado de participación atribuido a Marcelo Damián Fazzio.

Así, cabe recordar que las presentes actuaciones se iniciaron el 9 de junio del año 2011 a raíz del procedimiento policial llevado a cabo por el personal de la División Fraudes Bancarios de la P.F.A. en el interior de la sucursal del BBVA Banco Francés emplazada en la esquina de Sarmiento y San Martín de esta ciudad.

En esa oportunidad, Diego Plachetko, responsable del Sector Fraudes del Banco informó que había ingresado una persona acompañada por otra que oficiaba como custodia, intentando comprar dólares, exhibiendo para ello el D.N.I. N° 16.522.495 a nombre de Juan Pablo Zurita, siendo identificado en el momento de la detención como Fernando César Cáceres.

El citado funcionario había realizado una investigación previa donde había detectado que además, otro individuo utilizando el D.N.I. N° 29.636.508 a nombre de Fernando Gabriel Saucedo y que a la postre resultó ser Santiago Luis Cáceres, hijo del *ut supra* nombrado, había realizado varias maniobras similares en días anteriores y que para ello se reunían previamente con otras personas, en un bar situado frente a la sucursal bancaria denominado “Sterling”.

Siendo ello así, Plachetko luego de la identificación de Fernando Luis Cáceres, acompañado por personal policial se dirigió al comercio en cuestión y procedió a señalar a quienes lo estaban esperando, siendo individualizados como Santiago Luis Cáceres, Marcelo Damián Fazzio, César Fabián Rotella – quien tenía en su poder el D.N.I. N° 27.902.291 a nombre de Federico Lecumberri Dalia, con su foto y la suma de \$ 12.000- y a Aurora Erica May, quienes fueron trasladados al Banco Francés y posteriormente detenidos.

En cuanto a la materialidad de los hechos reprochados se encuentra acreditada con los siguientes elementos: las declaraciones testimoniales del Subinspector Gabriel Lucchesi de fs. 12/14, de fs. 75 y de fs. 118, las actas de detención de May, Rotella, Cáceres y Fazzio de fs. 20, fs. 21, fs. 22 y fs. 23 respectivamente, las declaraciones testimoniales del Inspector Damián Mendoza de fs. 24/25 y fs. 111/112, las vistas fotográficas de fs. 27/30, la declaración del Cabo 1° Omar Sandoval de fs. 70 y vta., la declaración del Inspector Diego Martín Ivach de fs. 71/72, la declaración de la Subinspector Silvina Ortiz de fs. 73, la declaración de Diego Marcelo Plachetko de fs. 96/97, transcripciones de los mensajes de texto de los teléfonos celulares pertenecientes a Fernando Cáceres y Fazzio de fs. 105/106, fs. 107 respectivamente, las declaraciones de María de los Angeles González y de Rosa Miriam Márquez de fs. 108 y fs. 109, la declaración del Oficial Fabián Héctor Mallea de fs.110, la declaración del Cabo Darío David Pestaña de fs. 113/117, el detalle de las filmaciones contenidas en el CD aportado por Plachetko de fs. 119, el informe pericial elaborado por la División Scopometría de la P.F.A. de fs. 375/380, los informes de distintas reparticiones de ese organismo de fs. 403/408 y las carpetas originales aportadas por el Bco. Francés correspondientes a Fernando Gabriel Saucedo y Juan

Poder Judicial de la Nación

Pablo Zurita y demás documentación obrante en la caja azul indicada con el n° 6.930/2011 que corre por cuerda.

En la oportunidad prevista por el artículo 294 del ritual, en la que todos hicieron uso del derecho a negarse a declarar, se les imputó a los encartados: “La actuación en forma organizada de Fernando César Cáceres, Santiago Luis Cáceres, Marcelo Damián Fazzio, Aurora Erica May y César Fabián Rotella para la compraventa de moneda extranjera –dólares americanos- mediante la utilización de Documentos Nacionales de Identidad apócrifos y a través de la presentación de documentación falsa, en el Bco. Francés sucursal de la calle Sarmiento n° 400, de esta ciudad. De manera global puede describirse que para realizar las operaciones de compraventa de divisas, se reunían en un bar cercano a la entidad bancaria ocupando mesas separadas y luego algunos de ellos concurrían primero a la entidad a verificar si era posible realizar la operación y una vez constatado esto se dirigían algunos de ellos a la entidad bancaria donde la concretaban”.

