

Expediente I.P.P. quince mil trescientos cincuenta y cuatro.

Número de Orden:_____

Libro de Sentencias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los quince días del mes de mayo del año dos mil dieciocho, reunidos en su Sala de Acuerdos los Señores Jueces de la Cámara de Apelación Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca Doctores Gustavo Ángel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou (art. 440 del C.P.P.), para resolver en la **I.P.P. nro. 15.354/I** del registro de este Cuerpo caratulada "**C.,J.A. s/ distribución de imágenes pornográficas**", y practicado que fue el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debe tener lugar en este orden **Barbieri y Soumoulou**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Resulta admisible el recurso interpuesto?

2da.) ¿Es justo el veredicto condenatorio puesto en crisis?

3era.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: A fs. 217/224 y vta., el Sr. Juez a cargo del Juzgado en lo Correccional nro. 1 Departamental -Dr. José Luis Ares-, condenó luego de la celebración del debate oral a J.A.C. por la comisión del delito de divulgación y distribución de imágenes pornográficas de menores de edad, interponiendo (fs. 229/236 y vta.) recurso de apelación el Sr. Defensor Oficial -Dr. Pablo Radivoy; ello acaeció en debido tiempo.

En cuanto a la forma, contiene el libelo la indicación de los motivos que lo agravian, al denunciar una arbitraria valoración de la prueba en lo que hace a la autoría de su representado, como asimismo en el aspecto subjetivo que se diera por

acreditado. Subsidiariamente, cuestiona por irrazonable y excesiva la regla de conducta fijada, por la que se le prohíbe ser titular de servicios de internet y de utilizar todo dispositivo con acceso a esa red.

Por ello resulta admisible.

Voto entonces, por la afirmativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Barbieri y sufrago en el mismo sentido (arts. 168 y 171 de la C. Prov. y 371, 371 ccdts. del Rito).

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR BARBIERI, DICE: Se agravia el recurrente por entender que se ha realizado una reproducción parcializada de los elementos de prueba y que no se ha expuesto una análisis lógico adecuado que permita acreditar la autoría y el dolo por parte del procesado.

Expresa que la computadora se hallaba en el comedor y que cualquier miembro de la familia o amigos podía acceder a ella, incluso que uno de sus vecinos usó esa PC para instalar el programa Ares, a pedido del hijo del imputado, por lo que no puede afirmarse -con certeza- que haya sido el imputado el autor y no otra persona.

Sostiene que el hecho de que las imágenes estuvieran en una carpeta llamada "J." y que la cuenta de usuario del programa de descarga llevara ese nombre, no es suficiente para afirmar que haya sido el imputado quien distribuyó la imágenes; y que siendo que la carpeta es la cuenta de uso de la P.C. y que la cuenta del programa de descarga era la única habilitada, cualquiera que usara el programa guardaría los archivos en esa carpeta y por medio de esa cuenta, en tanto "...quien usa la computadora necesariamente debe hacerlo desde esa cuenta...".

Agrega que tampoco se ha valorado adecuadamente que el imputado refirió que a su domicilio concurren diversas personas que pueden llamarse J. y que

"...teniendo dos hijos jóvenes, es normal que concurran amigos de ellos a su casa y que seguramente el padre no conozca el apellido de todos ellos..."

En lo que hace al dolo requerido por el tipo penal, destaca que en los programas de descarga "peer to peer" los archivos "...se descargan, bajan y guardan directamente a esa carpeta..." y "...que no hay intercambio querido o buscado, es solo la modalidad en la que funciona el sistema que comparte automáticamente y sin intervención directa del usuario las imágenes contenidas en su computadora... porque la subida de archivos se hace de manera autónoma..." (fs. 233).

Afirma que "...no hubo acción alguna de mi asistido para compartirlas, no podemos decir que habló con alguien y esa persona pidió imágenes o él las ofreció y entonces decidió enviarlas o distribuirlas, sino que solo algún descargó las imágenes a la computadora que estaba en la casa de mi asistido y una vez instaladas allí, el sistema Shareaza las compartió automáticamente..."

En ese sentido, señala que el funcionamiento de este tipo de programas no es conocido por todos los usuarios y que "...quien los emplea no necesariamente conoce el modo en que funciona ya que no es indispensable conocer su funcionamiento para usarlo para descargar archivos..."; por lo que no se habría acreditado el dolo de distribución requerido para que se de por configurado el delito.

Subsidiariamente cuestiona la prohibición de ser titular de servicios de internet y de utilizar todo dispositivo con acceso a esa red -que se impuso como regla de conducta-, por considerar que resulta excesiva y de imposible control, destacando que actualmente internet se utiliza para diversos aspectos de la vida cotidiana y que ha sido reconocida por la O.N.U. como un derecho humano.

