

Procesamiento Nro. 1313/2016

Montevideo, 13 de mayo de 2016.-

VISTAS:

Las presentes actuaciones presumariales llevadas a cabo en relación a los indagados J. E. B. C., D. A. J. F., R. A. T. A., J. H. C. C. y A. M. A. U. con intervención de la Fiscalía Letrada Nacional en lo Penal de 3er. Turno, la Defensa Pública a cargo del Dr. Daniel Machado y la de particular confianza a cargo de la Dra. Nadia Rodas por el indagado T.

RESULTANDO:

1.-Del instructorio practicado surgen elementos de convicción suficientes que permiten determinar la ocurrencia de los siguientes hechos: ante comunicación cursada por Interpol Alemania a su similar de Uruguay referente a información técnica que usuarios de EMULE de distintos países descargaron archivos comprimidos de pedofilia, a través del archivo eDonkey2000, (programa general de descarga de “p2p”), por resolución N° 3429 de 11 de noviembre de 2015, a solicitud de la Representación Fiscal interviniente, se autorizó oficiar a la empresa ANTEL a efectos de informar las conexiones de IP de los titulares de servicio de ADSL que figuraban involucrados en la descarga del material pornográfico infantil. Tras una intensa investigación a cargo de efectivos del Departamento de Investigaciones Complejas de la Dirección General de Lucha contra el Crimen Organizado e Interpol, en el marco de la Operación “SIRTE”, se logró determinar la vinculación de los indagados J. B., D. J., R. T., J. C. y A. A. a partir del rastreo de las terminales desde donde se realizaban las operaciones de descarga. La información proporcionada por ANTEL relacionó los contratos de ADSL vinculados con los IP (sigla que significa

protocolo de internet y permite identificar a un dispositivo -habitualmente una computadora) y domicilios de los encartados en las ciudades de Montevideo y Maldonado, donde, orden de allanamiento mediante, se incautaron los equipos e insumos, computadoras, notebook, celulares y pendrives utilizados por los mismos para la aviesa actividad. Así, efectivos del Departamento de Investigación de Delitos Complejos procedieron al análisis de los archivos y demás material ocupado según el siguiente detalle:

a) en relación a J. E. B. se pudo establecer que el mismo poseía en su computadora aproximadamente 694 GB y utilizaba el programa de descarga ARES. Una vez descargado dicho material el mismo ingresaba a la carpeta My Shared Folder, la que se encontró por defecto, conteniendo 4GB de material de pornografía infantil (57 archivos) todos ellos **compartidos**. Los discos duro en poder de B. eran de un TeraBite (1000 GB) cada uno y entre los dos se detecto un contenido de pornografía infantil equivalente a más de 600 GB. El análisis informático arrojó que la carpeta llamada “My Shared Folder” la cual es creada por el Software “P2P” (Peer to Peer que significa conexión cliente cliente, vale decir no hay servidor de por medio) permitía que lo descargado por el indiciado era también descargado directamente de ordenadores de otros usuarios en el mundo. Así, la carpeta My Shared Folder era compartida con el resto de los usuarios del programa (Ares) automáticamente o por defecto y ello por cuanto lo que cualquier usuario del programa Ares busque desde su computadora va a expandirse como resultados en todas las coincidencias de todos los archivos que haya dentro de todas las carpetas My Shared Folder del resto de los cibernautas. También se ubicaron rastros de otros programas de descarga como el “uTorrent”, utilizado para descargas masivas de películas, juegos, etc. Dentro de la carpeta de uTorrent se

detectó material de pornografía infantil aunque no se logró especificar que estuviese compartido ya que eran disco duro que oficiaban de disco duro externo.