Se les endilgó concretamente la compraventa de dólares realizadas por Santiago Cáceres, utilizando la identidad de Fernando Gabriel Saucedo, junto con Marcelo Fazzio los días 2/6/2011 –en dos oportunidades-, el 3/6/2011, y el 30/5/2011 y por Fernando Cáceres, con un DNI a nombre de Juan Pablo Zurita, acompañado por Darío David Pestaña, los días 3/6/2011, 6/6/2011 –dos operaciones-, y el 9/6/2011 oportunidad en que se produjo la detención de todos los encausados, no logrando concretar su cometido.

Este accionar fue registrado en los formularios “Consulta de Operaciones por Cliente” que obra en las carpetas abiertas por el Banco Francés a nombre de Juan Pablo Zurita (Fernando Cáceres) y Fernando Gabriel Saucedo (Santiago Cáceres) que corren por cuerda.

De tal documentación surge que el primero de los nombrados adquirió en la fechas indicadas un monto de u\$s 60.000 y el segundo de u\$s 99.640, totalizando la suma de u\$s 159.640.

De lo hasta aquí relatado puede colegirse que los dos Cáceres – padre e hijo- mediante la utilización de DNI adulterados y presentando documentación apócrifa, lograron abrir cuentas como clientes del banco en cuestión y de ese modo realizaron operaciones de compraventa de dólares estadounidenses, probablemente por encargo de terceras personas aún no individualizadas, dirigida a sustraer a los verdaderos titulares del dinero de su obligación de justificar el origen, el monto y la legitimidad del dinero introducido en el mercado cambiario, eludiendo fraudulentamente con su accionar tanto la normativa establecida por el BCRA –

comunicación A 4835- como así también la recaudación impositiva de la AFIP, ocasionando un perjuicio a ambas entidades.

Como señaló el Juez, hay en la causa suficientes evidencias para sostener, a esta altura, que los hechos obedecieron a un plan común del que tomaron parte los imputados.

En este punto cobra relevancia lo declarado a fs. 96/97 por Diego Marcelo Plachetko, responsable del Sector Fraudes del Bco. Francés, donde manifestó que se presentó en esa sucursal con el propósito de revisar algunos legajos de Caja de Ahorro con el fin de detectar algún tipo de irregularidad y que en ese momento detectó dos cajas de ahorro abiertas recientemente a nombre de Juan Pablo Zurita (DNI N° 16.522.495) y otra a nombre de Saucedo Fernando Gabriel (DNI N° 29.636.508), en las que observó que la factura del servicio telefónico presentada estaba adulterada en ambos casos y que también verificó en las fotocopias de los documentos que estaban adulterados en sus fotografías. En ese momento recordó además haber visto las fisonomías de Zurita y Saucedo en otros casos, donde se los había detectado como usurpación de identidad en el año 2007. Por tal motivo, le comunicó a la sucursal que si alguna de las dos personas se presentaba nuevamente, le dieran aviso en forma inmediata. El 9/6/2011 alrededor de mediodía, recibió un llamado de la sucursal Microcentro dándole aviso de que quien decía ser Zurita se encontraba en la sucursal para realizar una compra de moneda extranjera, por lo que se dio aviso a la División Fraudes Bancarios de la P.F.A. Asimismo, observó que en la vereda contraria, en la puerta de un bar, se encontraban cuatro personas que mediante videos del banco observados con anterioridad, eran los que acompañaban a Zurita y a Saucedo para realizar las operaciones bancarias. El juzgado dio la orden de que se identifique a las personas que estaban en el bar los que fueron trasladados a la sucursal del banco. Allí reconoció a quien se hacía pasar por Saucedo –Santiago Cáceres-, a otro que presentó un DNI a nombre de Federico Lecumberri Dalía, el cual se encontraba adulterado en su fotografía y cambio de domicilio y que fue identificado como Rotella, reconociendo a los dos restantes como quienes acompañaban a “Zurita” y “Saucedo” en otra operaciones, es decir, Fazzio y el policía Pestaña. También se identificó a una mujer que él no había visto anteriormente que dijo ser May Aurora Erica. Luego constató que los Cáceres habían hecho varias presentaciones con documentos apócrifos. Que detectó que la foto de Santiago Cáceres estaba en las fotocopias de documentos tanto de Saucedo como de Roggero Mariano Andrés (DNI 28.280.217), García Marcos Damián (DNI 28.253.758), Figueroa Andrés Fabián (DNI 28.285.205), Tello Siberman Jorge (DNI 94.127.041), Gutiérrez Miguel Angel (DNI 27.925.738) y Gutiérrez Cristian

