

//tencia No.315

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR TABARÉ SOSA AGUIRRE

Montevideo, veintisiete de abril de dos mil veintitrés

VISTOS:

Para sentencia definitiva esta causa caratulada: "1) AA. 2) BB. 3) CC - UN DELITO DE ALMACENAMIENTO Y DIFUSIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO EN EL QUE APARECE LA IMÁGEN O CUALQUIER OTRA FORMA DE REPRESENTACIÓN DE UNA PERSONA MENOR DE EDAD - PROCESO ORDINARIO - CASACIÓN PENAL", IUE: 2-34699/2019, venida a conocimiento de esta Suprema Corte de Justicia en mérito a los recursos de casación interpuestos por las Defensa de los formalizados BB, CC y AA [a cargo de los Dres. Pablo Lamela, Alejandra Aragunde y Federico Quinteros, respectivamente] contra la sentencia definitiva No. 17, de fecha 23 de marzo de 2022, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2do. Turno.

RESULTANDO:

I.- Por el mencionado, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2do. Turno [Sres. Ministros Dres. Miguez, Balcaldi y Tapie (r)] falló: "*Revócase la sentencia de primera instancia apelada en cuanto dispuso la absolución de AA; BB y CC. En su lugar dispónese la condena de AA, como autor penalmente responsable de un delito previsto en el artículo 2 de la ley N° 17.815, en la redacción dada por la ley N.º*

19.643, en la modalidad de difusión de material pornográfico en el cual aparecen personas menores de edad, a sufrir la pena de dieciocho (18) meses de prisión; de BB y de CC como autores penalmente responsables de un delito previsto en el artículo 2 de la ley N.º 17.815, en la redacción dada por la ley 19.643, en la modalidad de difusión de material pornográfico en el cual aparecen personas menores de edad, a sufrir cada uno de ellos, la pena de veinticuatro (24) meses de prisión y de sus cargos los gastos del proceso, alimentación, vestido y alojamiento durante el proceso y la condena que eventualmente se generen (artículo 105 literales d) y e) del Código Penal). Oportunamente devuélvase a la Sede de Origen" (fs. 140/161).

La sentencia que antecede fue ampliada por interlocutoria No. 185/2022 en la que se dispuso: "ha lugar a los recursos de ampliación interpuestos y en su mérito se incorpora al fallo: las penas de prisión impuestas serán cumplidas en régimen de libertad vigilada bajo las siguientes condiciones: a) la obligación de fijar domicilio en un lugar determinado donde sea posible la supervisión por la Oficina de Seguimiento de la Libertad Asistida. B) La sujeción a la orientación y vigilancia permanentes de la referida oficina. C) la obligación del ejercicio de

una profesión, oficio, empleo, arte, industria y comercio bajo las modalidades que se determinen en el plan de intervención. D) la obligación de presentarse una vez por semana en la Seccional Policial correspondiente al domicilio fijado conforme a lo dispuesto en el literal A) de este artículo (...)" (fs. 177/182).

A su vez, el pronunciamiento anterior emanado del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 30mo. Turno [juicio oral a cargo del Dr. Marcelo Souto Etchamendi] por sentencia No. 198, de fecha 7 de septiembre de 2021, había fallado: *"Absuélvase a AA, CC y BB del delito de almacenamiento con fines de distribución o consumo habitual que se les imputa, y en su mérito dispónese su libertad definitiva cancelándose las inscripciones en el Registro Nacional de Antecedentes Judiciales (...)"* (fs. 74/94).

II.- En tiempo y forma, la Defensa del imputado Pereira interpuso recurso de casación contra la referida sentencia dictada por el "Ad Quem". Los fundamentos volcados en el libelo introductorio del medio impugnativo (fs. 221-224) son, básicamente, los siguientes.

a) La tipificación efectuada es incongruente, en tanto la acusación del

Ministerio Público versó sobre el delito de almacenamiento con fines de distribución o consumo habitual de pornografía infantil, mientras que el Tribunal condenó por la comisión de un delito de difusión de material pornográfico en el cual aparecen personas menores de edad.

Aclaró que esta modificación no puede sostenerse, ni siquiera a través del principio *iura novit curia* y que la modificación aparejada le significó indefensión, en tanto su estrategia de defensa se realizó en base a la tipificación planteada y no por la que finalmente se condenó.

b) Expresó que la valoración probatoria de la Sala fue incorrecta, ya que consideró probado el delito por la sola existencia de los programas P2P descargados. Entendió que debía probarse el almacenamiento y luego, la distribución o consumo habitual. Se remitió a las consideraciones hechas en otras oportunidades.

Manifestó que el Tribunal dijo "disponible" y estar disponible no se encuentra penado por nuestro ordenamiento, pues no es lo mismo que "difundir".

c) Por último, le causó agravio el hecho de que el Tribunal le impusiera una

pena de veinticuatro meses de prisión, a cumplirse en régimen de libertad vigilada. En tal sentido, expresó que el fallo no fundamenta el porqué del *quantum punitivo*, que su defendido colaboró con la investigación, que dio cumplimiento a las medidas cautelares, que tiene treinta años y que es una persona de trabajo y familia.

En tiempo, se presentó la Defensa de CC e interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por el "Ad Quem". En su escrito, glosado a fs. 225-227, señaló:

a) Existió una errónea aplicación del derecho, ya que el Tribunal no analizó los argumentos brindados por Fiscalía respecto al almacenamiento para distribución o consumo, pero finalmente imputó por difusión. Señaló que el perito Pereyra expresó que "distribución y difusión no pudimos determinar" y citó el artículo 2° de la Ley No. 17.815.

b) Argumentó que la Fiscalía no cumplió con el art. 127 del CPP, la acusación no fue clara y creó una indeterminación en su acusación que colocó al imputado en un estado prácticamente de indefensión.

Por último, la Defensa técnica del imputado AA interpuso recurso de casación contra la mencionada sentencia. En tal sentido, a fs. 228-232, expresó:

a) que la calificación delictual adolece de errores, ya que los hechos probados no se subsumen en el tipo penal. Refirió que el Tribunal entendió por difusión la existencia del programa P2P Bit Torrent, pero la perito Pereyra expresó en audiencia que "Distribución y difusión nosotros no pudimos determinar" y que del celular donde se encontró el video por el que se condena a su defendido no surgía que tuviese el programa P2P Bit Torrent.

Además, agregó que tampoco se pudo determinar el origen del video, ya que es posible que alguien de forma externa se lo enviara.

Por lo tanto, mientras que el Tribunal señaló que el programa lo "utilizaron todos los encausados", quedó demostrado que no fue utilizado por AA. En este sentido, señaló que si la base para entender la distribución es el referido programa, al no tenerlo instalado, la conclusión lógica es que no podía difundir el material.

Por otra parte, señaló que el tipo penal requiere que la persona sea menor de edad, lo que implica que la persona que aparezca en el video necesariamente debe tener menos de 18 años; sin embargo, señaló que la edad fue determinada exclusivamente en forma subjetiva por el funcionario policial Marrero, y que cuando se lo interrogó a su respecto manifestó que

"cuando tiene la apariencia de adolescente, en realidad no puedo asegurar que tienen 15, 16, 17 o 18 recién cumplidos, por eso tienen apariencia de menor de edad".

Razón por la cual entendió que quedó patente el grado de subjetividad al determinar que tiene "apariencia de menor de edad". Además agregó que sin perjuicio de que indicó que en un principio señaló que la corroboración de la edad la realizó con sus superiores, luego se contradijo, dando cuenta de que lo analizó él solo.

Por último, alegó que si bien se puede argumentar que en el pasado se determinó que tal programa "difundía", es sabido que los programas tienen distintas versiones con distintas funciones, razón por la cual debía demostrarse que el programa tenía aptitud para compartir.

III.- Por providencia No. 254, de fecha 4 de mayo de 2022 (fs. 233), se confirió traslado de los recursos a la Fiscalía interviniente quien lo evacuó y bregó por su rechazo (fs. 244-249).

IV.- Por decreto No. 401, de fecha 23 de junio de 2022, se ordenó que se elevaran los autos a la Suprema Corte de Justicia con las formalidades de estilo.

La causa fue recibida en esta Corporación el día 21 de julio de 2022 (nota de

cargo de fs. 269).

V.- Los autos pasaron en vista al Sr. Fiscal de Corte quien, en su dictamen, concluyó que corresponde desestimar los recursos movilizados (dictamen 000206 de 26 de septiembre de 2022, que obra a fs. 277/283 vto.).

VI.- Por decreto No. 1423, de fecha 29 de septiembre de 2022 (fs. 286), se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia.

VII.- Culminado el estudio y puestos los autos al acuerdo, se acordó emitir pronunciamiento en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad, desestimaré los recursos de casación interpuestos por la Defensas de CC y BB

Asimismo, todos los miembros naturales de este Alto Cuerpo concluirán que corresponde absolver del delito de difusión de material pornográfico en el que aparecen personas menores de edad al imputado AA. Ahora bien, la mayoría conformada por los Sres. Ministros Dres. Martínez, Minvielle, Morales y el redactor, ampararán el recurso de casación interpuesto y, en su mérito, anularán la sentencia en ese único punto, absolviendo en consecuencia al imputado AA de los cargos que se le imputan.

Por su parte, el Sr. Ministro Dr. Pérez Brignani, extenderá discordia -en parte- dado que a su juicio si bien corresponde la absolución por el delito de difusión, se deberá condenar al imputado AA como autor penalmente responsable de un delito previsto en el artículo 2 de la Ley No. 17.815, en la redacción dada por la Ley No. 19.643, en la modalidad de almacenamiento con fines de consumo habitual de material pornográfico en el que aparezca la imagen o cualquier otra forma de representación de una persona menor de edad o persona incapaz, a la pena oportunamente delimitada por el "Ad Quem", siendo todo ello así por lo subsiguiente.