Efectuada esa síntesis, analizados los agravios y el contenido de la resolución apelada, propondré al acuerdo hacer lugar al recurso y disponer la absolución del imputado, en tanto considero que no existe prueba suficiente para afirmar -con la certeza que se requiere para imponer una condena- que J.A.C. haya

sido el autor del delito de distribución de imágenes por el que se lo acusa, pudiendo extraerse, de la prueba reunida, otras hipótesis razonables compatibles con la inocencia del encartado.

En ese sentido, a la luz de la sana crítica racional y a diferencia de lo resuelto en primera instancia, considero que no puede afirmarse que "...se pudo acreditar con claridad cómo sucedieron los hechos, como así la intervención que le cupo al procesado...".

En primer termino debo señalar que -tal como han referido los funcionarios policiales que participaron del allanamiento en la casa del encartado, el testigo M. y el procesado-, la PC con gabinete marca "performance" de color negro, donde fueron halladas las fotografías cuya distribución se imputa y que fue secuestrada en autos, se encontraba sobre un escritorio y conectada para su uso -común- en el comedor de la vivienda. Resalto, a su vez, que al momento del procedimiento que se llevó a cabo ante la presencia del imputado y su hijo, que se encontraban en el inmueble cuando llegó el personal policial, la computadora estaba encendida.

Resulta importante tener en cuenta la ubicación del ordenador, puesto que ella da cuenta de que se encontraba en un lugar de fácil acceso y uso por cualquiera de los miembros de la familia, de lo que puede sostenerse que era la PC común del grupo familiar, y no un ordenador que fuera de uso exclusivo o primordial por parte de alguno de sus miembros.

Este dato, sobre el uso compartido de la computadora, conlleva una dificultad al momento de determinar la autoría en la distribución de las imágenes, dado que en la casa viven cuatro personas y que todas ellas tienen acceso irrestricto y frecuente al ordenador, la posibilidad de adjudicar las acciones imputadas a uno solo de los habitantes del lugar requería -por parte del Ministerio Público Fiscal-, la obtención de otras pruebas que permitan explicar -de una forma racionalmente

justificada- por qué las conductas habrían sido realizadas por el encartado y no por otro de sus familiares. Dicha complejidad fue, incluso, destacada por el Juez A Quo en su sentencia.

Como explicaré, no se ha aportado prueba suficiente para respaldar la acusación y afirmación del Juez de Grado sobre la excluyente autoría del procesado, ya que las razones expuestas por el Magistrado no poseen la solidez suficiente para alcanzar la certeza requerida sobre este extremo e imponer justificadamente una condena.

Destaco a partir de lo explicado por el perito informático en el debate y en los informes incorporados por lectura a fs. 88/101 y fs. 104/105, que no existe ningún dato que pueda extraerse de la CPU que permita inferir con certeza que ha sido el encartado, y no otra persona con acceso a la computadora, quien realizó la acciones de distribución, a través del programa p2p Shareaza.

Máxime, teniendo en cuenta que, como explicó el perito, ni siquiera puede determinarse el momento en que las acciones habrían ocurrido, ya que por el funcionamiento del programa "...la 'descarga' y 'subida' de archivos e produce independientemente de la intervención del usuario..." por lo que "...los horarios de las conexiones para producir transferencias de archivos no pueden ser utilizados para la identificación del usuario que buscó y selección el archivo de interés para la descarga y distribución..." (220/221).

El perito explicó que la imágenes se encontraron en una carpeta con el nombre "j.", integrante de la ruta sdb2/Users/J./Documents", que sería la cuenta principal del sistema, lo que conlleva que sea allí donde se almacenarían -en principio- los datos y documentos efectuados o descargados por los distintos programas que funcionan en la PC. Por ello no puede afirmarse -sin más- que todos los documentos que se hallaran en su interior pertenecieran al imputado, puesto que allí se almacenaba cualquier archivo obtenido de internet por cualquier persona que usara la

computadora, a menos que específicamente los guardara en otra carpeta.

En ese sentido, el hallazgo de documentos relacionados con el imputado en la carpeta que conforma la cuenta principal del sistema no permite afirmar que -por ello- todos los otros archivos que se encontraran allí, y en las distintas subcarpetas que contiene, fueran del procesado o hubieran sido obtenidos por él.

Idéntica situación ocurre con el nombre de usuario: "j." con el que se registró la aplicación Shareaza, ya que si bien ello podría ser un indicio de que ha sido J. quien instaló el programa, no puede inferirse de ese dato, sin ningún otro elemento que respalde la conclusión, que solamente él haya utilizado el programa y que todos los archivos que se obtuvieron con la aplicación hayan sido requeridos y preservados en la librería de archivos de la aplicación por el imputado, con la distribución automática de esos datos que ello implica -por la características del programa-.

En ese sentido, es relevante analizar la situación relacionada a numerosos archivos que habían sido obtenidos y compartidos mediante otra aplicación de características similares -llamada Ares-, cuyos nombres indicaban que podría tratarse de pornografía infantil y que no pudieron recuperarse.