Poder Judicial de la Nación

Herán (DNI 27.925.737). En cuanto a Fernando Cáceres quien se hizo pasar por Zurita también presentó documentos de Juan Andrés Gilfeiberg (DNI 13.125716), Ledebur Jorge Omar (DNI 11.687.867), Muñoz José Benito (DNI 14.598.710), Geréz Ricardo Alberto (DNI 14.800.925), Nicanor Almirón (DNI 17.986.049), Guerra Modesto (DNI M7.780.913) y Manuel Montes (DNI 12.034.876). Agregó, además, que estas identidades se utilizaron para pedir préstamos, tarjetas, abrieron cuentas y diferentes operaciones bancarias. Y que tuvo conocimiento que Cáceres, haciéndose pasar por Zurita intentó o abrió una Caja de Ahorro en el Banco Patagonia y en el Banco Comafi.

Ciertos aspectos de la versión que brindara Darío David Pestaña (fs. 113/117 del principal) son también indicios sobre el tipo de planeamiento implementado por los encartados. Concretamente, sobre su intervención como custodia dijo *“...Yo empecé hacía menos de un mes, pero había días en que no se cambiaba. A mi me contactaba Fernando, me llamaba un día antes. Me decía mañana trabajamos, nos encontramos en el bar “Pétalo” que se encuentra en la esquina de Corrientes y San Martín o en la esquina del Francés que está en Sarmiento y Reconquista. Cuando entraba al bar estaban Fernando Cáceres, Santiago Cáceres y Fabián Rotella se sentaba a veces con nosotros, o a veces en otra mesa. May estaba pero no siempre. De las diez o quince veces que hice, la mayoría de las veces estaban ellos salvo mi tía que fue cuatro veces. Rotella estaba siempre pero en mesas distintas. A veces los esperaba luego de las operaciones pero yo lo crucé muy pocas veces. Yo no tengo mucho contacto. Nos sentábamos y me decían dónde íbamos. Una sola vez me dieron la plata porque las otras veces la llevaban Santiago o Fernando. Después yo los acompañaba al banco, ellos hacían la operación, salían, me pagaban y yo me iba...era un grupo muy cerrado”*.

De las manifestaciones efectuadas por Pestaña puede colegirse que los imputados llevaban a la práctica un plan común, desarrollado en forma organizada que les permitía concretar con éxito las conductas desplegadas.

Dicho cuanto precede, las conclusiones del instructor deben ser avaladas, toda vez que puede tenerse por acreditado, con el grado de probabilidad propia de esta etapa sumarial que Fernando Cáceres, Santiago Cáceres, César Fabián Rotela y Marcelo Damián Fazzio, desempeñando distintos roles y mediante la utilización de documentos adulterados e instrumentos apócrifos, realizaron aperturas de cuentas bancarias y operaciones de compraventa de moneda extranjera, en violación a las normas establecidas tanto por el BCRA como por la AFIP, afectando con su accionar al Estado Nacional.

Sin embargo, no se habrá de compartir el modo en que concurren los hechos propiciado por el Sr. Juez de grado.