b) R. A. T. utilizaba el programa EMULE para la descarga de pornografía infantil, ubicándose en su registro un total de 68.9 GB. Asimismo se pudo establecer que compartió 940,44GB a través de INGOMING. Los archivos fungen **compartidos** en su totalidad. Su computador personal fue localizado dentro de los programas instalados en el equipo el programa de intercambio de archivos llamado Emule. Dentro del mismo, se pudo visualizar que 361 archivos de video además de haber sido descargados mediante el mismo, habían sido compartidos y estaban a disposición del resto de los usuarios de la red. Visualizando la sección de estadísticas del programa se pudo ver que transfirió un total de 940,44 GB al resto de los usuarios de la red desde el día 23/11/2014. Ese fue el caudal que generó hacia otros usuarios, en definitiva eso fue lo que compartió. El archivo contenía 361 videos (compilados de abuso sexual a menores) y el 25% de ellos tienen una duración de más de 30 minutos. En horas de visualización de reproducciones de videos de pornografía infantil, se estima aproximadamente siete días y medio sin interrupciones.

c.- J. H. C. utilizaba el programa EMULE para la descarga de pornografía infantil, ubicando un total de 44 archivos. Se estableció que el mismo **compartió** un total de 8.99 GB de dicho material. En efecto, en su carpeta de “compartidos” se localizaron archivos PTHC característicos de pornografía infantil.

d.- D. A. J. tenía en su poder un disco donde guardaba archivos al que llamó **14.rar**, archivo comprimido conteniendo nueve archivos de videos de pornografía infantil, sexo explícito de menores de edad. Utilizaba el programa EMULE a sabiendas de la difusión simultánea a otros

cibernautas. Aún cuando borró todo lo descargado, se pudo constatar que permanecieron rastros de tráfico de entrada y salida, corroborando archivos ocultos de meta datos del programa que compartía. El indiciado poseía tres computadoras, una al lado izquierdo de su cama, otra a sus pies y otra a su derecha; en una de ellas (identificada como N° 2) utilizaba el programa de intercambio de archivos “p2p” Emule. Este ordenador tenía la particularidad que poseía dos sistemas operativos de arranque, Windows 8 como primario. Allí no tenía instalado el programa Emule, tenía tres discos internos identificados con las letras “C, D y E”. En el disco E se identificó una carpeta con “archivos de programas”. En este sitio se encontró el ejecutable de Emule donde se hallaron todas las carpetas de instalación del mismo así como de la carpeta Incoming (que es la de intercambio). En la carpeta “known.met”, archivo donde se guardan todos los metadatos de información interna encriptada, se detectó 890 registros de archivos compartidos o difundidos, que brindó información del nombre del archivo, el tamaño, el tipo de archivo, el hash o identificador único del archivo, la cantidad de peticiones recibidas sobre un determinado archivo, peticiones aceptadas y el total de bites transferidos.

2.- Los encartados admitieron que son consumidores del material y vienen realizando la actividad desde tiempo atrás, con conocimiento de los programas y claves para acceder a la descarga del material pornográfico infantil. Todos utilizaron el contrato de ADSL y aquellas descargas las efectivizaban a través del programa de intercambio de archivos “EMULE” donde constataban que otros usuarios compartían sus archivos de pornografía infantil, propiciando de ese modo el trasiego y difusión de diferentes archivos que tenían almacenados. J. B., D. J., R. T. y J. C. utilizaban el programa EMULE con conocimiento que otros pedófilos compartían el material que los prevenidos cargaban, utilizando asimismo

los archivos de los otros internautas porque funcionan en su gran mayoría “compartidos”; en efecto, obtenían como crédito o beneficio, la posibilidad de descargar más archivos en menor tiempo y de acceder a material de otros usuarios no bloqueados, pues de esta manera no evitaban que otros descargasen archivos por ellos ya descargados. En definitiva permitían que otros usuarios conectados a la red a través de EMULE le descargasen los archivos de pornografía infantil que tenían almacenados. Es de destacar que el programa EMULE es un programa de intercambio de archivos basado únicamente en un servidor con un motor de búsqueda. Cuando el usuario selecciona “descargar”, la información baja a la carpeta que el mismo programa EMULE creó en forma automática a menos que el usuario receptor derive la información a su equipo, privando a otros el acceso a la misma. Empero, el archivo puede quedar disponible para compartir con otros usuarios con el mismo nombre que fue descargado -modalidad utilizada por los indagados- quienes en definitiva tienen el gobierno de la resolución de permitir que otros usuarios accedan a descargar las carpetas personales lo que a la postre facilita una descarga más veloz puesto que le genera un beneficio o crédito como usuario. Los prevenidos pudieron haber evitado la difusión de sus archivos de pornografía infantil, almacenando estos en una carpeta que no fuera compartida o en su caso, si hubieran advertido en la barra inferior que otros usuarios le copiaban material, debieron cancelar el progreso de subida de archivos, impidiendo de esa forma la difusión del material acopiado. Al no hacerlo -y de ello eran conscientes- facilitaron que otros usuarios del servidor accedieran a su material, propiciando así la difusión del producto ilícito.