II.- De modo preliminar, corresponde precisar que el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno condenó a: i) AA (oriental, soltero, nacido el día 5 de mayo de 1997), ii) BB (oriental, soltero, nacido el día 9 de abril de 1990) y, iii) CC (oriental, soltero, nacido el día 30 de julio de 1995), como autores penalmente responsables de un delito previsto en el artículo 2 de la Ley No. 17.815, en la redacción dada por la Ley No. 19.643, en la modalidad de difusión de material pornográfico en el cual aparecen personas menores de edad, a las penas anteriormente mencionadas en régimen de libertad vigilada y bajo las condiciones impuestas por interlocutoria No. 185/2022.

En lo que guarda relación con la plataforma fáctica que sirvió de sustento para la condena, la Sala señaló: *"El informativo judicial allegado a esta causa, permite tener por plena y legalmente probado que el día 10 de mayo de 2019 se inició una investigación por parte de la Fiscalía de Delitos Sexuales, Violencia Doméstica y Violencia basada en Género de 5° Turno en virtud de información recibida por Interpol (Área de Información-Departamento de Delitos Informáticos), proveniente de Interpol Chile, donde se daba cuenta que durante el lapso de tres meses aproximadamente, se había realizado una investigación que permitía detectar e identificar direcciones de IP de personas que se encontraban distribuyendo y almacenando archivos digitales de material pornográfico con alto nivel de violencia física y sexual hacia menores de 0 a 10 años de edad a través de la Red P2P Bit. Las conexiones incluyeron a treinta países, aproximadamente, habiéndose detectado en nuestro país al menos diez direcciones de IP que podían corresponder al mismo usuario o a usuarios diferentes. En virtud de ello, se solicitó información a la empresa Antel a los efectos de que aportaran datos identificatorios completos de los titulares de los contratos de ADSL a los que se les asignó las referidas direcciones IP, lo que surge del Informe 738/P/219.*

Obtenida dicha información se logró identificar cuatro domicilios y los respectivos titulares de ADSL de donde surgieron las comunicaciones de material pornográfico, efectuándose allanamientos con fecha 24 de setiembre de 2019, habiéndose incautado material que fue periciado por Policía Científica, informando la misma que respecto del imputado CC, se identificaron: 1) Objeto rotulado con el N° 10, perteneciente a un teléfono celular marca 'Xiaomi', en el que se localizaron 70 imágenes que corresponden a pornografía y erotismo de personas menores de edad (6 MB). 2) Objeto rotulado con el N° 13 A (Torre PC, marca Sentey), donde existen 43 videos sumando 3,16 GB donde se pueden ver imágenes de abuso sexual a menores de edad. 3) Objeto rotulado con el N° 14, perteneciente a un disco duro externo marca 'Duracel' donde se constató la existencia de 21 Torrent, compatibles con programas como Bit Torrent, Utorrent, etc., para descargar archivos de pornografía infantil, verificándose la presencia de 3504 imágenes que suman 1,07 GB, las que corresponden a pornografía y erotismo de personas con apariencia de menores de edad. En total se ubicaron 3117 archivos (más de 4 GB) con contenido pornográfico que involucra a personas menores de edad.

Respecto del imputado AA

se identificó un objeto rotulado con el N° 23, en el que se localizó un video llamado EO-2, en el cual se podía ver una femenina de apariencia menor de edad practicando sexo oral a un masculino, apreciándose una dirección URL en video 'ilovecphfjziywno.onion', lo cual se traduce como 'amo la pornografía infantil', refiriéndose la extensión 'onion' a un sitio alojado en el Deep web.

Con referencia al imputado BB se identificó un objeto rotulado con el N° 25, consistente en una Torre PC Comstar en la que se localizó un total de 1763 imágenes de personas menores de edad (1,49 GB) correspondiendo 1567 a femeninas en ropa interior reproduciendo poses eróticas y 187 con un tamaño de 50 MB, a abuso sexual sobre personas menores de edad.

Sustancialmente no se comparten las conclusiones jurídicas de la sentencia de primera instancia. Por el contrario, con los medios de prueba que la misma refiere, se probaron plenamente los hechos relacionados en la acusación por los que los tres imputados de autos, deberán ser condenados como autores de un delito de difusión de material pornográfico en el que aparecen menores de edad" (fs. 150 vto.-151 vto.).

En cuanto a la difusión

propriadamente dicha, el Tribunal, haciendo suyo el voto del Sr. Ministro Dr. Balcaldi Tesauero, enfatizó: *"Todos los encausados utilizaron el programa informático P2P Bit TORRENT lo cual lleva ínsito que automáticamente quedan a disposición de los que participan del mismo los archivos descargados. A mi juicio y compartiendo el criterio de la Suprema Corte, no es necesario que se sepa concretamente quién o quiénes utilizaron o bajaron un archivo de la carpeta compartida, alcanza que sea disponible. Como dije en aquel voto y reitero ahora se puede separar la acción ejecutiva de descargar con la de distribuir y por tanto es imprescindible que el archivo se baje en forma autónoma y no sea compartido. Estando probado el programa utilizado que es de carpetas compartidas, era carga de la prueba de la defensa acreditar que se realizó de manera autónoma y por fuera de la carpeta común y no lo hizo"* (fs. 159 vto.). Asimismo, en cuanto a la calificación delictual, el Colegiado, entendió que la conducta ilícita de los tres imputados se adecua al artículo 2 de la Ley No. 17.815 en la redacción dada por la Ley No. 19.643 en la modalidad de difusión de material pornográfico de personas menores de edad.

III.- Establecido lo anterior, se pasará a analizar cada uno de los recursos movilizados en autos.

En tal sentido, se pasará a analizar el recurso de casación introducido por la Defensa del imputado Pereira Pereira.

Toma nota la Corte que en primer término se agravió, pues a su juicio la Sala violó el principio de congruencia, en tanto que el Tribunal condenó por una modalidad delictiva que no fue requerida por la Fiscalía actuante al deducir acusación.

Desde ya se adelanta que el agravio no puede prosperar, pues de la mera lectura del auto de apertura a juicio se desprende lo contrario. En tal sentido, surge de la acusación admitida que la Fiscalía petitionó la condena de los imputados bajo la modalidad de *"almacenamiento con fines de consumo y difusión"*.

Por su parte, en el fallo en cuestión se los condenó por *"... un delito previsto en el art. 2 de la Ley No. 17.815, en la redacción dada por la Ley N° 19.643, en la modalidad de difusión de material pornográfico en el cual aparecen personas menores de edad..."* (fs. 160 vto.).

Asimismo, la sinrazón de su postura se aprecia desde el momento en que señala que le causó indefensión porque no pudo ofrecer prueba sobre el punto e indicó que esto afectó la forma en que determinó su estrategia; sin embargo, a poco que se

repan los interrogatorios efectuados en audiencia se observa que, precisamente, las estrategias utilizadas por las Defensas -entre ellas, las preguntas efectuadas a los peritos- implicaron un desarrollo respecto a la existencia o no de difusión.

En autos, la difusión que tipificó la Sala tiene su base en la utilización de la red P2P. En tal sentido, en la acusación se relató claramente el modo de operar de los indagados *"que permitió detectar e identificar direcciones IP de personas que se encontraban distribuyendo y almacenando archivos digitales de material pornográfico con alto nivel de violencia física y sexual hacia menores de 0 a 10 años de edad, a través de la Red P2P Bit"*. La operativa a través de la red P2P integró el debate y el objeto del juicio, sirviendo de fundamento en la acusación para tipificar el delito de difusión de pornografía infantil.

En definitiva, concluye la Corte que no existió la incongruencia denunciada ni, menos, vulneración alguna del derecho de defensa efectiva en juicio.

En un segundo sector de agravios, a juicio de la Defensa de BB existió errónea valoración de la prueba, pues se consideró probado el delito en la modalidad de difusión por la sola

existencia de programas P2P descargados.

Sobre la cuestión -agravio que guarda relación con la errónea valoración de la prueba- existen dos posiciones en la Corporación y, en consecuencia, se pasará a exponer cada una de ellas para luego pasar a la resolución del caso.

(a) Posición de los Sres. Ministros Dres. Martínez, Minvielle, Pérez y Morales sobre la valoración del material probatorio en materia de casación penal a la luz del NCPP.

En lo inicial, recuerdan los mencionados Sres. Ministros que ha dicho esta Corte que: *"(...) el Código del Proceso Penal, vigente a partir del 1° de noviembre de 2017, implicó un cambio relevante en relación a la errónea valoración de la prueba como causal de casación en comparación al anterior régimen procesal penal del Decreto-Ley No. 15.032. A saber, en el C.P.P. vigente a partir de 2017, Ley No. 19.293, en su artículo 142 se prescribe: '(Valoración de la prueba). Las pruebas serán valoradas por separado y en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa. El tribunal indicará concretamente el o los medios de prueba que constituyan el fundamento principal de su decisión'. A su vez, al regularse el recurso de casación, en el*

artículo 369 se establece: '(Remisión y particularidades). Con respecto al recurso de casación en materia penal se aplicarán en lo pertinente, las disposiciones del Libro I, Título VI, Capítulo VII, Sección VI del Código General del Proceso (...)'. A partir del marco normativo descrito, el régimen de valoración de la prueba como causal de casación que rige las causas tramitadas bajo el nuevo CPP es el mismo que rige para las causas civiles. En este sentido, se expidió un reciente estudio sobre el punto (Cfme. Doninalli, L y Flores, C: 'El recurso de casación en el Proceso Penal', publicado en: VV.AA., Alejandro Abal Oliú -Coordinador-, 'Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal -Ley No. 19.293-', Tomo 2, FCU, Montevideo, 2019, págs. 71 y ss.)" (cfme. sentencias Nos. 57/2021 y 111/2021).