Según declaró el testigo M., él instaló ese programa a pedido del hijo del imputado. Así, de seguirse el razonamiento del Juez de Grado debería inferirse que esos archivos fueron obtenidos por el joven; sin embargo, como parece haber entendido el Juez en lo Correccional, y por las mismas razones que justifican mi opinión en relación a los archivos vinculados a la aplicación "Shareaza", ese único dato no permite -por sí solo- afirmar que esos videos hayan sido buscados y distribuidos por él, ya que cualquiera de las otras personas con acceso a la computadora podrían haber "bajado" esos archivos, luego de que se instalara el programa.

Entiendo, en consecuencia, que la instalación de una aplicación determinada por parte de una persona, cuando luego otros sujetos tienen acceso al

uso del programa, no permite inferir válidamente -sin otro elemento respalde la conclusión- que aquél que realizó la instalación sea efectivamente el único que use la aplicación y que, por ello, él sea el único responsable por el contenido de los archivos que se distribuyen a través del programa. Una conclusión tal no se compece con la exigencias que impone una valoración probatoria ajustada a la sana crítica racional.

El juez de Grado entendió que "...existen indicios que analizados en forma integral y armónica, llevan a la conclusión de que el autor de los hecho no es otro que el aquí procesado...". Sin embargo, como señalé, no existe otra información en la causa que aquella que da cuenta de que la carpeta principal del ordenador (que usarían por defecto todos los programas allí instalados y para cualquier descarga de archivos de la red) llevaba el nombre del imputado y que su nombre era el del usuario registrado en la instalación de una de las dos aplicaciones que se habrían usado para obtener y compartir los archivos conteniendo pornografía infantil.

Esos indicios no permiten por sí solos justificar racionalmente (con la certeza que un pronunciamiento de condena requiere) que -de todos los integrantes de la familia que tenían acceso a la computadora- fue el procesado quien buscó y distribuyó las imágenes y videos.

A su vez, destaco, a partir de esas únicas pruebas valoradas por el Juez de Grado, pueden sostenerse otras hipótesis razonables que evidencian la existencia de una duda que, en virtud de los principios de inocencia e in dubio pro reo, impide considerar acreditada la autoría del encartado -y no de otra persona- en los hechos imputados, con la solidez exigida para imponer una condena penal (art. 1 del C.P.P. y 18 de la Constitución Nacional).

Agrego, que la circunstancia de que la computadora se encontrara -según los dichos del imputado- siempre prendida, que así haya sido hallada por la policía al realizar el allanamiento, y que ello coincida con la explicación ofrecida por el perito respecto de cómo suelen utilizarse los ordenadores para hacer más eficaces las

descargas mediante programas "peer to peer"; no ofrece ningún respaldo a la conclusión sobre la autoría del imputado, como pretende el Juez de Grado.

Reitero, en ese sentido, que al momento del allanamiento -cuando se constató que el ordenador estaba prendido- en el inmueble no se encontraba el imputado solo, sino que allí estaba, también, su hijo; por lo que no podría -razonablemente- valorarse esta circunstancia como una prueba que robustezca la hipótesis de la autoría excluyente de J.A.C., como sostiene el Juez A Quo, sin que se ofrezca una explicación más detallada de por qué no podría realizarse la misma inferencia respecto de la autoría del joven, en lugar de la del aquí acusado.

Voto por la negativa.

A LA MISMA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero, por sus fundamentos al voto del Dr. Barbieri, sufragando en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 229/236 vta. por el Sr. Defensor Oficial -Dr. Pablo Radivoy-; y en consecuencia revocar el veredicto condenatorio de primera instancia de fs. 217/228 y vta. y absolver a J.A.C., por aplicación del beneficio de la duda (art. 1 del C.P.P.), al no encontrarse debidamente probada su autoría en el hecho imputado por el que se dictara fallo definitivo (arts. 1, 209, 210, 371, 373, 530, 531 y conchs. del C.P.P.).

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Sufrago como el Dr.- Barbieri.

Con lo que terminó el acuerdo que firman los Señores Jueces nombrados.

S E N T E N C I A

//hía Blanca, 15 de mayo de 2.018.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que no es justo el veredicto y sentencia dictados.

Por ello, este Tribunal **RESUELVE:** hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 229/236 vta. por el Sr. Defensor Oficial -Dr. Pablo Radivoy-, y en consecuencia **REVOCAR** el veredicto condenatorio de primera instancia de fs. 217/228 y vta. y **ABSOLVER** a J.A.C., por aplicación del beneficio de la duda (art. 1 del C.P.P.), al no encontrarse debidamente probada la autoría (arts. 1, 210, 371, 373 y ccdtes del C.P.P.).

Notificar a la Fiscalía General Departamental y a la Defensoría General. Hecho, devolver al Juzgado de Origen donde deberá anoticiarse al justiciable.