3.- Se entiende por pornografía infantil “cualquier material auditivo o visual en el que se emplee a un menor en un contexto sexual”. Según los informes explicativos de los Convenios de Budapest y Lanzarote, las

conductas sexualmente explícitas deben abarcar al menos los siguientes actos reales o simulados: a) relaciones sexuales, incluyendo genital-genital, oral-genital, anal-genital o oral-anal entre niños o entre un adulto y un niño del mismo o de distintos sexos; b) bestialismo; c) masturbación; d) abusos sádicos o masoquistas en un contexto sexual o e) exhibición lasciva de genitales o del área púbica del niño. El material incautado contiene la totalidad de las modalidades consignadas, reconociendo los indagados que con ello se excitaban y masturbaban.

4.- La prueba que sirve de fundamento a la presente resolución se sustenta en las actuaciones administrativas a cargo del Departamento de Investigación de Delitos Complejos de la Dirección General de Lucha contra el Crimen Organizado e Interpol; diligencias de allanamiento, actas de incautación, carpeta de información de análisis técnicos; declaraciones de C. G. V., W. C., R. T., J. R., W. R., H. C. y deposiciones de los indagados J. B., D. J., R. T., J. C. y A. A., debidamente ratificadas en presencia de su letrado patrocinante.

CONSIDERANDO

1.- En esta etapa del proceso se trata de resolver si se configura prueba suficiente que legitime el enjuiciamiento impetrado por la Representación Fiscal, sin que ello implique prejuzgar o emitir una conclusión definitiva (art. 125 inc.4 literales a y b y art. 132 del CPP). La base fáctica necesaria para la imputación penal está constituida por la probabilidad del hecho incriminado, lo que constituye un grado inmediato anterior a la certeza requerida sólo para la sentencia de condena.

2.- De la emergencia de obrados y hechos precedentemente reseñados fluye la existencia racional de elementos de juicio idóneos para atribuir a J. B.,

D. J., R. T. y J. C. su participación en un acto que prima facie integra la materialidad del tipo delictivo consagrado en el art. 2 de la Ley 17815, desde que mediante la utilización del programa de intercambio de archivos “EMULE” descargaban material pornográfico infantil, facilitando que otros usuarios tuvieran acceso a sus archivos y así la difusión en red. No se puede solapar lo avieso con febles manifestaciones tendientes a posicionar la conducta en un soporte de mera inmoralidad cuando el comportamiento relevado prohija la explotación del tráfico pornográfico infantil. Los supuestos de intercambio de archivos de material pornográfico infantil son claramente subsumibles en el concepto de difusión pues si bien los sujetos no envían material pornográfico a los destinatarios, permite que otros accedan al mismo, poniéndolo por tanto a disposición de terceros. El problema de la distribución de archivos pornográficos en los que hayan intervenido menores debe ser analizado caso por caso, en función de las características del material intervenido y el conocimiento por parte del autor de los hechos de los medios informáticos. Todos mostraron ser avezados en el manejo de las herramientas cibernéticas, y en el acceso a sitios específicos utilizando códigos conocidos sólo por pedófilos como PTCH, BIBIGON, BOYMASMAN, PT, 8YO, 9YO etc.

3.- Corresponde adscribir el art. 2 de la Ley en la modalidad “difundir” en tanto propagación o divulgación de las imágenes pornográficas sin que medie necesariamente el desplazamiento del soporte ni resulte determinante la nota de onerosidad.

Los prevenidos difundieron el material pornográfico mediante contactos que mantenían en foros con otros pedófilos a nivel mundial. Tal difusión implica un apartamiento al plano de la privacidad por lo que no se subsume en acopio de material para saciar su exclusiva lascivia. Basta con que el

agente haga conocer el material a una o varias personas por cualquier medio para adscribir el verbo “exhibir” que es una forma de difusión más acotada (Cfme. TAP 4º sent. 287/12 RDP N° 22 caso 437 pág. 444-445).