Los antes nombrados estiman que la causal de errónea aplicación de las normas de admisibilidad o de valoración de la prueba, se reduce a las hipótesis en las que se violen las tasas legales en supuestos de prueba tasada o, como en el caso, cuando corresponda aplicar el sistema de la sana crítica y se incurra en absurdo evidente, por lo grosero e infundado de la valoración realizada (cfme. sentencias Nos. 594/2013, 452/2013, 273/2013, 4.248/2011, 52/2010, 441/2017, 1.094/2019, entre muchas otras).

Los Sres. Ministros Dres. Martínez, Minvielle, Pérez y Morales participan del criterio conforme con el cual la errónea valoración de la prueba como causal de casación -en sede civil y penal- presenta ciertas particularidades en nuestro ordenamiento jurídico: no cualquier error en la valoración puede ser invocado como error de derecho revisable en casación, sino solo aquellos errores groseros, que configuren un absurdo evidente o una arbitrariedad manifiesta.

En este punto, la Corte ha sostenido desde larga data, con base en el artículo 270 del CGP, lo siguiente: *"A pesar de que la referida disposición prevé, incluso, como causal de casación la infracción a las reglas de admisibilidad o de valoración de la prueba, al ámbito de la norma queda circunscripto a la llamada prueba legal, o sea aquella en que la propia Ley prescribe que verificándose ciertos presu-puestos por ella misma indicados, el Juez, aunque opine distinto, debe darle el valor y eficacia previamente fijados; o en el caso de apreciación librada a las reglas de la sana crítica, cuando incurre en absurdo evidente, por lo grosero e infundado. Es jurisprudencia constante de esta Corporación que tanto la revisión de la plataforma fáctica como la revalorización de la prueba no*

constituyen motivo casable, por cuanto el ingreso a ese material convertiría a esta etapa casatoria o de revisión meramente jurídica, en una tercera instancia no querida por el legislador. A mayor abundamiento: el ingreso al material fáctico en instancia casatoria requiere una condición o código de acceso ineludible: es menester que el error en la valoración de la prueba en que haya incurrido la Sala de mérito configure un absurdo evidente, un razonamiento notoriamente ilógico o aberrante, en suma, que la infracción a la regla de derecho contenida en el art. 140 C.G.P. revista una excepcional magnitud, fuera de toda discusión posible” (cfme. sentencias Nos. 829/2012, 508/2013, 484/2014, 593/2017 y 647/2018 entre otras).

El criterio antedicho impone, lógica y legalmente, dos condiciones necesarias para el progreso de un agravio fundado en un error en la valoración de la prueba.

La primera condición requerida es que quien recurre en casación debe denunciar, alegar un error o vicio en el razonamiento probatorio de segunda instancia de una entidad tal que amerite su calificación como absurdo o arbitrario en forma evidente. Sin esta alegación de la parte, el agravio resulta improponible. Va de suyo que la denuncia de un error de valoración de esa magnitud no está

condicionada a ninguna fórmula sacramental, más si se requiere que se describa un error de la entidad superlativa mencionada. El recurrente, entonces, se ve gravado con una particular carga de alegación.

En segundo lugar, la alegación del absurdo o arbitrariedad debe ser demostrada. Una vez que se releva por la Corte que se cumplió con la primera condición referida, debe analizarse si, efectivamente, se verifica el error alegado.

(b) Posición del redactor sobre la valoración del material probatorio en materia de casación penal.

A juicio del redactor, el error en la apreciación de la prueba como causal de casación no debe interpretarse restrictivamente ya que las reglas de la sana crítica y de la experiencia configuran pautas legales consagradas expresamente en la norma procesal y por ende su infracción puede alegarse en el proceso de casación, en este proceso de impugnación que se ventila ante el grado supremo de la jerarquía judicial.

Sobre la valoración de la prueba en materia casatoria penal al amparo del CPP (1980), ya se tuvo la oportunidad de emitir pronunciamiento, plasmando tal criterio en sentencias

Nos. 1405/2019 y 1406/2019 de esta Corporación (entre otras) -algunos de cuyos párrafos se citarán "supra"-.

Similares conclusiones adoptaba el redactor en hipótesis en las cuales el recurso de casación movilizado lo era al amparo de los artículos 268 y siguientes del Código General del Proceso -para causas cuya segunda instancia proviene de los Tribunales de Apelaciones en materias diferentes a la penal- (véanse algunos casos en que debió integrar éste máximo órgano jurisdiccional por haber sido sorteado para integrarlo como Ministro de Tribunal de Apelaciones, entre otras Nos. 800/2014, 1918 /2017; e integrando ya esta Corte, sentencias Nos.: 1446/2019 y 1433/2019 entre otras).

Sobre el punto ha sostenido el redactor, en conceptos trasladables: *"...la valoración probatoria realizada por el órgano de alzada no resulta, en principio, excluida del control casatorio.*

En tal sentido, señala HITTERS, en cuanto a '... la problemática del control de la aplicación de las reglas de la sana crítica en casación. En efecto, tiempo atrás se planteó la duda de si dichos preceptos son 'normas jurídicas' o 'simples reglas lógicas' que gobiernan el pensamiento; y la temática no es puramente ateneísta, sino que tiene

profunda raíces prácticas, ya que si pudiéramos encarrilar a estas reglas dentro de la primera corriente -la tesis normativista- su infracción entraría fácilmente dentro de los limbos de la inaplicabilidad de ley o doctrina legal (art. 279 del cód. de Proced. Civil y Com. De la Prov. de Bs. As.); en cambio sí nos adscribimos a la otra postura -la tesis directista al no constituir dichos esquemas otra cosa que pautas o simples consejos de prudencia, su violación para entrar en el ámbito casatorio debe llegar al extremo del absurdo o de la arbitrariedad' (cf. HITTERS, Juan Carlos: 'Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación', LEP, 2ª Edición, La Plata, 1998, págs. 459/460).

(omiss)

'El error en la apreciación de la prueba como causal de casación no debe interpretarse restrictivamente ya que las reglas de la sana crítica y de la experiencia configuran pautas legales consagradas expresamente en la norma procesal, esto es, constituyen 'verdaderas leyes o normas de prueba, y por ende su infracción podía [puede] alegarse en casación...' (cf. HITTERS, Juan Carlos: 'Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación', pág. 460).

(omiss)

En conceptos trasladables, citando a DE LA RÚA concluye que: 'La sana crítica es, pues, un sistema consagrado por las normas jurídicas; su infracción viola éstas...' (cf. DE LA RÚA, Fernando, 'El recurso de casación', Víctor P. De Zavalía -Editor-, Buenos Aires, 1968, pág. 405).

A partir de lo anterior, a diferencia de la mayoría -añade el Dr. Tabaré SOSA- y, en la medida en que se ha invocado como causal de casación la vulneración o errónea aplicación del art. 140 del C.G.P., es posible ingresar al análisis de la hipotética infracción a las reglas legales de la sana crítica, sin requerirse la concreción de supuesto de absurdo evidente.

En efecto, una transgresión a las pautas legales de valoración probatoria previstas por el art. 140 del C.G.P. constituye causal casatoria, dado que, tal hipótesis resulta subsumible en los supuestos previstos en el art. 270 del C.G.P. y primera parte del art. 277.3 'ejusdem', aun cuando la infracción no pueda ser calificada como grosera, arbitraria o absurda (cf. VAN ROMPAEY, Leslie: 'Casación y las Reglas de la Sana Crítica' en Tribuna del Abogado, No. 137, marzo-mayo, Montevideo, 2004, págs. 6 y ss.)".

Para la materia penal, con

referencia al Código anterior, se observaba en tal orden de ideas, que sin detenernos en el problema epistemológico que supone determinar qué se entiende por verdad de los hechos en el proceso y cuándo, en qué condiciones y con qué medios puede ser alcanzada, para interpretar el significado y alcance normativo de "hechos dados por probados" cuya discusión en casación obturaría ab initio el texto del inciso 2 del artículo 270 del CPP, es decisivo tener en cuenta que es el principio de inmediación procesal lo que ha llevado a que en casación no pueda controlarse la valoración de la prueba, pero sólo entendida como limitación referida al proceso interno del juez; nada obtura controlar la expresión que el juez ha hecho de ese proceso dentro de la fundamentación de la sentencia. Ello es así, como baluarte garantista que haga realidad el derecho a la prueba que debe reconocerse a las partes.

Forzoso es significar que se aceptan los certeros conceptos de BINDER BARZIZZA ("El proceso penal", ILANUD FORCAP, San José, Costa Rica - 1991, págs. 80-81) cuando enseña: *"En cuanto al recurso de casación, no resulta tan importante determinar su origen y evolución histórica cuanto señalar que, por lo general, está ligado a sistemas procesales más respetuosos del sistema de inmediación."*

Aquí el problema es el

siguiente: el Juez de primera instancia ha tenido una observación directa de la prueba y, sobre la base de esa observación directa ha dictado un fallo, en el que construyó los hechos y determinó o definió el derecho aplicable al caso. Ese fallo se materializó en una sentencia que, como hemos visto y corresponde a las garantías judiciales mínimas, debe estar fundada, es decir, expresar los razonamientos que permitieron al Juez arribar al fallo. ¿Cómo controlar ese fallo sin afectar el principio de inmediación? He aquí el problema.