En efecto, la utilización de documentos falsos para abrir cuentas en la entidad bancaria de mención y la compraventa de divisa extranjera eludiendo la normativa que rige la materia, constituye una conducta compleja, pero única, en la que se han lesionado varios tipos penales.

Nuestro más Alto Tribunal ha sostenido que “...se trataría de un caso de pluralidad de movimientos voluntarios que responden a un plan común y que conforman una única conducta en los términos del artículo 54 del Código Penal insusceptible de ser escindida, en la que la adulteración de documentos concurre idealmente con la estafa posterior con los documentos adulterados, puesto que este segundo tipo se cumple como una forma de agotamiento del primero” (Comp. N° 565 “Branca” del 30/8/05; en sentido similar Comp. N° 1495 “Nápoli” del 6/7/2004 y Comp. N° 1634 “Sica” del 19/8/2004; y de esta Sala causa n° 28.034 “Bonorino, Victoria y otro s/ extinción acción penal”, reg. n° 30.259 del 20/8/2009; causa n° 23.095 “Shraiber”, reg. n° 24.324. rta. el 18/10/05 y causa n° 26.489 “Kanonich, Gregorio y otra s/procesam.”, reg. n° 28.460, rta. el 21/5/2008).

De otra parte, cuestiona la defensa el grado de participación atribuido por el *a quo* a sus pupilos Fernando y Santiago Cáceres y César Fabián Rotella, esto es, el de partícipes necesarios del delito de falsificación de documento público al haber aportado sus respectivas fotografías para su espuria confección.

Sobre el particular, cabe recordar que “*la jurisprudencia es prácticamente pacífica respecto al grado de participación que adquiere quien entrega su fotografía a otro para que se lleva a cabo la falsificación o adulteración de documentos destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, esto es el cómplice necesario, y ello es así por tratarse de una cooperación o auxilio esencial a los efectos de la consumación del ilícito*” (CNCP, Sala II, causa n° 932, rta. 17/3/97, reg. n°1288 y de esta Sala, causa n° 24.885”, reg. n° 26.570 del 22/3/07).

Asimismo, lo manifestado por la letrada defensora en cuanto no se ha demostrado en autos que fueran los nombrados quienes aportaron sus fotografías para confeccionar los DNI apócrifos, cae por tierra si se considera que eran ellos quienes los tenían en su poder con la finalidad de realizar la maniobra que quedó en grado de tentativa en el momento de su detención, pero que habían logrado concretar en oportunidades anteriores.

Poder Judicial de la Nación

En cuanto a Rotella, la circunstancia que haya estado sentado en una mesa separada del resto de los encausados en el bar “Sterling” frente al Bco. Francés, no modifica su intervención en los hechos, puesto que fue reconocido por Plachetko como integrante del grupo y además llevaba entre sus pertenencias el DNI N° 27.902.291 a nombre de Federico Lecumberri Dalia, con su foto.

Finalmente, asiste razón a la defensa en cuanto a que es erróneo el grado de participación endilgado a Fazzio como cómplice primario de la defraudación realizada por sus coimputados. Su conducta se limitó a acompañar a Saucedo – Santiago Cáceres- a la entidad bancaria en cuestión a realizar las operaciones de compraventa de dólares, llevando en alguna de las ocasiones el dinero en una bolsa, lo que a criterio del Tribunal no sería suficiente para tal atribución, toda vez que esa actividad pudo haber sido realizada por cualquier persona y aún por el propio Cáceres, sin el auxilio de terceros.

Para la doctrina lo relevante es el valor del aporte por su eficacia, que será tal cuando la supresión de aquel se traduzca en una variación en la ejecución del hecho.

Así, los cómplices secundarios “son participantes cuya intervención no fue necesaria para que el hecho sucediera tal como sucedió, porque no realizaron la tarea ejecutiva, ni contribuyeron con algo cuya falta hubiera variado la ejecución o sus modalidades” (conf. Tratado de Derecho Penal. Ricardo C. Núñez. Tomo II. Ediciones Lerner pág. 295).