La difusión se plasma sin ambages en la metodología informática utilizada por los encausados al “bajar” este tipo de archivos a través de programas de intercambio como Emule y cuando baja los archivos simultáneamente los comparte (Cfme. Sentencia 213/10 TAP 2 RDP N° 21 caso 252 pág. 429)

4.- Atento a la naturaleza y accionar delictivo de los indiciados se habrá de disponer sus enjuiciamientos y prisión preventiva, justificándose ampliamente la intimidación inhibitoria que impetró la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 3er. Turno, siendo menester precisar que no le va en zaga las apreciaciones de los distinguidos Defensores, discrepando con la medida cautelar incoada. La Ley 17726 en su art. 2 faculta al Magistrado a no disponer la prisión preventiva cuando entienda que no haya de recaer pena de penitenciaría. Se enmarca de esta manera el baremo objetivo que ha de tener presente el Juez para resolver al respecto, que irremediablemente imbrica en forma proyectiva con la eventual pena a aplicar. Así nos enfrentamos al dilemático ámbito de educción de la pena. De ello dan cuenta ilustres doctrinos como Hassemer señalando que “la determinación de la pena es desde hace un tiempo un muro de lamentaciones de los penalistas, tanto del campo de la ciencia como del foro. Es que la dogmática de la determinación de la pena, es decir la elaboración sistemáticamente de los criterios establecidos por la ley, no ha alcanzado un grado de precisión y transparencia como el de la dogmática de los presupuestos de punibilidad” (Winfried Hassemer – Fundamentos de Derecho Penal pág.137). Por su parte Zaffaroni enseña que “ha operado un raquitismo teórico en orden a la cuantificación penal a la par que el ámbito

de la teoría del delito desarrolla una hipertrofia discursiva” (Derecho Penal Parte General Tomo I pág. 949). No obstante, corresponde resaltar que la prisión preventiva se entroniza en regla procesal por sus fines o teleología y norma material por sus efectos u ontología por ello se concluye que la misma representa una norma ambivalente o compleja. Pervive entonces el régimen general (regla procesal) que habilita la prisión preventiva cuando exista prueba pendiente de diligenciamiento y esta pueda frustrarse cuando el detenido sea puesto en libertad y obstaculice el derrotero procesal en curso. Empero, ello no exime al decisor de una apreciación ontológica en la que se visualice el grado de lesividad del bien jurídico tutelado que resultó fuertemente conmovido con el proceder estructural de la maniobra.

5.- Por estos fundamentos y de conformidad a lo establecido en los arts. 15 y 16 de Constitución de la República, 125 y siguientes del CPP; 1, 3, 5, 18, 60 del Código Penal y art. 2 de la Ley 17815

RESUELVO:

- 1.- Decretar el procesamiento y prisión preventiva de J. E. B. C., D. A. J. F., R. A. T. A. y J. H. C. C. bajo la imputación de un delito continuado de violación a las disposiciones contenidas en el artículo 2 de la Ley 17815 en la modalidad difusión de material pornográfico con la imagen u otra representación de una o más personas menores de edad o incapaces.
- 2.- Póngase la constancia de estilo de encontrarse los prevenidos a disposición de esta Sede, labrándose la correspondiente comunicación a Jefatura de Policía de Montevideo.
- 3.- Solicítese y agréguese planilla de antecedentes judiciales e informes complementarios que fuere menester.

4.- Téngase por designada como Defensora de T. a la Dra. Nadia Rodas y por el resto de los imputados al Dr. Daniel Machado.

5.- Téngase por ratificadas e incorporadas al sumario las presentes actuaciones con noticia de la Defensa y del Ministerio Público.

6.- Practíquese pericia psicológica y psiquiátrica a los imputados por técnicos de ITF

7.- Se dispone el cese de detención de A. M. A. y formación de pieza presumarial a su respecto, con testimonio de las presentes actuaciones, que será puesta al Despacho con carácter de urgente

Dr. José María Gómez Ferreyra

Juez Letrado