Tradicionalmente, el recurso de casación 'respondió' circunscribiéndose al control de la aplicación del Derecho, sin ingresar a la construcción de los hechos. De ahí la clásica concepción del recurso de casación como un recurso 'técnico', limitado a las 'cuestiones de derecho'.

Sin embargo, la evolución de la conflictividad social y las propias necesidades políticas de un mayor control hicieron evolucionar al recurso de casación hacia formas más amplias, capaces de ejercer un mayor control.

No obstante, el recurso de casación tiene un límite que ha sido, hasta ahora, infranqueable: ejerce, fundamentalmente, un control sobre la sentencia y sobre sus fundamentos ya que, por

imperativo del principio de inmediación, no puede ir más allá. Esto da lugar a dos consecuencias principales.

La primera consiste en que el recurso de casación es, fundamentalmente, un recurso que solamente anula ('casa') la sentencia de primera instancia ('reenvío'). En circunstancias excepcionales, es decir, cuando el error en la aplicación del Derecho es tan evidente que no se necesita prueba para tomar la decisión -por ejemplo, cuando se ha condenado por un delito que no existe-, el juez revisor puede dictar un nuevo fallo directamente, sin 'reenvío'.

La segunda consecuencia es que el recurso de casación no puede controlar la valoración de la prueba entendida como proceso interno del Juez. Lo único que puede controlar es la expresión que el Juez ha hecho de ese proceso dentro de la fundamentación de su sentencia. De este modo, el control se limita a determinar si esa expresión o fundamentación de la valoración de la prueba ha seguido los pasos lógicos que normalmente aceptamos como propios de un pensamiento correcto".

Entonces, como los jueces, de conformidad con el artículo 174 del CPP, deberán apreciar la eficacia de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica; "puede afirmarse que el

criterio de valoración de la prueba penal deberá ajustarse a las 'reglas de la sana crítica' concebidas como las reglas del correcto entendimiento humano, suma de lógica y de experiencia vital, según la imperecedera concepción de Eduardo J. Couture, sin cortapisas ni predeterminaciones legales de especie alguna" (cfme. BERMUDEZ, V. "Los medios de prueba en Curso sobre el Código del proceso penal. Ley No. 15.032". Editorial Fundación de Cultura Universitaria, pág. 319).

Dicha pauta, coloca a la sana crítica como una regla legal y de conformidad con el artículo 270 inciso 1 del CPP el recurso de casación puede fundarse *"en la existencia de una infracción o errónea aplicación de normas de derecho en el fondo o en la forma"*.

Y cabe observar que las reglas del raciocinio, como explica FAIRÉN GUILLÉN (*"Reglas de la sana crítica y casación"*, en Revista de Derecho Procesal 1991, 1 -española- pág. 14) no se aplican en *"pura conciencia"*, antes bien, debe ésta formarse racionalmente.

Hace más de treinta años, en el año 1987 con una claridad meridiana GELSI BIDART decía: *"Hemos sostenido en otra oportunidad que en el recurso de casación la Suprema Corte puede revisar de qué manera se ha aplicado la norma que impone al juez*

la valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica, por tratarse de una disposición jurídica y por ende, ingresar directamente en la órbita competencial de la S. Corte. Las disposiciones de la casación, se refieren al 'material de hecho' (a.280) que existe en el expediente y atenerse a los hechos probados en el mismo. Pero si resulta que se dan por probados hechos por la aplicación inadecuada de la norma jurídica, la S. Corte puede y debe hacer la aplicación de ésta que corresponde. ¿De dónde surge que la S. Corte debe velar por la correcta aplicación de algunas normas jurídicas y no de todas? ¿Qué disposición concreta lo establece?. No se trata de 'discutir los hechos dados por probados en la sentencia... que se tendrán por verdaderos (a. 270 inc.2) sino de establecer si 'los jueces' han apreciado la eficacia de la prueba 'de acuerdo con las reglas de la sana crítica' (art. 174)" (Cfme. BIDART, G. "Casación penal: garantías procesales y sana crítica", Revista uruguaya de Derecho procesal, año 1987, número 4, editorial: Fundación de Cultura Universitaria, pág. 523).

Lo expresamente previsto en el inciso 2 del artículo 270 del CPP -"No podrán discutirse los hechos dados por probados en la sentencia, los que se tendrán por verdaderos"- no colide en forma alguna con el mandato previsto por el

codificador en el artículo 174 del CPP al exigirle al magistrado que valore las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica.

Dicha norma no se encuentra exceptuada de forma alguna en su control en casación y puede ser objeto de agravio, dado que, a juicio del redactor, la sana crítica es una regla legal y procesable ante esta Corporación al amparo del artículo 270 del CPP *"existencia de una infracción o errónea aplicación de normas de derecho en el fondo o en la forma"*.

También se dijo en diversos fundamentos de voto (régimen CPP 1980), lo que cabe ratificar integralmente en este caso donde rige el NCPP, que la posición antes sostenida *"... encuentra total asidero en la reciente legislación sobre el recurso de casación en el nuevo Código del Proceso Penal. En tal sentido, como se sostuvo en sentencia 212/2017 de esta Corporación: 'Agrega el Dr. Pérez Manrique que su posición se ve reforzada por ser doctrina más recibida y por haberse aprobado el régimen casatorio similar al C.G.P. al establecer el artículo 372 de la Ley No. 19.293 que: 'Con respecto al recurso de casación en materia penal se aplicarán en lo pertinente, las disposiciones del Libro I, Título VI, Capítulo VII, Sección VI del Código General del*

Proceso'.

En función de lo anterior (examen de ambos regímenes procesales), es pertinente recordar también que el universo de las pruebas judiciales no está inserto en un ámbito imperturbable, ajeno a los valores y a las concepciones sobre la sociedad y el proceso. Basta observar que la verificación de los hechos en sede jurisdiccional cambia según las visiones de la sociedad que se encuentra detrás de todo problema procesal y detrás de cualquier solución técnico-jurídica para resolverlo. Los principios que han de regir y sus particularizaciones no son abstracciones definibles dentro de categorías absolutas sino realidades cuyo perfil verdadero se observa a la luz del contexto de valores en que se encuentra inserto el legislador y el intérprete. No puede desconocerse que la norma del artículo 270 inc. 2 fue generada en el año 1980, como mecanismo de control y con sus también conocidas finalidades. Hoy, en contexto democrático y republicano, estrictamente garantista y respetuoso con los derechos fundamentales, el criterio hermenéutico de cualquier texto legal en materia probatoria no puede ser otro que el evolutivo a la luz de la actual realidad.

Por último, la solución técnico-jurídica se robustece y aumenta su relieve si se tiene presente, además, que las concepciones más moder-

nas sobre valoración racional de la prueba y el derecho a ésta como exigencia jurídica de racionalidad, señalan, como lo hace FERRER BELTRÁN, que el derecho a la prueba se integra de cuatro elementos fundamentales que no pueden desconocerse: a) a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión; b) el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso; c) derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas y d) la obligación de motivar las decisiones judiciales (Cfme. FERRER BELTRÁN, J. "La valoración racional de la prueba", Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 52 y ss.).

Como consecuencia de lo dicho, y atento a que el régimen de valoración de la prueba como causal de casación en el NCPP es el que rige para las causas civiles, es que la valoración en causas tramitadas ante el Nuevo Código del Proceso Penal no puede limitarse a hipótesis de absurdo evidente o arbitrariedad manifiesta.

Resumiendo, la solución básicamente es idéntica tratándose de recursos movili- zados, ya sea al amparo del CGP, CPP (1980) o NCPP (2017) por los motivos anteriormente reseñados.

(c) Bajo los parámetros antes indicados, se resolverá el caso concreto.

Desde ya se adelanta que

la Corporación, por unanimidad de pareceres, pero por diversos fundamentos, desestimaré el agravio en cuestión.

(c.1) En primer término, a juicio de los Sres. Ministros Dres. Martínez, Minvielle, Morales y Pérez, el recurso no cumple con las exigencias formales de admisión en el grado casatorio, lo que conduce al rechazo de la impugnación.

En efecto, la parte recurrente no cumple con denunciar un error o vicio en el razonamiento probatorio de tal entidad que permita ingresar al análisis del punto; en este grado -señalan los referidos Sres. Ministros- no alcanza con postular diferentes interpretaciones respecto al valor convictivo de las pruebas o el alcance de las expresiones vertidas por los peritos; si se pretende obtener una modificación de la plataforma fáctica, además de alegar la comisión de absurdo evidente o arbitrariedad manifiesta, debía indicársele a la Corte: (I) el medio de conocimiento que fue erróneamente valorado por los jueces de instancia; (II) qué dice de manera objetiva el medio; (III) qué infirieron de él los juzgadores de instancia; (IV) cuál mérito persuasivo le fue otorgado; (V) cuál fue el postulado o la regla de la sana crítica que se vulneró, que bien pudo ser la ciencia, la técnica, la lógica, la experiencia (leyes o máximas), el sentido común, etc.;

(VI) qué dice de manera objetiva el medio; (VII) qué infirió el juzgador; (VIII) la trascendencia en los resultados del fallo impugnado; (IX) según el caso, debe indicar cuál es el aporte científico correcto, la regla de la lógica apropiada, la máxima de la experiencia que debió tomarse en consideración; (X) demostrar la trascendencia del error indicando cuál debe ser la apreciación correcta de la prueba o pruebas que cuestiona, y que habría dado lugar a proferir un fallo sustancialmente distinto y opuesto al ameritado; (XI) hacer una revaloración en su conjunto, precisamente aplicando los principios de la persuasión racional que dice infringidos, y proponer un fallo de sustitución distinto y favorable a los intereses del impugnante (Cfme. RODRÍGUEZ CH., O.: "Casación y revisión penal. Evolución y garantismo", Temis, Bogotá-Colombia, 2008, pág. 369, sent. No. 370/2022, entre otras).