Como consecuencia de ello –sin perjuicio de la calificación que en definitiva corresponda- es que habrá de confirmarse su procesamiento.

El Dr. Eduardo Farah dijo:

He de compartir la solución dada al presente caso por mis colegas preopinantes señalando como única salvedad, ya sostenida en intervenciones anteriores, en el sentido que en la hipótesis delictiva en la que la persona hizo uso del documento falso y habría participado en su confección, existe –entre la falsificación del documento y su uso- un concurso aparente por subsidiariedad tácita, en virtud del cual, el uso, como hecho lesivo relevante, subsume en sí, todos aquellos actos que hayan significado su preparación, como es la falsificación (ver de esta Sala II causa n° 27.835 “Reynoso, Rafael s/procesam. con prisión preventiva y embargo”, reg. n° 29.893, del 21/5/09, causa n° 28.537 “Codazzi, Nadia s/procesam. y embargo”, del 11/3/2010, y de Sala I causa n° 40.450 “N.N. s/competencia” del 15/11/07, reg. n° 1372 y causa n° 36.606 “Banco Río s/incompetencia”, del 21/12/04, reg. n° 1421).

En mérito al resultado del Acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

I – CONFIRMAR PARCIALMENTE el punto dispositivo I del resolutorio obrante a fs. 1/18 del legajo en cuanto decreta el procesamiento sin prisión preventiva, de Fernando César Cáceres por considerarlo autor penalmente responsable del delito de defraudación en perjuicio de la administración pública en ocho oportunidades, una de ellas en grado de tentativa, **MODIFICANDO** la forma en que concurre con el delito de falsificación de documentos públicos, que se fija en ideal, en calidad de partícipe necesario (artículos 174 inc. 5° en función del art. 172, 42 y 292 del Código Penal de la Nación y artículos 54, 306 y 310 del Código Procesal Penal de la Nación).

II - CONFIRMAR PARCIALMENTE el punto dispositivo III del decisorio mencionado en cuanto decreta el procesamiento sin prisión preventiva, de Santiago Luis Cáceres por considerarlo autor penalmente responsable del delito de defraudación en perjuicio de la administración pública en ocho oportunidades, una de ellas en grado de tentativa, **MODIFICANDO** la forma en que concurre con el delito de falsificación de documentos públicos, que se fija en ideal, en calidad de partícipe necesario (artículos 174 inc. 5° en función del art. 172, 42 y 292 del Código Penal de la Nación y artículos 54, 306 y 310 del Código Procesal Penal de la Nación).

III - CONFIRMAR PARCIALMENTE el punto dispositivo V de la resolución que luce a fs. 1/18 del legajo en cuanto decreta el procesamiento sin prisión preventiva, de César Fabián Rotella por considerarlo partícipe necesario penalmente responsable del delito de defraudación en perjuicio de la administración pública en ocho oportunidades, una de ellas en grado de tentativa, **MODIFICANDO** la forma en que concurre con el delito de falsificación de documentos públicos, que se fija en ideal, en calidad de partícipe necesario (artículos 174 inc. 5° en función del art. 172, 42 y 292 del Código Penal de la Nación y artículos 54, 306 y 310 del Código Procesal Penal de la Nación).

IV – CONFIRMAR PARCIALMENTE el punto dispositivo VII del interlocutorio apelado en cuanto decreta el procesamiento sin prisión preventiva de Marcelo Damián Fazzio **MODIFICANDO** el grado de participación por la secundaria, en el delito de defraudación a la administración pública en ocho oportunidades, una en grado de tentativa (artículos 174 inc. 5° en función del art. 172, 42 y 46 del Código Penal de la Nación y artículos 306 y 310 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, hágase saber al Sr. Fiscal General y devuélvase a la anterior instancia donde deberán efectuarse las notificaciones a que hubiere lugar.

Poder Judicial de la Nación

Fdo: Horacio Rolando Cattani- Martín Irurzun- Eduardo G.

Farah.-

Ante mi: Pablo J. Herbón. Secretario de Cámara.-

USO OFICIAL