Sin embargo, nada de esto es del caso, puesto que las Defensas de los imputados se limitaron a insistir en fragmentos de las declaraciones de la perito Pereyra y a referirse a cómo se entiende que funciona o no funciona un programa P2P.

De manera que el recurso en análisis no cumple con la primera condición de admisibilidad individualizada, lo que es suficiente para desestimar el agravio.

(c.2) Por su parte, para el redactor, el recurrente cumplió con señalar los motivos por los cuales estima que el razonamiento de la Sala vulnera las reglas legales de valoración de las probanzas, así como ataca la concordancia con la realidad de las proposiciones sostenidas por el Tribunal mediante demostraciones varias según su perspectiva y argumentos retóricos también diversos.

Aclarado lo anterior, esto es, que a juicio del redactor el agravio es admisible, tanto el redactor como los Sres. Ministros Dres. Martínez, Minvielle, Pérez y Morales (aun si se tuviera por cumplida la primera condición antedicha, conforme señalaron estos últimos) el agravio tampoco podría prosperar, dado que la valoración realizada por el Tribunal lejos está de plasmar una hipótesis de irracionalidad o absurdo en el razonamiento probatorio (en palabras de la mayoría) o vulneratorio del límite de la razonabilidad (en palabras del redactor).

En efecto, a juicio de la unanimidad de este Alto Cuerpo, corresponde revalidar lo ya dicho años atrás con relación a esta temática en un caso de análogas características cuando se tuvo la oportunidad de analizar el vínculo entre los programas P2P y el delito de difusión de pornografía en la que aparecen personas menores de edad. En ese entonces se

señaló: "El tipo penal imputado (art. 2 de la Ley No. 17.815), establece lo siguiente: 'El que comerciare, difundiere, exhibiere, almacenare con fines de distribución, importare, exportare, distribuyere u ofertare material pornográfico en el que aparezca la imagen o cualquier otra forma de representación de una persona menor de edad o persona incapaz, será castigado con pena de doce meses de prisión a cuatro años de penitenciaría'. El delito le fue imputado al encausado en la modalidad de difusión y en grado de tentativa, por poner a disposición de otros internautas y usuarios del sistema informático 'P2P ARES' un conjunto de archivos, en los que aparecían imágenes pornográficas de menores de edad.

La decisión de incriminar el delito en grado de tentativa fue adoptada, inicialmente, por el decisor de primera instancia. Dicha decisión, a la postre, resultó cohonestada por la Sala en la alzada, mediante la sentencia recurrida. El decisor de primer grado, fundamentó su decisión en este punto de la siguiente manera: "...el iter quedó en la tentativa. En efecto, DD puso a disposición sus archivos tendiendo con actos materiales y objetivos a la difusión. Ingresó en zona de ejecución del tipo. Pero no se probó que alguien hubiera accedido a los referidos materiales, in dubio pro reo no puede darse

por cierto que alguna o algunas personas hayan ingresado a ver el material (...) DD concretó una tentativa acabada porque no necesitaba hacer nada más para que se concretara la comunidad con los otros consumidores de pornografía infantil. Para desistir de esa tentativa DD debía retirar los archivos de la carpeta compartida es decir se necesitaba una conducta positiva. Este punto se menciona tan sólo para mostrar con más claridad hasta qué punto DD estaba en zona ejecutiva del tipo delictual' (fs. 148).

Pues bien, contrariamente a lo expuesto, la conducta realizada, directamente, supuso la comisión del delito en cuestión. Quedó probado que el encausado compartió, mediante el empleo del programa informático 'P2P ARES' una serie de videos, que contenían material pornográfico infantil. La puesta de esos videos a disposición en internet, supuso dar cima a la conducta típica consistente en 'difundir'. El agente realizó, de este modo, todos los elementos constitutivos del delito. Por ende, no lo tentó sino que lo consumó.

Como señala LACKNER, en la economía de la ley: 'Difundir menta acerca de la propagación o divulgación de las imágenes pornográficas, sin que medie necesariamente el desplazamiento del soporte y sin que sea determinante,

como en el caso de concepto de distribución, la nota de onerosidad' (LACKNER, Ricardo: 'Delitos relativos a la pornografía infantil en la ley No. 19.815', Revista de Derecho Penal, No. 16, pág. 462).

Basta con poner las imágenes a disposición de otros internautas, para que la conducta típica de difundir esté consumada. No se requiere por parte de la ley la prueba de que alguien accedió a las imágenes, para poder considerar que el reato ingresó en su fase consumativa" (sentencia de la Suprema Corte de Justicia No. 140/2019).

Como señaló el funcionario Marrero en audiencia del día 11 de agosto de 2021: *"cuando tu empezás a descargar, empezás también a compartir ese archivo".*

En la medida en que el Sr. Pereira deliberadamente se hizo del material utilizando el *software* P2P Bit Torrent, automáticamente se autocolocó en la posición de ser otro agente más de distribución en la red.

En definitiva, a juicio de este Alto Cuerpo, el razonamiento de la Sala es correcto y lejos se encuentra de que pueda ser catalogado de absurdo o arbitrario (en palabras de la mayoría) o vulneratorio del límite de la razonabilidad en palabras del redactor.

Por último, en lo que respecta al agravio planteado respecto al *quantum* punitivo fijado por el Tribunal, corresponde señalar que años atrás, sostenía este Alto Cuerpo: *"Este Colegiado ha sostenido, en términos que reitera en esta oportunidad, que si la pena se individualizó dentro de los márgenes establecidos por la Ley penal, su determinación no resulta pasible de ser revisada en casación. Y, en el caso, la pena fijada por la Sala está dentro de los guarismos legales previstos para el delito cometido. En cuanto a la fijación de la pena, la Corte ha expresado que: (...) su determinación resulta incensurable pues tal individualización depende de una serie de elementos y apreciaciones de hecho (art. 86 C.P.) que sólo pueden ser evaluados por el Juez en el ejercicio de sus poderes discrecionales (Sentencias Nos. 53 y 123/1990, 54/1992, 86/1996 y 20/2002). Como enseña Vescovi, (...) en los casos en los cuales las normas vigentes otorgan al Juez determinados poderes discrecionales, ya sea expresa o implícitamente, es natural que en su ejercicio regular, la sentencia no podrá ser juzgada en casación, pues no podrá existir, al respecto, ni infracción ni errónea aplicación (El Recurso de Casación, pág. 82), criterio éste que invariablemente ha seguido la Corte (Sentencia No. 20/2002)"* (cfme. sentencia No. 254/2015, entre muchas

otras).

Ahora bien, en la actualidad este Alto Cuerpo ha matizado tal tesitura. Ergo, no debe estarse únicamente al control de que el guarismo punitivo se encuentre dentro del margen del mínimo y máximo previsto para el delito en cuestión.

Véase que en reiterados pronunciamientos este redactor incluso ha explicado que además de encontrarse dentro de los márgenes legales, la pena debe guardar correcta relación con las alteratorias y el cúmulo probatorio obrante.

Asimismo, en forma reciente, la Corte señaló que no puede afirmarse que todo aquello que implique un juicio discrecional, invariablemente, no resulta revisable en casación. En ese sentido se expidió este Colegiado en sentencias Nos. 260/2020, 382/2021 y 157/2022, entre otras.

En otros términos, no todo lo que es resorte discrecional del juzgador queda fuera de la posibilidad de ser controlado en casación. En este caso, si la determinación de las penas por parte de la Sala hubiera sido arbitraria (en palabras de la mayoría) o vulneratoria del límite de la razonabilidad (en las del redactor), ello podría ser censurado en casación, puesto que la discrecionalidad no es un "cheque en blanco" para tomar cualquier decisión.

No obstante, en el presente caso, la pena dispuesta por la Sala para castigar el obrar de Pereira no resulta ser arbitraria ni vulneratoria del límite de la razonabilidad. En efecto, el guarismo contempla la naturaleza del delito, la primariedad del agente y la proporcionalidad en función de la cantidad de material pornográfico incautado.

En definitiva, podrá compartirse o no el monto de la pena dispuesto por el Tribunal, pero claramente no se advierte una situación de notoria desproporción, arbitrariedad o falta de razonabilidad que amerite el acogimiento del agravio de la Defensa.

En consecuencia, por unanimidad de pareceres, concluye la Corte que corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto por la Defensa del imputado BB.

IV.- A continuación se pasará a analizar el recurso de casación movilizado por la Defensa del imputado CC

A juicio de este Colegiado, corresponde desestimar el recurso, pues incumple ostensiblemente con las exigencias formales de alegación previstas en los artículos 270 y 273 del CGP aplicables en virtud de la remisión dispuesta en el

artículo 369 del CPP, dado que no fundó en forma el agravio (Cfme. HITTERS, J.C. "Técnica de los recursos ordinarios" Ed. LEP La Plata, 2000, pág. 440).

El artículo 273 del CGP reclama la expresión circunstanciada del motivo de impugnación en casación. El agravio debe partir, irremediabilmente, de lo decidido por el órgano de alzada, esto es, qué se decidió y las razones por las cuales se decidió. Dicha descripción -aun cuando fuera sucinta- debe contraponerse con la argumentación jurídica ensayada por quien recurre. La enunciación del motivo debe ser clara y expresa, de modo que permita individualizar concretamente el vicio que justifica la impugnación (Cfme. DE LA RÚA, F.: "El recurso de casación. En el Derecho Positivo Argentino", Víctor P. DE ZAVALÍA-Editor, Buenos Aires, 1968, pág. 223).

El recurso de casación debe evitar hacer desarrollos de carácter general y debe procurar desarrollar un esquema argumental concreto y específico con relación a lo que es objeto de la crítica (cfme. MOLINA SANDOVAL, C.: "Recurso de Casación", ADVOCATUS, 1ª Edición, Córdoba, 2016, pág. 232).

Como ha sostenido la Corte en múltiples ocasiones, el requisito fundamental del recurso de casación consiste en individualizar el agravio de modo que, a través de los motivos, también

pueda individualizarse la violación de la ley que lo constituye (cfme. sentencias Nos. 280/1997, 543/2000, 6/2007, 125/2008, 310/2009, 1216/2010, 2914/2011, 806/2012, 251/2013, 466/2013, 64/2014, 1109/2018, 112/2021, entre otras).

El incumplimiento de tales exigencias determina, a juicio de la unanimidad de los Sres. Ministros, la desestimatoria del recurso interpuesto.

Ahora bien, y sin perjuicio de que lo anterior era razón más que suficiente para desestimar el recurso, aun realizando un gran esfuerzo interpretativo -dada la forma confusa en que estructuró todo su recurso-, se podría llegar a inteligir que la Defensa del imputado Della Bernarda cuestionó que la acusación no fue lo suficientemente clara y creó una indeterminación que le colocó en una situación de indefensión, así como que el Tribunal omitió considerar los fundamentos brindados por Fiscalía respecto al almacenamiento para distribución o consumo y, en su lugar, lo condenó por la comisión del delito en la modalidad de "difusión"; lo que daría cuenta de un vicio de incongruencia.

De entenderse que el recurrente cuestionó tal extremo, la desestimatoria del recurso se impone, por idénticos fundamentos a los

expresados en el considerando anterior por los que se desestimó el recurso de Pereira, pues se agravió en similar sentido. Tal como se expresó, Fiscalía solicitó la condena por *"un delito previsto en el artículo 2 de la ley 17.815, en la redacción dada por la ley 19.643, en las modalidades de almacenamiento para consumo y difusión de material pornográfico en el que aparecen menores de edad"* (fs. 2 vto.), mientras que el Tribunal condenó por *"... un delito previsto en el artículo 2 de la Ley N° 17.815, en la redacción dada por la Ley N° 19.643, en la modalidad de difusión de material pornográfico en el cual aparecen personas menores de edad..."* (fs. 160 vto.). Por otra parte, tampoco puede afirmarse que ha variado la requisitoria ni ha existido indefensión, siendo esto tan claro que, para comprobarlo, basta con observar el objeto de la prueba, los interrogatorios y contrainterrogatorios efectuados en audiencia, todo ello permite apreciar que estuvieron dirigidos a determinar los aspectos centrales que hacen a la "difusión" de material pornográfico que involucra personas menores de edad, razón por la cual el cuestionamiento deviene fútil.

En definitiva, en cualquier caso, corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto por la Defensa del imputado CC

V.- Por último, la Corte

pasará a analizar el recurso de casación interpuesto por la Defensa del imputado AA

En primer término, se observa que causó agravio a la Defensa que el Tribunal concluyera que la existencia del programa P2P implicara, necesariamente, la difusión de material. Asimismo, expresó que se equivocó el "Ad Quem" al concluir que el programa P2P se encontraba instalado en el celular incautado.

Sobre la primera cuestión, corresponde la desestimatoria del planteo, pues la cuestión ya fue analizada al resolver el recurso del imputado BB.

Ahora bien, centrándonos en el segundo de los puntos, el recurrente afirmó que resulta absurdo el planteo del Tribunal en cuanto le atribuyó la utilización del programa P2P, cuando la perita Pereyra declaró en juicio "que a él no se le encontró tal software".

A los efectos de dar respuesta a esta interrogante, toma nota la Corte que al Sr. AA se le incautó: "un objeto rotulado con el N° 23, en el que se localizó un video llamado EO-2, en el cual se podía ver a una femenina de apariencia menor de edad practicando sexo oral a un masculino, apreciándose una dirección URL en video 'ilovecphfjziywno.onion', lo

cual se traduce como 'amo la pornografía infantil', refiriéndose la extensión 'onion' a un sitio alojado en el Deep Web" (fs. 151/151 vto.).

El Tribunal entendió que correspondía condenar a los tres imputados en razón de que todos los encausados utilizaron el programa informático P2P Bit TORRENT, lo cual lleva implícita la difusión. En tal sentido, puntualizó la Sala: *"Reiteramos, está plenamente probado que a los tres imputados se les incautó material pornográfico infantil: a R. Della Bernarda 3117 imágenes de pornografía infantil, a Carlos Pereira 1763 imágenes de las cuales 1567 correspondían a pornografía infantil y a L. AA un video, con una leyenda, la que traducida indica 'amo la pornografía infantil'. Y que esos archivos fueron obtenidos por internet, mediante un sistema de intercambio (programa informático P2P Bit Torrents), en cuya base está la descarga y distribución simultánea de archivos desde cualquier computadora conectada a dicha red..." (fs. 160).*

En consecuencia, se desprende que el fundamento de la condena fincó sobre dos presupuestos de verificación acumulativa necesaria: (i) la incautación de pornografía en la que aparecen personas menores de edad y; (ii) la presencia de un programa P2P.

Ahora bien, respecto de este segundo punto, la Defensa señaló que la Perito Pereyra manifestó en audiencia que en el celular de AA no fue encontrado el mentado programa y, a juicio de todos los miembros de este Alto Cuerpo, le asiste razón a la Defensa en su planteo.

En efecto, sin perjuicio del disvalor moral atribuible a la conducta del Sr. AA, en tanto se le encontró un video en el que aparece una persona con apariencia de menor de edad, en cuyas imágenes figura una leyenda que refiere a la pornografía infantil y remite a un dominio alojado en la "Deep Web" y la suspicacia que genera el hecho de que aplicaciones de redes sociales hayan sido borradas, el requisito lógico indispensable establecido por el Tribunal para que se produjera la distribución no se verifica; esto es, no se halló la presencia de un programa P2P y, por lo tanto, no se verifica el presupuesto de la difusión.

En este sentido, véase que cuando se le preguntó a la perito Pereyra específicamente sobre si en el contenido del celular de AA -único objeto al que el Tribunal refiere como incautado- se encontró el programa P2P Bit Torrent expresó que no (Audiencia del día 11/8/2021 hora 09:58-09:59).

En consecuencia, en autos

no existe prueba de la existencia de un programa P2P en el dispositivo propiedad del Sr. AA -a diferencia de lo que sucede con los restantes coimputados-. Además, la Fiscalía tampoco ha alegado otra forma distinta en la que el Sr. AA pudiese encontrarse difundiendo el video en cuestión, razón por la cual el fundamento lógico de la condena se desmorona.

Tal como correctamente concluyó el "A Quo": *"Más flagrante es el caso del imputado AA, que de la pericia de todos los dispositivos y equipos que le fueran incautados, se logró encontrar un solo archivo de relevancia para la investigación, y tampoco se pudo determinar a ciencia cierta cómo fue descargado. La perito Pereyra, cuando es interrogada sobre si el rótulo 23 indica la existencia del programa, Bit Torrent, (teléfono celular, marca XIAOMI, modelo M1803E7SH, IMEI no visible perteneciente al imputado Alzogaray) declara en el minuto 0:09:39 y siguientes '\... El 23 dice, textual le leo, de la extracción lógica realizada, es decir que se realizó la extracción de lo que tenía no de lo borrado, incluso lo dice aquí, que se generó un informe con datos solicitados por Fiscalía y con datos de interés relevantes para la investigación. Cabe agregar que no se encontraban instaladas las aplicaciones WhatsApp, Mesanger, Instagram, Twiter y Facebook, pero*

si estaban las carpetas que esas aplicaciones hacen por defecto al instalarse, que fue lo que se copió también. Y después en la memoria interna del dispositivo, también determina que en algún momento tuvieron instaladas las aplicaciones porque en la carpeta que hace captura de pantalla, también había imágenes, de esas aplicaciones...'. Interrogada nuevamente y en forma concreta sobre el programa P2P Bit Torrent, se encontraba en el Rótulo 23, declara en el minuto 0:10:29 y siguientes '... No, no, en este caso no... porque el 23 es un teléfono, eso sería en las computadoras...'. Y siguiendo esta línea la Defensa profundiza su interrogatorio, preguntando, sobre si no existe la posibilidad de descargar un archivo por P2P Bit Torrent, cuál puede ser el origen del mismo, declarando en el minuto 0:12:54 y siguientes '... lo puede reenviar alguien o descargarlo de internet...' (fs. 92-93).

En definitiva, a juicio de todos los integrantes de este Alto Cuerpo, corresponde absolver al imputado AA del delito tipificado bajo la modalidad de difusión.

Como resultado de esta conclusión, pierde interés (a los efectos de la solución del presente) ingresar al análisis de los restantes agravios dirigidos a la apariencia y forma de

determinación de la edad de la persona que aparece en la grabación.

Ahora, si bien para la unanimidad de los integrantes no se puede tipificar el delito de autos bajo la modalidad de difusión, el Sr. Ministro Dr. Pérez Brignani extenderá discordia, pues a su juicio, de la prueba obrante en la causa se logra desprender que corresponde condenar a Alzogaray como autor penalmente responsable de un delito previsto en el artículo 2 de la Ley No. 17.815, en la redacción dada por la Ley No. 19.643, en la modalidad de almacenamiento con fines de consumo habitual de material pornográfico en el que aparezca la imagen o cualquier otra forma de representación de una persona menor de edad o persona incapaz.

Sobre este último punto, las Sra. Ministra Dra. Minvielle, la Sra. Ministra Dra. Martínez, y el redactor estiman oportuno efectuar una serie de puntualizaciones.

A juicio de la Sra. Ministra Dra. Minvielle, de la prueba obrante en la causa no puede concluirse que haya existido almacenamiento con fines de consumo habitual. En tal sentido, expresa que la ley refiere a "almacenar", que según el diccionario de la RAE significa "reunir, guardar o registrar en cantidad algo". Y surge de la prueba

diligenciada en autos que en el objeto incautado a AA sólo había un (1) video, a diferencia de los restantes imputados que en sus objetos incautados reunían 3117 archivos en un caso, y 1763 imágenes en el otro. Con lo cual, claramente no se guardó algo en cantidad, sino en sólo una versión. Además, porque la norma no sólo exige simplemente el almacenamiento de algo, sino que además ello debe hacerse para distribución o para consumo habitual.

De la prueba diligenciada, no surge probada la distribución. En efecto, la perito Pereyra expresamente sostuvo "Distribución y difusión nosotros no pudimos determinar" (audio de audiencia del 11/8/2021, minuto 09:57). Y si bien la Sala considera que al tener el programa P2P, por el sólo hecho de usarlo, a la vez, se está difundiendo el material, no puede ello confundirse con distribuir, que implica la división, el reparto del material pornográfico entre varias personas, colocando el producto en el destino conveniente. ¿Y cuándo un consumo es habitual? Cuando se da "normalmente" o "con frecuencia". Y mal puede considerarse que en el caso existe un consumo habitual, cuando al imputado solamente se le encontró un video. Si bien relató a la perito, que "descargaba la carpeta por 30 minutos y la borraba", desde el momento que no las guardaba, no puede hablarse de "almacenar". Así como

tampoco puede establecerse si ello se hacía con frecuencia porque no se cuenta con los datos precisos de las fechas.

En definitiva, a juicio de la Sra. Ministra Dra. Minvielle, en el caso de autos se estaría frente a un hecho atípico.

Por su parte, a juicio de la Sra. Ministra Dra. Martínez y el redactor, no se puede condenar al imputado AA como autor penalmente responsable de un delito previsto en el artículo 2 de la Ley No. 17.815 en la redacción dada por la Ley No. 19.643, bajo la modalidad de almacenamiento con fines de consumo habitual, por estrictas cuestiones procesales, sin necesidad de entrar de lleno a lo sustancial.

En efecto, no existió agravio de la Fiscalía en el punto y, ante la inexistencia de agravio debe de tener presente el decisor lo dispuesto en el artículo 121 del CPP, el cual dispone: "*Principio de no reforma en perjuicio*). En segunda instancia y en casación, si solo recurrió la parte del imputado no se podrá modificar la sentencia en perjuicio de este".

Veamos.

A esta altura ya es sabido que en primera instancia se absolvió a los tres encausados de los delitos imputados. Véase en el punto

2.4 el "A Quo" realizó un extenso análisis en señalar que la figura de "almacenamiento con fines de consumo habitual" no quedó probada.

Frente al recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Sala condenó a los tres imputados, pues entendió que cometieron la figura delictiva bajo la modalidad de "difusión".

En cuanto a la calificación delictual, expresamente señaló la Sala: *"En cuanto a la calificación delictual, el Colegiado, entiende que de acuerdo a lo que surge probado de autos, la conducta ilícita de los tres imputados se adecua al artículo 2 de la ley 17.815 en la redacción dada por la Ley N° 19.643 en la modalidad de difusión de material pornográfico de personas menores de edad. Como señala Lackner, 'DIFUNDIR' menta acerca de la propagación o divulgación de las imágenes pornográficas, sin que medie necesariamente el desplazamiento del soporte y sin que sea determinante, como en el caso de concepto de distribución, la nota de onerosidad'* (LACKNER, Ricardo. *Delitos relativos a la pornografía infantil en la Ley 17.815. Revista de Derecho Penal N° 16, página 462*). Reiteramos, está plenamente probado que a los tres imputados, se les incautó material pornográfico infantil: a R. Della Bernarda 3117 imágenes de pornografía infantil, a

Carlos Pereira 1763 imágenes de las cuales 1567 correspondían a pornografía infantil y a L. Alzogaray un video, con una leyenda, la que traducida indica 'amo la pornografía infantil'. Y que esos archivos fueron obtenidos por internet, mediante un sistema de intercambio (programa informático P2P Bit Torrents), en cuya base está la descarga y distribución simultanea de archivos desde cualquier computadora conectado a dicha red, lo cual lleva que automáticamente quedan a disposición de los que participan del mismo los archivos descargados" (fs. 159 vto.-160).

Ergo, la Sala no condenó por el delito bajo la modalidad de almacenamiento con fines de consumo habitual. En consecuencia, de entenderse que si operó dicha modalidad, la Fiscalía actuante debió esgrimir agravio en forma, pues podría ocurrir -como de hecho acontece- que no haya quedado probada la difusión y, en consecuencia, al no ensayar agravio, la Fiscalía consintió que la Sala no haya tipificado el delito bajo la modalidad de almacenamiento con fines de consumo habitual.

Y, si no existió agravio en forma del acusador público, mucho menos puede, este Alto Cuerpo, reformar la sentencia en perjuicio del reo, pues así lo impide el artículo 121 del CPP, dado que, atribuirse tal función llevaría a tipificar una

modalidad que ni siquiera causó agravio a la propia Fiscalía actuante (situación totalmente diversa a la configurada en la sentencia No. 1187/2022 de este Colegiado).

Si hubiera existido agravio en el punto, quizás otra hubiera sido la solución del presente caso. Pero lo cierto es que aquí operó la cosa juzgada, por cuanto el Tribunal no condenó bajo la modalidad de almacenamiento con fines de consumo habitual y el Ministerio Público no introdujo agravio en el punto (véase sentencia No. 164/2020 de este Alto Cuerpo en el que se trata un caso de análogas características).

En suma, a juicio de la Sra. Ministra Dra. Martínez y el redactor, corresponde concluir que no quedó probado en autos la modalidad de difusión y ante la inexistencia de agravio del Ministerio Público (no interpuso recurso ni adhesión), corresponde la absolución del imputado.

VI.- La correcta conducta procesal de las partes determina que las costas y los costos de la presente etapa se distribuyan en el orden causado (artículos 56.1 y 279 del CGP).

Por los fundamentos expuestos y en atención a lo establecido en los artículos 368 y 369 del Código del Proceso Penal y lo

dispuesto en los artículos 268 y concordantes del Código General del Proceso, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

DESESTÍMANSE LOS RECURSOS DE CASACIÓN INTERPUESTOS POR LAS DEFENSAS DE BB Y CC.

ACÓJASE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA DEFENSA DE AA, Y EN SU MÉRITO, ANÚLASE -EN ESE ÚNICO PUNTO- LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA EN CUANTO LO CONDENÓ COMO AUTOR PENALMENTE RESPONSABLE DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 2 DE LA LEY No. 17.815 EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY No. 19.643, EN LA MODALIDAD DE DIFUSIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO EN EL CUAL APARECEN PERSONAS MENORES DE EDAD, Y EN SU LUGAR, SE LO ABSUELVE DEL DELITO QUE SE LE IMPUTA.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

NOTIFÍQUESE A DOMICILIO, PUBLÍQUESE Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

**DRA. DORIS MORALES
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JOHN PÉREZ BRIGNANI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE PARCIAL: por

cuanto considero que debe

ampararse el recurso de

casación del imputado AA,

sin embargo a diferencia de la mayoría de la Corporación, en aplicación de los artículos 277 CGP, 369.3, 121 y 122 del CPP, se dictará el fallo que en su lugar corresponda y se darán los respectivos fundamentos. En base a ello, entiendo que corresponde condenar como autor penalmente responsable del delito previsto en el artículo 2° de la Ley No 17.815 al imputado AA a la misma pena dictada por la Sala, pero por la conjugación de un verbo típico distinto al establecido por el Ad-Quem, conforme los fundamentos que acto seguido expondré.

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que el principio iura novit curia es de aplicación en el derecho penal y conforme al mismo

el juez conoce el derecho y tiene la obligación jurídica de aplicarlo correctamente al caso que se encuentra sometido a su jurisdicción. Ahora bien, en materia penal, la adecuación de los hechos al derecho, como obligación del juzgador no puede superar el contenido concreto de la pretensión del Fiscal, y con esto nos referimos a que no puede el Juez so pretexto de cumplir con esta obligación, establecer una pena más rigurosa que la solicitada, condenar por un tipo penal que tiene mayor carga punitiva o, en definitiva, establecer una pena que supere la pretensión del acusador.

Pero conforme al mismo, el Magistrado puede adjudicar al hecho acusado una calificación jurídica distinta a la determinada por la o el fiscal en la acusación, siempre y cuando se funde en los mismos hechos que fueron materia de contradicción e inmediación en el juicio, de manera que no se afecte el derecho a la defensa.

Ahora bien en la especie con la adecuación de la conducta que se pretende en grado alguno se vulnera el principio de interdicción de la reforma peyorativa, dado que los hechos permanecen inmutables, existe identidad en el bien jurídico tutelado -y coherencia entre elementos fácticos y jurídicos del tipo penal materia de condena; y además debe señalarse que tampoco se afecta el derecho de

defensa, en tanto el encausado fue instruido y acusado por un delito consumado habiendo tenido la oportunidad de ejercer a plenitud todos los mecanismos legales y procesales que convinieron a su posición. No existe por tanto perjuicio alguno pues la modificación del tipo penal infringido no redundaría en empeoramiento alguno. Es decir, la respuesta punitiva resulta cualitativa y cuantitativamente idéntica a la impuesta en la decisión que originara la vía recursiva, con lo cual no se advierte que mediante la presente decisión se modifique la resolución anterior en perjuicio del imputado pues, en lo que aquí interesa, no se le ha aumentado la pena ni se ve agravada su situación personal.

Ingresando al análisis del recurso interpuesto en lo sustancial, resulta necesario partir de que es jurisprudencia constante de esta Corporación que a los efectos de realizar un embate crítico a la valoración probatoria realizada, la parte debe cumplir con dos condiciones necesarias para el progreso de su agravio.

Como primera condición, quien recurre en casación debe, en primer término, denunciar, alegar, un error o vicio en el razonamiento probatorio de segunda instancia de una entidad tal que amerite su calificación como absurdo o arbitrario en forma evidente. Sin esta alegación de la parte, el

agravio resulta improcedente. Va de suyo que la denuncia de un error de valoración de esa magnitud no está condicionada a ninguna fórmula sacramental, más sí requiere que se describa un error de la entidad superlativa mencionada. El recurrente, entonces, se ve gravado con una particular carga de alegación.

Por otro lado y en forma concomitante, como segunda condición, la alegación del absurdo o arbitrariedad debe ser demostrada. Una vez que se releva por la Corte que se cumplió con la primera condición referida, debe analizarse si, efectivamente, se verifica el error alegado.

En ese sentido considero que la parte recurrente cumplió con ambas condiciones reseñadas.

La Sala cimentó la condena de AA en los siguientes términos: *"Respecto del imputado AA se identificó un objeto rotulado con el N° 23, en el que se localizó un video llamado EO-2, en el cual se podía ver una femenina de apariencia menor de edad practicando sexo oral a un masculino, apreciándose un dirección URL en video 'ilovecphfjziywno.onion', lo cual se traduce como 'amo la pornografía infantil', refiriéndose la extensión 'onion' a un sitio alojado en el Deep web"*.

Ahora bien, analizando el

tipo penal podemos señalar lo siguiente.

El artículo 2° de la Ley No. 17.815 en la redacción dada por el art. 45 de la Ley No. 19.643 reza: *"El que comerciare, difundiere, exhibiere, almacenare con fines de distribución o de consumo habitual, importare, exportare, distribuyere u ofertare material pornográfico en el que aparezca la imagen o cualquier otra forma de representación de una persona menor de edad o persona incapaz, será castigado con pena de doce meses de prisión a cuatro años de penitenciaría"*.

En el caso concreto, lo que nos interesa es el verbo almacenar, el cual encuadra dos posibles modalidades, a saber, con fines de distribución o con fines de consumo habitual.

Sobre el alcance del verbo almacenar, la doctrina ha explicitado: *"... su sentido, 'guardar en almacenes', tiene que ver el ciclo comercial del que designa una etapa, previa a la distribución o comercialización. Por este mismo carácter implica en principio un cierto volumen, una cantidad significativa de ejemplares. Sin embargo, las nuevas tecnologías, en lo referente a la informática, han provisto al término de una nueva acepción: 'introducir información en la memoria de un ordenador', un cambio muy importante en este aspecto. La misma*

imagen registrada digitalmente, puede reproducirse y enviarse indefinidamente. En este marco, guardar un archivo conteniendo imágenes pornográficas, en un directorio del disco duro está alcanzado por el concepto de almacenar... Por tanto, puede decirse que quien acciona los comandos para que el archivo conteniendo imágenes pornográficas quede 'guardado' en una carpeta del disco duro, conjuga el verbo almacenar. Como se ve también las posibilidades que brindan la informática y tratándose de bienes intangibles, el concepto de distribución debe ajustarse. Por lo pronto, se ha sostenido que en la Web no hay distribución, hay acceso, de ahí la sencillez y el bajo coste de publicar en ella. La información a la que se accede se encuentra estática y almacenada en las máquinas del proveedor; el usuario va hacia ella voluntariamente, no se le remite. El coste de acceder es del usuario. Así la distribución será la conducta consistente en repartir lucrativamente entre una pluralidad de personas una cosa. 'Repartir' pornografía infantil entre varios internautas, sólo puede decirse en sentido figurado" (Cfme. Lackner, Ricardo; Delitos relativos a la pornografía infantil en la Ley No. 17.815" en publicaciones.fder.edu.uy).

Por tanto, el solo hecho de que el archivo se encuentre guardado en una carpeta del disco hace conjugar el verbo nuclear. En este

sentido, en el celular de AA se encontró almacenado un video con contenido sexual.

Debe tenerse presente, que internet es una realidad compleja y está dividida en lo que se puede denominar Internet superficial e Internet profunda, la diferencia radica, de manera simplista, en la posibilidad de encontrar contenido a través de los llamados buscadores, navegadores, motores de búsqueda o browsers (Google, Mozilla Firefox, Yahoo!). Estos son programas de servicio que permiten la visualización de las páginas requeridas que se encuentren en su catálogo de indexación, son los más utilizados y legitimados socialmente. Cada motor de búsqueda se reserva el derecho de admisión dentro su catálogo, así como distintos servicios poseen sus propias políticas y términos de uso, lo que muchas veces los habilita -por ejemplo- a realizar el bloqueo o eliminación de determinados contenidos que consideran ofensivos, molestos, impertinentes o ilegales. En la deep web (lugar en el cual Alzogaray accedió al video) no existe política o regla alguna más que las impuestas por el propio sujeto, por lo que encontramos todo tipo de contenido, aunque abunda, en su mayoría, contenido ilícito como la venta de armas y drogas. La forma más utilizada para acceder a la deep web es a través del buscador The Onion Router (TOR), un software libre cuyo

ideal y objetivo es la navegación en Internet en forma anónima mediante el encriptamiento y cifrado de los datos y de identidad (IP) del dispositivo desde el que se accede sumado al salto de nodo en nodo y el cambio de cifrado en cada salto, proceso de transferencia de datos que se conoce como enrutamiento de cebolla, haciendo alusión a las capas que posee la misma y la forma en que "pierde" dichas capas al viajar por cada nodo de transferencia.

La Deep Web se compone de páginas web dinámicas que no se encuentran indexadas en los motores de búsqueda habituales (Google, Bing, etc.); para localizar el material en muchas ocasiones el usuario tendrá la necesidad de llevar a cabo una investigación previa en la World Wide Web. Sin embargo, durante los últimos años los buscadores de este tipo de redes han experimentado una notable mejoría. La red TOR cuenta además con su propia Wikipedia, la denominada Hidden Wiki, donde los interesados por la pornografía infantil pueden encontrar enlaces a páginas de dominio.onion donde descargar este tipo de contenidos (Cfme. Cohen-Almagor, R. (2013). Online child sex offenders: Challenges and counter measures. The Howard Journal of Criminal Justice, 52 (2), 190-215).

Si bien es cierto, que la afirmación de la Sala sobre que los tres imputados

contaban con programas P2P no se ajusta con la prueba diligenciada respecto a AA, ello no implica que por ese único motivo deba absolverse al imputado.

En primer lugar, a diferencia de lo sostenido por la mayoría, como se señaló supra, a mi juicio el imputado conjugó el verbo nuclear almacenar, desde el momento que en la memoria de su dispositivo móvil se le encontró el video en cuestión.

A su vez, del análisis efectuado a dicho dispositivo surge que no fue posible recuperar información eliminada, pero un dato de importancia es que en dicho dispositivo tampoco se encontraron aplicaciones típicas utilizadas en la mayoría de los móviles (WhatsApp, Messenger, Instagram, Facebook), no obstante lo cual, si se ubicaron datos de la mismas en la memoria interna del dispositivo.

A su vez, de la pericia psicológica realizada a AA surge que respecto a la denuncia presentada, el mismo continuaba la búsqueda de páginas que utilizan imágenes de violencia sexual hacia niños para denunciarlos y ayudarlos. En ese sentido, agrega que hace dos años que mira dichas páginas, expresando que "descargaba la carpeta por 30 minutos y la borraba", negando su intención de distribución de la cual dice que desconocía que la realizaba.

No resulta un dato

irrelevante, que el imputado trabajaba en una empresa de contenido informático, teniendo por tanto conforme las reglas de la experiencia un conocimiento del manejo de este tipo de información y de dispositivos diverso al del ciudadano común.

Finalmente, conforme la extensión del archivo encontrado es claro que AA accedía a la deep web a los efectos de descargar este tipo de contenidos.

Con este telón de fondo y aunando los distintos indicios recabados así como habiéndose acreditado en debida forma el verbo nuclear almacenamiento queda por definir si tuvo alguno de los fines requeridos por la ley, esto es distribución o consumo habitual.

Lo cierto que ante la perito, el propio imputado reconoció ser un consumidor habitual de este tipo de contenidos. Si bien alegó que lo realizaba con el fin de denunciar la situación, no surge elemento alguno que puede acreditar tal información. De ser así, la defensa hubiese agregado las denuncias respectivas ante la autoridad policial, extremo que no surge de obrados.

En consecuencia, AA conjugó el verbo nuclear almacenar con la finalidad de consumo habitual, con lo cual debe condenarse al mismo,

como autor penalmente responsable de un delito previsto en el artículo 2° de la Ley No. 17.815 a la misma pena establecida por la Sala de segunda instancia.

DRA. GABRIELA FIGUEROA DACASTO
SECRETARIA LETRADA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA