

El uso de la Inteligencia Artificial (IA) para la generación de *deep fakes* en el tráfico de material de abuso sexual infantil y la anomia en el sistema penal argentino (artículo 128 del Código Penal)

La necesidad de una urgente reforma¹

Por Gustavo Eduardo Aboso²

1. Introducción

El impacto de las tecnologías emergentes en el campo del derecho penal ha obligado a rediseñar la política criminal de manera progresiva para hacer frente a los nuevos desafíos que plantea la criminalidad informática.³ Cada vez es más frecuente que los cibernautas adopten conductas más agresivas en las relaciones intersubjetivas que se desarrollan en el ecosistema digital, lo que genera una corriente permanente de reformas que corren a la zaga de la violencia en la Web 3.0. En particular, nos interesa abordar en este trabajo el efecto negativo que tiene el uso de la inteligencia artificial en la lucha contra el abuso y la explotación sexual de los menores de edad. Podría calificarse de una auténtica pandemia sin recurrir al dramatismo para graficar la influencia negativa que tuvo la irrupción de los sistemas basados en el aprendizaje automatizado en

¹ Artículo publicado el 21/08/2025 en [elDial.com](https://eldial.com). (Citar: elDial.com - DC3682)

² Doctor en Derecho (UNED- Madrid). Defensor de Cámara de Casación y Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesor de posgrado de Derecho Penal (UBA, Austral, Belgrano, Nacional de Nordeste, Nacional de Mar del Plata, Mendoza y del Salvador). Profesor invitado de la Universidad de Azuay (Ecuador) y la Universidad Mayor San Andrés (Bolivia). Autor del "Código Penal de la República Argentina comentado y concordado", 7.^a ed., 2025; "Derecho penal cibernético. La cibercriminalidad y el Derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación", Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2017; "Ciberdelitos. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Vols. 1º (2023), 2º (2024) y 3º (2025), elDial, entre otras obras. Director del Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal de elDial. Miembro Fundador de la Academia Argentina de Ciencias Penales.

Abreviaturas utilizadas: BBC = *British Broadcasting Corporation*. CDA = *Communications Decency Act* IP = *Internet Protocol* (Protocolo de Internet). ISPs= *Internet Service Providers*. JZ = *Juristenzeitung*. MASI= material de abuso sexual infantil. OSA = *Online Safety Act 2023*. RW = *Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*. StGB = *Strafgesetzbuch*. StPO = *Strafgesetzsprozess*. TEDH = Tribunal Europeo de Derechos Humanos. URL = *Uniform Resource Locator* (Localizador de Recursos Uniforme). Vol = Volume. ZIS = *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. ZRP = *Zeitschrift für Rechtspolitik*

³ Englerth, Markus/Huerkamp, Dinah, "Der Feind im Netz – die Erosion des freiheitlichen Strafrechts im Spiegel der Internetdelikte", *Jahrbuch für Recht und Ethik /Annual Review of Law and Ethics*, Vol. 23, Themenschwerpunkt: Recht und Ethik im Internet Law and Ethics on the Internet (2015), pp. 313 y ss.

la prevención y la represión de delitos de naturaleza sexual como el de distribución y difusión de material de abuso sexual infantil (MASI).⁴

Esta influencia negativa se hizo sentir con especial intensidad en la generación de imágenes realistas desarrolladas a partir del uso de algoritmos que logran una representación alterada que casi es indistinguible de una auténtica. Si bien es cierto que existen programas que permiten la compaginación digital de distintas representaciones en una indexada en la que se reflejan los rostros de menores de edad superpuestos en cuerpos de adultos en actividades sexuales, la inteligencia artificial vino a potenciar esta realidad virtual de una forma sin precedentes.

En este trabajo nos proponemos analizar cuál es el estado de la cuestión de la legislación nacional frente a la generación de imágenes hiperrealistas mediante el uso de la tecnología y hacer un estudio comparado en otras legislaciones para finalmente abordar la necesidad de una reforma penal inclusiva.

2. La violencia digital contra los menores de edad

Los menores de edad constituyen el eslabón más vulnerable de la sociedad moderna.⁵ Esta relación asimétrica se potencia sin duda por el uso asimilado de la tecnología en la comunicación y la búsqueda de información. Es casi imposible en la actualidad que los menores de edad no estén absorbidos por las nuevas tecnologías de la comunicación y recurren de manera compulsiva a las aplicaciones sin un sentido aparente. Los factores que potencian su uso son el anonimato, la accesibilidad y la asequibilidad. El anonimato favorece la impunidad. Mediante la creación de perfiles falsos, el robo de identidad y el uso de lenguaje alterado se puede asumir sin mayores riesgos una identidad inventada que permite al agente actuar con total seguridad. En el caso del abuso y la explotación sexual de menores de edad se evidencia con toda su fuerza en el incremento explosivo de los contactos telemáticos con menores de edad con el propósito de atentar contra su indemnidad sexual, en el *cyberbullying* y de modo especial en la distribución y difusión de material de abuso sexual infantil (MASI).

Recordamos la clásica distinción entre la criminalidad en red (*Internetkriminalität*) y la criminalidad computacional (*Computerkriminalität*), cuya línea de demarcación se traza sobre la concepción de los intereses tutelados en juego.⁶ Mientras la primera consiste en el uso abusivo de las redes telemáticas para canalizar la comisión de múltiples delitos, la segunda apunta de manera decisiva al núcleo del funcionamiento de los sistemas informáticos, siendo un claro exponente de este fenómeno delictivo moderno el acceso no autorizado a datos almacenados en sistemas telemáticos o directamente el sabotaje informático. El

⁴ Krings, Günter, "Neuer Maßstab im Kampf gegen Kinder- und Jugendpornografie", *ZRP*, 47. Jahrg., Heft 3 (17. April 2014), pp. 69 y ss.

⁵ "En una causa donde se investiga la comisión del delito de abuso sexual agravado en perjuicio de una menor cabe poner de relieve la doble condición de la niña, tanto de menor de edad como de mujer, que la vuelve particularmente vulnerable a la violencia. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite." CSJN, *Fallos*:343:354.

⁶ Sieber, Ulrich, *Straftaten und Strafverfolgung im Internet*, Gutachten C zum 69. Deutschen Juristentag, Beck, München, 2012, C 88; Hilgendorf, Eric/Frank, Thomas/Valerius, Brian, *Computer- und Internetstrafrecht*, Springer, Berlin, 2005, marg. 6. En este sentido, Aboso, Gustavo E., *Derecho penal cibernético*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 17 y ss.; Sáez Capel, José, *Informática y delito*, 2.ª ed., Proa XXI, Buenos Aires, 2001, pp. 33 y ss.

delito cuyo estudio nos convoca se encuentra registrado en el primer supuesto, ya que el autor utiliza las redes informáticas para distribuir y difundir el material prohibido, pero también debemos hacer una salvedad, porque el uso de las tecnologías emergentes para la generación de imágenes hiperrealistas importa al menos un uso indebido de los programas que desatienden su propósito original.

Para nuestro objeto de estudio conviene detenerse en el desarrollo de la tecnología de la reproducción de la imagen mediante el uso de programas especialmente diseñados para lograr una realidad aumentada o una realista, lo que ha brindado una oportunidad inigualable a bajo costo de detección para desarrollar distintos emprendimientos delictivos a nivel internacional.

El delito de distribución y difusión de MASI se justifica en gran medida por el elemento económico. Detrás de la distribución de este tipo de material se esconden una extensa red de organizaciones criminales que lucran con el sufrimiento ajeno. Amén de la existencia de consumidores habituales que padecen de una desviación sexual documentada, el mercado ilegal abastece de manera corriente la demanda mediante una oferta cada vez más variada de abusos sexuales que sostiene la industria delictiva.⁷

Esta realidad criminal omnipresente obligó a la autoridad a adoptar medidas concretas que permitan la punición de este tipo de comportamientos, pero para ello se echó mano del recurso de la indexación punitiva mediante la creación de tipos penales que bajo la égida de un modelo de anticipación sancionan conductas como el contacto telemático con menores de edad con fines sexuales o *grooming* cuya finalidad confesa es la de adelantar la barrera de punición a los actos preparatorios de una futura agresión sexual contra un menor de edad.

Una de las divergencias que surgen del estudio del derecho comparado arroja como resultado provisional que las legislaciones penales han establecido distintos grados de protección de la minoridad contra el abuso y la agresión sexual. Una disparidad normativa en su tratamiento puede observarse en el límite establecido en la protección del menor de edad. Por ejemplo, en el caso de la edad mínima para ejercer la autodeterminación sexual progresiva, la ley argentina establece una edad de trece años, mientras que la alemana lo hace en los catorce años, la francesa en los quince años y la española en los dieciséis.⁸

Otra de las disparidades normativas también se proyectan sobre la tipificación de determinadas conductas de agresión sexual contra los menores de edad. En el caso del contacto telemático con menores de edad con fines de agresión sexual, nuestra legislación prevé un dispositivo bastante extenso y poco definido en sus contornos legales, ya que cualquier forma de contacto telemático con un menor de edad con una ultraintención difusa, ya que el contenido de lo injusto gravita en gran medida en la intención del autor, la que podría quedar engarzada sin dificultad con esta figura. Por lo tanto, salvo que el autor haga patente su intención mediante el pedido de imágenes íntimas o directamente canalizando la conversación hacia los aspectos de la personalidad sexual de la víctima, existe un margen apreciable de indefinición, por ejemplo, la invitación a tomar un helado o al cine, lo que le resta fuerza a la tutela efectiva de la minoridad.

⁷ Katyal, Kumar Neal, "Criminal Law in Cyberspace", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 149, N° 4 (Apr., 2001), pp. 1028 y ss.

⁸ Aboso, Gustavo E., "Delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales (child grooming)", *Suplemento Penal*, N° 2, La Ley, octubre 2023, pp. 3 y ss.

En el caso español, por ejemplo, existen dos conductas debidamente definidas en el artículo 183 de ese ordenamiento que consisten en concertar un encuentro con la finalidad de cometer un acto sexual y el autor realice actos objetivos de acercamiento o la producción de material de contenido pornográfico. A su vez, se prevé una forma agravada de contacto telemático que consiste en embaucar al sujeto tutelado para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor.⁹

Para evitar un desborde punitivo en la aplicación de esta figura, el artículo 183 bis del Código Penal español contiene una cláusula de impunidad cuando la diferencia etaria entre el autor y el menor no sea significativa así como el grado de desarrollo o madurez física y psicológica que media entre ambos. De esta manera se quiere evitar una sobrecarga punitiva que se traduce en la realidad en la sustanciación de múltiples procesos contra menores de edad o jóvenes que utilizan el ecosistema digital de manera habitual para comunicarse y así exteriorizar sus vínculos sexuales. Por ejemplo, en el ejemplo de la persona de 18 años que mantiene un noviazgo con la menor de 16 años y le solicita por medio telemático una foto desnuda, la necesidad de la intervención punitiva aparece desdibujada por su falta de necesidad, en especial, cuando los que ejercen la tutela parental son los que realizan la denuncia porque se oponen directamente al vínculo afectivo.

En el último tiempo el concepto de consentimiento en el derecho comparado ha sufrido un vuelco importante al acuñar el llamado “consentimiento positivo” en la tarea de brindar una protección más efectiva a las mujeres y adolescentes. En este sentido, por ejemplo, las legislaciones españolas y alemanas, siguiendo las directrices de una renovada política criminal en el ámbito de la criminalidad sexual, han regulado el consentimiento afirmativo que condena de manera definitiva al ostracismo la idea vernácula de que la mujer debe resistir la agresión sexual para valorar una falta de consentimiento.¹⁰ En términos sencillos, a partir de casos como el de la violación en manada en la ciudad de Pamplona y la concepción tradicional de que la falta de resistencia física contra la agresión sexual cometida por un grupo de hombres contra una mujer debía calificar el hecho como abuso sexual porque no existió resistencia u oposición de la víctima, movimientos feministas exigieron un cambio en la legislación penal que permita evitar una suerte de revictimización de la mujer cuando la violencia ambiental desplegada por el número de sujetos activos hacían ineficaz cualquier tipo de resistencia. En síntesis, el consentimiento no se presume, la falta de resistencia física no acredita de manera negativa la presencia de consentimiento, por lo tanto, será el acusado y autor del hecho el que deberá probar la existencia del consentimiento en el trato sexual. Esto significa no sólo una simple inversión de

⁹ Aboso, “Delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales (child grooming)”, pp. 16 y ss.

¹⁰ Schroeder, Friedrich-Christian, “Reform des Sexualstrafrechts: Zum Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht (2017)”, JZ, 73. Jahrg., Nr. 7 (6. April 2018), pp. 345 y ss.; Gimbernat Ordeig, Enrique, “Solo sí es sí”, *Diario del Derecho*, lustel.com, de 27/4/2020, pp. 1 y ss.; Lascurain, Juan Antonio, “Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve”, *Almacén de Derecho*, 9 de marzo de 2022, pp. 1 y ss.; Díaz y García-Conlledo, Miguel y Trapero Barreales, María A., “La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-18 (2023), pp. 1 y ss.; Rodríguez G. Chávez, Fátima, “El consentimiento y su importancia en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, *Diario La Ley*, N° 10147, Sección Tribuna, 10 de octubre de 2022, pp. 1 y ss.

la carga de la prueba, sino que tiende a fortalecer la posición de la mujer frente a las agresiones sexuales.¹¹

Aunado a esto y en el ambiente digital de las relaciones intersubjetivas, la proliferación de aplicación de citas en línea potenció la aparición de formas de agresión sexual más sofisticadas como las del *stealththing*, sobre la que hemos tenido la ocasión de referirnos¹², en el que la mujer que mantiene un contacto telemático con un hombre y en el marco de esa conversación le manifiesta ciertas limitaciones o condiciones para un eventual encuentro sexual, en general, con el tema del uso de profiláctico, que es incumplido por el varón durante el curso de la relación sexual. Este tipo de comportamiento ha sido calificado de manera invariable como una forma moderna de violación propia, ya que la falta de observancia de la voluntad de la víctima que quiere evitar un embarazo no deseado o una infección sexual representa directamente una infracción al ejercicio de su autodeterminación sexual que la hace compatible con la falta de consentimiento.¹³

Otra conducta que es próxima a la distribución y difusión de MASI es la de *revenge porn* o pornovenganza¹⁴, pero a diferencia del abuso sexual infantil, acá la propia víctima colaboró en la producción en el marco de una relación afectiva, por ejemplo, la menor de 16 años que se autorretrato desnuda y le envió la imagen a su novio de 18 años, quien luego de la ruptura difundió la imagen a terceros.¹⁵ Acá no puede hablarse de un abuso sexual porque la víctima se autorretrato de manera voluntaria y libre de toda presión para complacer a su novio. Como no existió coacción en la autorrepresentación, resulta inapropiado calificar el hecho como abuso sexual¹⁶, pero para la configuración del delito de distribución y difusión de MASI resulta, en principio, indiferente cuál ha sido el modo de producción de las representaciones.

Limitar nuestro análisis a la violencia sexual resulta desaconsejable y, por lo tanto, incompleto, en especial, porque existen múltiples conductas que se expresan en las redes sociales y que no pueden ser agrupadas de manera arbitraria como un ataque a la indemnidad sexual del menor de edad. Nos referimos a los comportamientos en redes sociales (Facebook, X, Instagram, Tik Tok, YouTube, Snapchat, WhatsApp, LinkedIn, entre otras) que tienen por objetivo humillar, mortificar, extorsionar u hostigar a otro. El uso de las redes sociales para publicar o difundir representaciones íntimas de terceros, reales o realistas, constituye uno de los fenómenos más corrientes en la sociedad de la información.

¹¹ Hörnle, Tatjana/Frommel, Monika, Reform des Sexualstrafrechts?, *ZRP*, 48. Jahrg., Heft 6 (4. September 2015), p. 190.

¹² Aboso, Gustavo E., “*Stealththing* o el retiro sigiloso del método profiláctico como nueva forma de agresión sexual”, *Suplemento de Derecho Penal, Procesal Penal y Penal Juvenil*, de 6/11/2024 (cita: elDial DC3526).

¹³ Brodsky, Alexandra, “‘Rape-adjacent’: Imagining Legal Responses to Nonconsensual condom removal”, *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 32, pp. 183 y ss.; Castellvi Monserrat, Carlos, “¿Violaciones por engaño?”, *InDret*, Vol. 4, 2023, pp. 175 y ss.

¹⁴ Karnouskos, Stamatis, “Artificial Intelligence in Digital Media: The Era of Deepfakes”, *IEEE Transactions on Technology and Society*, Vol. 1 (2020), pp. 138 y ss.

¹⁵ Citron, Danielle Keats/Franks, Mary Anne, “Criminalizing Revenge Porn”, *Wake Forest Law Review*, Vol. 49 (2014), pp. 345 y ss.

¹⁶ Reinbacher, Tobias/Wincierz, Andrej, “Kritische Würdigung des Gesetzentwurfs zur Bekämpfung von Kinder- und Jugendpornographie”, *ZRP*, 40. Jahrg., H. 6 (10. September 2007), p. 197.

El *cyberbullying* entre jóvenes es una práctica social que escaló de manera vertiginosa con el desarrollo de las nuevas tecnologías aplicadas a la comunicación social. Este comportamiento disocial ha causado tremendo sufrimiento entre los jóvenes que han sido víctimas de esta forma de violencia digital, incluso al extremo de provocar el suicidio. La difusión de imágenes íntimas, reales o virtuales, también constituye una práctica arbitraria de la libertad en el uso de las redes telemáticas, ya que ello cataliza una situación de humillación para el representado. En cualquier caso, acá entran otros actores en juego en la tutela efectiva de la intimidad y el honor de las personas.

El *sexting* también se cuenta entre las filas de las manifestaciones más mortificantes porque parte del abuso de confianza de la víctima que consintió un registro digital de un intercambio sexual o de la intimidad con su eventual pareja, quien luego la extorsiona con su publicación en las redes sociales con el objeto de impedir el libre ejercicio de su libertad de decisión o directamente hostigarla y desacreditarla.

A continuación nos habremos de centrar en el estudio del delito de tenencia, distribución y difusión de material abuso sexual infantil y el desafío planteado por las tecnologías emergentes como la inteligencia artificial en la ventaja técnica de la elaboración de imágenes realistas de abuso sexual infantil en las que está ausente una víctima real.

3. La generación de imágenes realistas a partir de la aplicación de las tecnologías emergentes y la respuesta político criminal

El desarrollo de las tecnologías en la información y las comunicaciones moldearon la sociedad moderna al punto de crear una dependencia exclusiva de esta forma de interacción social en el mundo digital. Una consecuencia negativa, indeseable, pero irremediable, fue el uso de las tecnologías emergentes para la comisión de delitos. Principalmente el anonimato en las redes telemáticas mediante la creación de falsos perfiles o la elaboración más refinada de una identidad digital apócrifa permitió que cierta clases de delitos que están confinados a una existencia en el mundo físico encontraran una válvula de escape para potenciar y lucrar con la violencia sexual contra los menores de edad. Hace tiempo atrás el tráfico de representaciones sexuales de menores de edad requería como mínimo un grado de conocimiento de las personas que interactúan entre sí y el medio utilizado era la foto impresa. La tecnología aplicada a la comunicación social desarticuló esta realidad al hacer innecesario el conocimiento entre sus autores y agilizar la transmisión de los datos mediante las redes telemáticas, lo que significó que el delito no quedará tampoco atrapado en el ámbito espacial de un territorio, sino que se transformara del día a la noche en un delito transnacional.

Esta circunstancia obligó a un reposicionamiento de la política criminal que no podía quedar encasillada en el ámbito territorial, porque los límites políticos o geográficos no cumplían papel alguno, por lo tanto, se impuso a fuerza de la realidad diseñar una política criminal de carácter internacional para combatir de manera eficaz esta forma de criminalidad moderna. En este rumbo, el primer paso fue dado cuando se elaboró el convenio de Cibercriminalidad en 2001 (Budapest) en la que los principales países que lideran el desarrollo tecnológico acordaron introducir en sus legislaciones un corpus normativo único para evitar

los santuarios de impunidad y la proliferación de los grupos criminales que están detrás de esta forma de criminalidad organizada.

En un primer momento, la tipificación del delito de tenencia, distribución y difusión de MASI recurrió al concepto de “imágenes u objetos obscenos”, aunque no se refería de manera directa a las representaciones sexuales de menores de edad, lo que generó una línea de interpretación judicial sobre el contenido y el alcance del término “obsceno”.

En este sentido, como se recordará en el precedente “Musotto”¹⁷, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo que resolver el pedido de vulneración del principio de legalidad en torno del concepto obsceno utilizado en el citado artículo 128 de la ley sustantiva. Si bien nuestra máxima instancia judicial a nivel federal sostuvo que la tipificación resultaba autosuficiente en lo relativo a la descripción de la conducta prohibida, reconoció que existían ciertas limitaciones en el uso del lenguaje originado en la anfibiología. En este caso se sostuvo que lo obsceno de la representación podía ser valorado desde el punto de vista de la interpretación social de este término, es decir, como un valor cultural en un momento determinado.

El problema evidente con esta propuesta es el carácter dinámico del término “obsceno” asociado a la valoración social. Para ser justos, en el caso de los menores de edad como sujetos tutelados, no parece existir discrepancias sobre que cualquier actividad sexual que los tenga como protagonistas y su registro constituyen la materia básica de prohibición.

Para escapar de este estado de indeterminación y sumándose a la tendencia de la política criminal internacional se excluyó el calificativo obsceno por una definición más objetiva que permita no sólo una mejor exégesis de la materia de prohibición, sino también satisfacer el principio de máxima taxatividad penal. Como corolario de esto se introduce un concepto de material de abuso sexual infantil relacionado con “toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales.”

Sin duda se ganó en precisión conceptual al definir el concepto de MASI con una actividad explícita de naturaleza sexual, siendo indiferente para su aplicación cuál es en concreto esa actividad sexual, lo importante es que la representación transmita sin ambages un contenido sexual violento en razón de la condición etaria del sujeto tutelado.¹⁸

En el derecho comparado ésta también ha sido la tendencia seguida cuando el § 184b del StGB¹⁹ define el contenido de la representación en los siguientes términos:

¹⁷ CSJN, Fallos:310:1909.

¹⁸ Para algunos el concepto de “pornografía infantil” se fue extendiendo con el tiempo hasta transformarse en algo vago e impreciso, por ejemplo, cuando se emplea el término “exhibición lasciva” (*lascivious exhibition*) cfr. Senders, Owen, “Misreading the Federal Child-Pornography Statutes”, *Georgia Criminal Law Review*, Vol. 3, N° 1 (2024–2025), pp. 50 y ss.

¹⁹ El § 184b del StGB ha sido sometido a una serie ininterrumpidas de reformas con el objeto de ajustar la protección integral de los menores de edad frente al avance de las nuevas tecnologías de la comunicación, siguiendo en general el modelo neopunitivista de exacerbar la respuesta penal frente a cierto tipo de comportamiento guiado hacia la personalidad del autor en lugar del hecho. Esto generó ciertas anomalías que fueron corregidas con el tiempo en virtud de posibilitar el ejercicio adecuado de la acción pública en cabeza del Ministerio Público Fiscal, en particular, el incremento de las penas previstas para el delito de difusión, tenencia y posesión de MASI imposibilitaba la aplicación del principio de oportunidad para delitos menores (§ 153 StPO) y la

- a) actos sexuales por, sobre o delante de una persona menor de catorce años (niño),
- b) la representación de un niño total o parcialmente desnudo en una postura sexual provocativa o
- c) la representación sexualmente provocativa de los genitales desnudos o las nalgas desnudas de un niño

Al mismo tiempo el citado párrafo introduce dentro del ámbito de prohibición a las representaciones realistas o ficticias de actos sexuales en el que participa un menor de edad.

A diferencia de nuestro ordenamiento jurídico, la ley penal alemana regula de manera independiente la difusión y tenencia de esta clase de material en el que el sujeto representado sea un menor joven (contenido pornográfico juvenil), es decir, una persona de catorce años y menor de dieciocho años. Las penas previstas son sensiblemente inferiores a las asociadas para el menor de catorce años (pena de prisión de hasta tres años cuando el contenido sexual sea juvenil y de hasta diez años cuando sea menor de catorce años).

Una tendencia universal en el plano de la regulación de esta clase de delitos es la de incrementar la amenaza de pena y extender de manera gradual el concepto primario de MASI con el objeto de abarcar formas más refinadas en su representación de la mano de las nuevas tecnologías.²⁰ Sin perjuicio de ello, la inclusión de las representaciones realistas o ficticias en el ámbito de prohibición regulado por los delitos de tenencia, distribución y difusión de esta clase de material genera dudas sobre su adecuada legitimación, en especial, cuando se recurre a la fundamentación de la indemnidad o integridad sexual del menor de edad, el peligro de promover agresiones sexuales futuras o perpetuar la explotación sexual de los infantes.²¹

4. El delito de distribución y difusión de MASI en el Código Penal argentino

La primigenia disposición de este delito en el Código Penal de 1921 no estaba destinada sólo a la protección de los menores de edad, ya que se la conducta típica consistía en publicar, fabricar o reproducir “libros escritos, imágenes u objetos obscenos y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular.” El foco central estaba puesto en el carácter obsceno de la publicación sin importar quién era la persona representada, ya que resultaba indistinto si era adulto o menor de edad.

suspensión del proceso a prueba (§ 153a del mismo texto legal). Al no regularse causales de atenuación de la pena, esto acarreó que el acusado de posesión de material prohibido que carezca de antecedentes computables fuera confrontado como un delincuente habitual o por hechos más graves, lo que obviamente generó, como ocurre en cualquier jurisdicción, un dispendio de recursos siempre finitos, cfr. “Gesetz zur Anpassung der Mindeststrafen des § 184b Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 des Strafgesetzbuches - Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Inhalte”, Gesetz vom 23.06.2024 – BGBl. I 2024, Nr. 213 vom 26.06.2024.

²⁰ Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder, de 22/6/2021, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 33, ausgegeben zu Bonn am 22. Juni 2021.

²¹ Greco, Luis, “Strafbare Pornografie im liberalen Staat – Grund und Grenzen der §§ 184, 184a-d StGB”, *RW*, Heft 3 (2011), pp. 298 y ss.; Solowey, Rikki, “A Question of Equivalence: Expanding the Definition of Child Pornography to Encompass “Virtual” Computer-Generated Images”, *Tulane Journal of Technology & Intellectual Property*, Vol. 4 (2002), pp. 161 y ss.; Sandford, Bill W., “Virtually a Minor: Resolving the Potential Loophole in the Texas Child Pornography Statute”, *St. Mary’s Law Journal*, Vol. 33, N° 3 (2002), pp. 549 y ss.

Esta perspectiva normativa todavía no había reconocido la importancia del tráfico de MASI, en especial, por su poca trascendencia en las estadísticas y el carácter hermético de los grupos de individuos que fabricaban y distribuían esta clase de material de abuso sexual. Claro que esto no debe promover la idea de que este delito no se cometía, claro que se cometía, pero jamás con la virulencia registrada en los tiempos modernos al calor del avance tecnológico.

Podemos fijar como hito temporal en el crecimiento exponencial de este delito a la globalización de las comunicaciones a caballo de las tecnologías aplicadas a la interacción social. A partir de este momento se agencia una reacción en cadena de la política criminal a nivel mundial preocupada por el auge de esta forma larvada de abuso sexual que tiene como víctima excluyente al menor de edad. El acceso irrestricto de los menores de edad a los dispositivos electrónicos permitió la creación de la comunidad digital que potenció su victimización y expuso al mismo tiempo la fragilidad de la tutela efectiva de la infancia.

El artículo 128 del Código Penal fue sometido a un profundo cambio legislativo acorde con el desarrollo de la sociedad de la información. La imagen aparece como el elemento multiplicador en la comisión de este delito, perdiendo importancia los medios escritos o gráficos, ya que en el medio comisivo está situado de manera unidimensional en la fabricación, tenencia, distribución y difusión de MASI.

En este sentido, la ley 25.763 aprobó el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Este documento internacional describe la creciente preocupación en torno al aumento de las actividades delictivas en línea que tienen por blanco predilecto a los menores de edad. Respecto del tema que nos ocupa, si bien el citado protocolo como la convención afín hablan de “pornografía infantil” en lugar de “tráfico de material de abuso sexual infantil” (MASI) teniendo en cuenta que el concepto de pornografía se reserva para las relaciones sexuales consentidas entre adultos, algo que resulta improcedente e inapropiado cuando se vincula con el abuso y la explotación sexual de los menores de edad.

Nos interesa citar para nuestro estudio la propia definición de “pornografía infantil” contenida en el artículo 2° que acuña el citado protocolo al referirse a “c) (...) toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.” Dentro del concepto de material de abuso sexual infantil previsto en el protocolo aparece la representación “simulada” que encuadra de manera genérica con el problema aquí analizado de la representación digital.

Más allá de que la citada ley obliga al estado nacional a armonizar su legislación penal a los principios y finalidades establecidos en el mencionado protocolo como refuerzo de la política criminal integral en la protección de la minoridad, el legislador ha permanecido impávido ante los cambios aludidos. En una primera aproximación, el adjetivo “simulada” es abarcador sin hesitar de las imágenes generadas mediante el uso de algoritmos basados en la inteligencia artificial. También podría discutirse, aunque es trago de otro costal, si la simulación también incluye la escenificación de relaciones sexuales entre adultos, pero protagonizando papeles de menores de edad.

Las acciones incriminadas son la producción, la distribución, la divulgación, la importación, la exportación, la oferta, la venta o la posesión, con los fines antes

señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2°. Sobre este tópico nuestra ley cumple con las expectativas cifradas por el protocolo analizado.

Una cuestión vinculada con la prevención y la punición de este tipo de conductas se relaciona con la necesidad de una regulación efectiva de la responsabilidad de la persona jurídica, que en el entorno en el que estamos trabajando se refiere a los proveedores de servicios digitales, en especial a los de contenidos. El artículo 3°, apartado 4, fija como meta realizable la responsabilidad penal, administrativa o civil de la persona jurídica que haya intervenido en la comisión de los delitos enumerados por el protocolo.

Sobre esto último la doctrina viene llamando la atención sobre la necesidad de elaborar una respuesta punitiva que incluya de manera necesaria a las personas jurídicas, es decir, en el ambiente tecnológico en el que se cometen a diario esta forma de criminalidad sexual contra los menores de edad, se propone que los prestadores de servicios en la era digital que promocionan la distribución y la difusión de esta clase de material tengan una responsabilidad penal corporativa.²²

Al respecto nuestro sistema penal no ha transitado aún este sendero punitivo que no está exento de ciertos desafíos y complicaciones. Uno de los más obvios se relaciona con el efectivo alcance de la ley penal cuando los principales proveedores de servicios digitales se encuentran situados en extraña jurisdicción, siendo imprescindible la doble tipificación y de manera ineludible la cooperación judicial. Solo basta echar una mirada a la compleja evolución de la responsabilidad civil del núcleo corporativo que integra la infraestructura crítica informática frente a las acciones entabladas por particulares en el resguardo de sus derechos digitales. La falta de jurisdicción ha sido el mascarón de proa en la estrategia judicial diseñada por las principales corporaciones en la defensa de sus intereses que operan a lo largo y ancho del planeta.

Los aspectos más salientes de las últimas reformas introducidas en este dispositivo consisten en sintetizar un criterio objetivo para definir al material prohibido que no descansa de manera unilateral en el valoración social de la representación (obsceno), dejando debidamente aclarado que debe tratarse de un menor de edad en una actividad sexual o imágenes de sus partes íntimas; amén de que se extendió el ámbito de aplicación de esta figura al adicionar nuevas conductas prohibidas que permiten perfilar de mejor manera la naturaleza de tráfico que caracteriza a su comisión; y, por último, la inclusión de la tenencia para autoconsumo de MASI.

Desde la perspectiva de la conminación punitiva, se evidenció un incremento sustancial de la escala penal que la ubica en su máxima expresión entre los cuatro y ocho años de prisión cuando las representaciones involucrasen a menores de trece años (cualificación prevista *in fine* del citado artículo 128 del Código Penal), lo que sin duda conspira contra la política criminal integral de la minoridad a poco que se repare que la agresión sexual simple prevista en el párrafo primero del artículo 119 del Código Penal fija una pena de cuatro años en su escala máxima y ella lleva ínsita el contacto sexual con el menor de edad. Al perderse de vista uno de los ejes temáticos sobre los cuales gira la política criminal en materia de protección de la infancia, es decir, la existencia o no de

²² Renzikowski, Joachim, *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, §§ 80-184g, 2. Auflage, C. H. Beck, München, 2012, vor §§ 174 ff., marg. 55.

contacto físico entre el autor y la víctima, resulta menos grave a la luz de la punición del delito de distribución y difusión de MASI en la que, salvo el subtipo de la acción de producción, no existe contacto físico entre ambos. Esta asimetría punitiva que no respeta el criterio de proporcionalidad en función de la mayor o menor lesividad de la conducta prohibida genera la autofrustración de la tutela efectiva de los menores de edad, sumado a que otras figuras afines como el delito de contacto telemático con menores de edad con el propósito de atentar contra su integridad sexual que también sitúa en su vértice superior de la escala penal la amenaza de prisión de cuatro años, cuando se trata de una figura de peligro concreto que se desarrolla en el umbral de la agresión sexual, es decir, se trata de un acto preparatorio para la comisión de un delito sexual contra menores de edad en el que presupone la ausencia de contacto sexual.

Sin perjuicio de lo expresado, la fiebre punitivista en la que se encuentra inmersa la tutela integral de la infancia no es una característica doméstica, sino que en el derecho comparado es posible describir el mismo fenómeno, incluso con la previsión del delito de comercialización de muñecas con aspecto infantil para el uso de actividades sexuales (§ 184I StGB).²³

5. Clases de representaciones virtuales y técnicas de MASI

Previo al análisis jurídico en el derecho comparado de la regulación de las representaciones o imágenes creadas a partir de la aplicación de inteligencia artificial, resulta necesario efectuar una aclaración sobre los términos empleados cuando uno se refiere a las representaciones realistas. Existen al menos cuatro acepciones para referirse al objeto de las acciones punibles en el marco del delito de tenencia, distribución y difusión de material prohibido. La primera es la **representación real** (*real child pornography*) de menores de edad involucrados en actividades sexuales o en las que aparecen reflejadas sus partes íntimas con predominio sexual. Las restantes formas de representaciones son realistas (*virtual child pornography*), es decir, a diferencia de la primera, no tienen como protagonistas a víctimas reales, es decir, menores de edad abusados sexualmente.

En esta segunda constelación, se distingue la **representación de ficción** que está caracterizada por la participación de adultos que fingen ser menores de edad involucrados en una actividad sexual, por ejemplo, el uso de personas enanas vestidas como infantes o personas que usan vestimenta infantil. En muchos casos la temática aborda historias infantiles que se desarrollan desde una perspectiva sexual.

En cambio, la **representación realista** o también llamada “pornografía realista” es la que emplea la tecnología, por ejemplo, la inteligencia artificial, para generar una imagen hiperrealista, extremadamente difícil en su distinción con una imagen real.

Por último, la cuarta, también involucra el uso de tecnología informática, pero en este caso el autor emplea imágenes reales y las superpone entre sí para generar

²³ El citado § 184I del Código Penal alemán sanciona la comercialización, adquisición y posesión de muñecas sexuales con apariencia infantil. Este parágrafo fue introducido por la *Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder vom 16.6.2021*. Crítico, Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetz*, 69. Auflage, C. H. Beck, München, 2022, § 184 I, marg. 3.

una tercera, lo que se conoce como **representación transformada** (*morphed child pornography*).²⁴

Esta clasificación del material de abuso sexual infantil está prevista, entre otras, por la legislación norteamericana en el actual 18 U.S.C. § 2256 (8)(B) que sanciona las cuatro formas de representación sexuales de menores de edad. Para nuestro estudio, nos habremos de centrar en adelante en las representaciones virtuales o ficticias, en especial a partir de la generación en el uso de las tecnologías emergentes.

Uno de los problemas que plantea la imagen hiperrealista es la creciente disolución de la realidad y lo imaginario, la confusión que se acrecienta de manera gradual con el avance de las nuevas tecnologías, en el que el abuso sexual real no se diferencia del abuso sexual realista, en donde se impone una nueva realidad digital.²⁵

6. La representación realista o *deep fakes* de MASI en el derecho y la jurisprudencia comparados

La creación de imágenes realistas o *deep fakes* de la mano de las nuevas tecnologías tienen una aplicación muy amplia y variada en la sociedad moderna. Desde vídeos, *reels* o representaciones cómicas en la que participan políticos, actores, actrices o personas de alta exposición pública, incluso la composición de personas inexistentes, hasta la composición de otras de naturaleza sexual, cuyo alcance abarca los más variados motivos como el hostigamiento, la humillación, la venganza o la satisfacción sexual.²⁶ Esta realidad digital omnipresente obligó a las autoridades públicas a adoptar medidas legislativas con carácter urgente para prevenir y castigar todos estos comportamientos disvaliosos que atentan contra la integridad personal de terceros.²⁷

Desde esta tendencia prohibitiva se pueden individualizar distintas respuestas con una mayor o menor intensidad que incluye desde la prohibición total de las imágenes realistas sin importar el motivo o la finalidad, hasta una prohibición relativa en aras de tutelar los derechos de los menores de edad, siempre con la debida participación de las empresas proveedoras de los servicios digitales.

Las imágenes realistas creadas a partir del uso de las tecnologías emergentes aparecen por primera vez en la citada convención sobre la ciberdelincuencia en su artículo 9º, inciso c), al decir “imágenes realistas que representen a un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.”

²⁴ Liu, “Ashcroft, Virtual Child Pornography and First Amendment Jurisprudence”, pp. 2 y ss.

²⁵ Baudrillard, Jean, *Simulacra and Simulation*, traducción de Sheila Faria Glaser, Ann Arbor The University of Michigan Press, 1994.

²⁶ Ice, Jessica, “Defamatory Political Deepfakes and the First Amendment”, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 70, Issue 2 (2019), pp. 417 y ss.; Waldstreicher, Bradley, “Deeply Fake, Deeply Disturbing, Deeply Constitutional: Why the First Amendment Likely Protects the Creation of Pornographic Deepfakes”, *Cardozo Law Review*, Vol. 42, Issue 2 (2021), pp. 729 y ss. En este trabajo se analiza el uso de las *deep fakes* para hostigar y humillar a un periodista de investigación indio que fue invitado a participar de una entrevista en la BBC con motivo de la violación de una menor de edad y el apoyo ofrecido para el perpetrador por sectores políticos y sociales. Autores anónimos crearon un vídeo adulterado en el que el citado profesional aparecía representado en un intercambio sexual y que fue difundido en las redes sociales, lo que generó una situación de estrés que obligó a la internación de la víctima.

²⁷ Karnouskos, “Artificial Intelligence in Digital Media: The Era of Deepfakes”, pp. 138 y ss.

Posteriormente, el Convenio del Consejo Europeo para la protección infantil contra la explotación sexual y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote), suscrito el 25 de octubre de 2007, extiende el objeto de prohibición a “todo material que represente de manera visual a un menor en una conducta sexualmente explícita real o simulada, toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales”.

En esta línea de trabajo, la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo estableció como eje temático en la protección infantil que “[...] el concepto de pornografía infantil también abarca las imágenes realistas de menores en las cuales el menor participa, o se le representa participando, en una conducta sexualmente explícita, con fines principalmente sexuales.”

Este entramado normativo de naturaleza comunitaria obligó a las legislaciones de los estados partes a una readecuación de la tutela integral de los menores de edad contra el abuso y la explotación sexual, no sin generar ciertas críticas asociadas al ejercicio de la competencia de la Comunidad Europea en la determinación de las directrices básicas en materia penal, aunado a la compatibilidad de su contenido con los principios rectores de la ley constitucional.²⁸

Además se intensificó la intervención punitiva al proponer castigar “el acceso a sabiendas, mediante tecnologías de la información y la comunicación, a pornografía infantil. Para ser responsable, la persona debe tener la intención de acceder a un sitio Internet en el que haya pornografía infantil y, a su vez, saber que es posible hallar en él ese tipo de imágenes.” Esto último resulta novedoso porque la legislación especializada se limita a sancionar la distribución y la difusión de MASI, incluso la tenencia para autoconsumo, pero hasta ahora nunca se había incursionado en la punición del acceso doloso a este material en el ecosistema digital. Si bien en un primer momento esta inclusión puede parecer beneficiosa, se corre el riesgo, como ya ocurrió con otros fenómenos de la delincuencia organizada, de concentrar los esfuerzos públicos en la demanda en lugar de perseguir la oferta y la producción de este tipo de material prohibido.

Un aspecto liminar con la represión de esta clase de abuso y explotación sexual de menores de edad se vincula con la libertad de expresión.²⁹ No es novedoso que se haya intentado amparar la distribución y la difusión de MASI recurriendo a la libertad de expresión y la prohibición de la censura previa. Es claramente entendible que esta forma de comunicación de contenidos en línea no guarda relación de afinidad con la citada libertad, en especial, porque ella afecta a terceros, es decir, los menores de edad representados cuya tutela resulta prioritaria, amén de que no existe un contenido comunicativo digno de protección.

²⁸ Hausteijn, Berthold H., “Europarechtliche Bezüge des Kinder- und Jugendpornographiestrafrechts. Zum unionsrechtlichen Hintergrund aktueller Auslegungsfragen der §§ 184b, 184c StGB”, *ZIS*, Heft 7-8/2014, pp. 348 y ss.

²⁹ Pradhan, Prajakta, “AI Deepfakes. The Gosse is Cooked?”, *University of Illinois Law Review*, (Oct. 4, 2020), <https://illinoislawreview.org/blog/ai-deepfakes/>.

Esta cuestión fue resuelta en el caso *Ferber v. New York* (1982)³⁰ cuando se juzgó al propietario de una librería que intentó vender a un supuesto comprador, en realidad un agente encubierto, material fílmico en el que aparecían jóvenes onanistas. La defensa de Ferber argumentó que este tipo de material estaba protegido por la citada libertad de expresión y que la ley del estado que castigaba la distribución de imágenes en las que aparecía un menor de 16 años en una actividad sexual resultaba inconstitucional. El juez que lideró la opinión de la Corte Suprema sostuvo que la distribución de esta clase de material se había transformado en un problema serio a nivel nacional, sumado al daño psíquico, emocional y para la salud mental de los menores abusados. También la corte señaló que existe una asociación entre la producción y la distribución de MASI y que la lucha efectiva contra este fenómeno criminal requería que los estados adopten las medidas legislativas necesarias para evitar la proliferación de este tipo de conductas lesivas.

Al establecer que la distribución de MASI no está alcanzado por el test de lascivo u obsceno establecido en el precedente *Miller v. California* que lo calificó como el material que carece de valor “literario, artístico, político o científico”, ya que acá el contenido del material representa un abuso sexual de menores de edad, por lo tanto, el parámetro delimitador de lo obsceno no guarda relación con el objeto de protección. Parece claro que la difusión y distribución de MASI no puede ser amparada bajo la libertad de expresión porque el carácter obsceno del registro visual de un abuso sexual infantil invalida *a priori* cualquier atisbo de legitimar esta forma de expresión como una promoción del debate público en el mercado de ideas.³¹ A su vez, debemos recordar que la difusión de *deep fakes* sólo tiene por finalidad humillar, mortificar u hostigar a otro, por lo tanto, la posibilidad de evaluar un conato de protección a través del ejercicio de la libertad de expresión se encuentra excluida de antemano.³²

Posteriormente este precedente fue ratificado en el caso *Osborne v. Ohio*³³ cuando la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos sostuvo que los estados estaban facultados para dictar leyes que sancionen la tenencia, la distribución y la difusión de material de abuso sexual juvenil, ya que este material no está amparado por la libertad de expresión, mientras que la prohibición persigue el fin legítimo de tutelar el bienestar físico y psíquico de los menores de edad, y así combatir el mercado ilegal que se genera alrededor de la explotación de las víctimas. El peticionante se quejó de la excesiva amplitud de la ley estadual que reprimía las conductas anteriormente descritas, pero la máxima instancia judicial a nivel federal le respondió que las conductas prohibidas y la ubicación sistemática dentro del título de los delitos sexuales contra menores de edad satisfacía el principio de legalidad al quedar debidamente advertido el poseedor de este tipo de material de la antijuridicidad de esta conducta.

Desde 1977 en los Estados Unidos se ha intensificado la tutela integral de la infancia contra el abuso y la explotación sexual, en particular se sucedieron las leyes que fueron extendiendo de manera gradual el ámbito de aplicación de la

³⁰ 458 U.S. 747. En este sentido, Liu, Shepard, “Ashcroft, Virtual Child Pornography and First Amendment Jurisprudence”, *UC Davis Journal of Juvenile Law & Policy*, Vol. 11 (2007), pp. 1 y ss.

³¹ *New York Times v. Sullivan*. 376 U.S. 254 (1964).

³² Harris, Douglas, “Deepfakes: False Pornography is here and the Law cannot protect you”, *Duke Law & Technology Review*, Vol. 17, N° 1, pp. 99 y ss.

³³ 495 U.S. 103 (1990).

ley penal hasta alcanzar su cenit con la inclusión de la tenencia, la difusión y la distribución de representaciones sexuales de menores de edad creadas a través de programas informáticos mediante la reforma de la 18 U.S.C. § 2256(8)(A) de la Ley de Prevención de la Pornografía Infantil de 1996. También se incluyó la sanción de la llamada “pornografía infantil virtual” que se vincula con la representación de actividades sexuales realizadas por adultos, pero bajo la apariencia de ser menores de edad.³⁴

De acuerdo al U. S. Code, Título 18, Parte I, Capítulo 110, § 2256(8)(B) se define a la pornografía infantil (*child pornography*) en los siguientes términos:

(8) “pornografía infantil” significa cualquier representación visual, incluida cualquier fotografía, película, video, imagen o imagen o cuadro generado por computadora o computadora, ya sea hecho o producido por medios electrónicos, mecánicos u otros, de conducta sexualmente explícita, donde (A) la producción de dicha representación visual implica el uso de un menor que participa en una conducta sexualmente explícita; (B) dicha representación visual es una imagen digital, una imagen por computadora o una imagen generada por computadora que es, o es indistinguible, de la de un menor que participa en una conducta sexualmente explícita; o (C) dicha representación visual ha sido creada, adaptada o modificada para que parezca que un menor identificable está participando en una conducta sexualmente explícita.³⁵

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos resolvió en *Ashcroft v. Free Speech Coalition* que las disposiciones eran vagas y extensas en cuanto a la materia de prohibición, en especial, porque tampoco se ajustaban a los estándares utilizados en el precedente *Miller* sobre el concepto de obsceno, así como tampoco tenía en cuenta lo dispuesto en el precedente *Ferber*, ya que la representación de actividades sexuales consentidas entre jóvenes expresaba una realidad social que muchas veces es recogida por la literatura y en las artes visuales.

Como analizaremos más adelante, este fallo marcó un precedente cuestionable y cuestionado sobre el concepto de MASI en relación con la generación de imágenes realistas, ya que los tribunales inferiores se hicieron eco de los estándares fijados para determinar si el acusado sabía que estaba en posesión de material realista o no, lo que también acarreó consecuencias negativas para el contenido y el alcance de las instrucciones dadas a los jurados sobre el concepto de representación digital o imitativa de abusos sexuales y el conocimiento efectivo de su tenedor.³⁶

³⁴ Ganesh, Harshita K., “Protecting Children Through Deepfake Child Pornography: A Moral, Legal, and Philosophical Discussion on the Intersection of the Evolution in Law and Technology”, *American Criminal Law Review*, Vol. 60 (2022), pp. 1 y ss.

³⁵ (8) “child pornography” means any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means, of sexually explicit conduct, where. (A) the production of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct; (B) such visual depiction is a digital image, computer image, or computer-generated image that is, or is indistinguishable from, that of a minor engaging in sexually explicit conduct; or (C) such visual depiction has been created, adapted, or modified to appear that an identifiable minor is engaging in sexually explicit conduct.

³⁶ Rogers, Audrey, “Playing Hide and Seek: How to Protect Virtual Pornographers and Actual Children on the Internet”, *Villanova Law Review*, Vol. 50 (2005), pp. 87 y ss.; Anderson, Wade T., “Criminalizing “Virtual” Child Pornography Under the Child Pornography Prevention Act: Is it Really What it ‘Appears to Be?’”, *University of Richmond Law Review*, Vol. 35, Issue 2 (2001),

Respecto de las imágenes generadas mediante el uso de programas, en el caso *Free Speech Coalition v. Reno*³⁷ el tribunal de distrito declaró inconstitucional la regulación que sancionaba la llamada “pornografía virtual” porque apelaba a expresiones vagas como “la apariencia de ser un menor” o “da la impresión”, pero sostuvo que el tráfico de MASI representa un peligro actual para la infancia, pero hace un repaso de la evolución legislativa en materia penal y sostiene que siempre se tuvo en cuenta que los menores de edad representados eran infantes reales. Critica los fundamentos de la reforma basados en que existe una conexión directa entre el consumo y el abuso sexual. La prohibición cuestionada se basó en la naturaleza del contenido de abuso sexual infantil, pero en el caso de la representación virtual no hay una víctima real, por lo tanto, la restricción absoluta de todo tipo de contenido importa una violación de la libertad de expresión.³⁸

En principio, existe unanimidad en torno al concepto de MASI se restringe a la representación visual, dejando de lado la forma escrita u oral. Siendo, entonces, la representación visual la que tiene el monopolio de la represión penal conviene agregar que el contenido de la representación debe consistir en el registro de un abuso sexual de un menor o la visualización de sus partes íntimas.³⁹ Quedan incluidas dentro de este concepto el registro de relaciones sexuales con menores de edad, más allá de la clase de participación, así como el representación de sus partes íntimas, sin importar si ellas fueron producidas por un tercero o son autorrepresentaciones, más allá de que se debe ser cauteloso al hablar de esto último porque al tratarse de menores de edad pudieron haber sido inducidos o engañados.

En cambio, se excluyen los simples desnudos de menores de edad⁴⁰, aunque el límite puede resultar borroso porque dependerá en última instancia de la connotación sexual. Esto sin duda abre interrogantes sobre la valoración objetiva de la representación cuando existe una tendencia cada vez más grave de poner el énfasis en la subjetividad del observador. Dentro de este terreno se mueve la conducta de *posing* que consiste en la adopción de posturas sensuales por parte de un menor de edad.⁴¹ Cuando el menor de edad representado se encuentra vestido, aunque sea con poca vestimenta, pero sin dejar al desnudo sus partes íntimas, se plantea el problema de valorar o no este comportamiento como uno de naturaleza sexual y así punible como sí lo hizo la ley alemana (§ 184b, ap. 1, párr. 1, inciso b, StGB).⁴²

pp. 393 y ss., pp. 416 y ss. En este sentido, *United States v. Sims*, 220 F. Supp. 2d 1222 (D.N.M. 2002); *United States v. Ellyson*, 326 F.3d 522 (4th Cir. 2003); *United States v. Richardson*, 304 F.3d 1061, 1063 (11th Cir. 2002); *United States v. Pabon-Cruz*, 255 F. Supp. 2d 200 (S.D.N.Y. 2003).

³⁷ N° 97-16536, de 17/12/1999.

³⁸ Crítico con la punición de la llamada “pornografía virtual” por su vaguedad y amplitud en la regulación de la materia de prohibición, en especial cuando no existe un menor víctima, cfr. Geating, Gary, “Free Speech Coalition v. Reno”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 13, No. 1, Annual Review of Law and Technology (1998), pp. 389 y ss., pp. 402 y ss.

³⁹ Fischer, StGB-K, § 184b, marg. 9.

⁴⁰ STS, Sala de lo Penal, N° 376/2006, de 8/3/2006.

⁴¹ Reinbacher/Wincierz, “Kritische Würdigung des Gesetzentwurfs zur Bekämpfung von Kinder- und Jugendpornographie”, p. 196.

⁴² En este sentido, BGHSt 4 StR/570/05, de 2/2/2006 se sostuvo que la anterior regulación del § 176 del StGB (delito de agresión sexual) requería que el autor determinase al menor de edad a realizar actos de contenido sexual sobre su propio cuerpo, pero no era suficiente cuando el

También se plantea un problema adicional con el propio concepto de acción cuando el menor representado está simplemente durmiendo o no realiza una actividad.⁴³ Por consiguiente, no toda representación de un menor de edad desnudo configura automáticamente una situación típica de abuso sexual, siendo necesario que la víctima haya participado en un trato sexual punible o se haya representado sus partes íntimas.⁴⁴ Esta condición de la norma de conducta genera una situación de tensión cuando los menores de corta edad aparecen retratados desnudos en actividades cotidianas, por ejemplo, en la playa o en una pileta, y difícilmente esta cotidianeidad puede ser valorada sin ambages como un acto con connotación sexual.⁴⁵

Esta circunstancia incluso puede ser generada por quienes ejercen la responsabilidad parental cuando comparten en las redes sociales las actividades familiares (*sharenting*) y entre ellas aparecen representados los menores de edad desnudos jugando en la playa o en la natatorio, o bien realizando una actividad lúdica mediante la adopción de posiciones naturales que objetivamente carecen de relevancia típica.

Para la aplicación de esta figura no se requiere que los actos sexuales realizados delante del menor de edad incluyan la percepción de la naturaleza del acto, es decir, si bien no es condición de punición de esta conducta la presencia de un ánimo libidinoso, en cambio se exige que el acto tenga naturaleza sexual, sin necesidad de que el menor víctima, el autor o un tercero alcancen la satisfacción sexual.⁴⁶

Sin embargo, en el caso del *posing* se plantean dudas desde la perspectiva del consumidor, porque si bien un observador imparcial difícilmente puede apreciar algún atisbo de connotación sexual en una representación de un menor de edad jugando desnudo en la playa, lo cierto es que existe una tendencia cada vez más marcada de adoptar el punto de vista del sujeto que generalmente consume y trafica con esta clase de material, por lo tanto, la perspectiva del autor que

primero se limita a registrar los actos propios del menor desvestido. En consecuencia se revocó la condena en relación con la comisión del delito de agresión sexual, decisión que también involucró a las imágenes captadas por el autor de los menores de edad desnudos, ya que ellas no graficaban una acción típica cometida contra las víctimas menores de edad. Esta situación fue modificada mediante la “Sexualdelikteänderungsgesetz vom 27.12.2003” (BGBl. I, S. 3007).

⁴³ Fischer, *StGB-K*, § 184b, marg. 6; Hausteil, “Europarechtliche Bezüge des Kinder- und Jugendpornographiestrafrechts. Zum unionsrechtlichen Hintergrund aktueller Auslegungsfragen der §§ 184b, 184c StGB”, p. 351.

⁴⁴ BGH 2 StR 459/13 – Sentencia de 21 de noviembre de 2013 (LG Erfurt).

⁴⁵ Eisele, Jörg/Franosch, Rainer, “Posing und der Begriff der Kinderpornografie in § 184b StGB nach dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz”, *ZIS*, Heft 8/2016, pp. 519 y ss.

⁴⁶ BGH 4 StR 255/04 - Sentencia de 14 de diciembre de 2004 (LG Bielefeld). En este caso se juzgó la conducta del padre del menor de edad que presencié la violación de su madre, pese a que el padre le ordenó que se diera vuelta para no visualizar el acto. A raíz de esto, se lo condenó por el delito de violación de su mujer, de la que se encontraba separada, y, además, se agregó el abuso sexual infantil porque el menor estuvo presente durante la agresión sexual. El Tribunal Superior de Justicia alemán revocó parcialmente la condena en lo relativo al abuso sexual infantil sobre la base de que la presencia del menor durante el coito ilícito no buscó satisfacer la libido del autor. Esta cuestión había sido discutida en otro precedente más lejano en el que los coautores habían determinado a los menores de edad a su cargo que realizarán posiciones de carácter sexual, siendo innecesario que las víctimas, por su corta edad, pudieran además comprender la naturaleza sexual del acto determinado, BGHSt 29, 336-340.

padece una desviación sexual (paidofilia) comienza a ser tenida en cuenta para el juicio de tipicidad de esta figura delictiva.⁴⁷

Se ha considerado punible a la luz de este dispositivo la difusión de imágenes de una menor de edad orinando en la que el foco se concentraba en su parte íntima, imagen que fue acompañada por enlaces que redireccionan a una galería de fotos cuyo tema central era la paidofilia. Incluso el autor utilizó oraciones en inglés para relacionar su contenido de manera inequívoca.⁴⁸

También ingresan en el ámbito de la aplicación de esta norma de conducta el trato de carácter sexual con animales (bestialismo), actividades masoquistas o cualquier forma de trato denigrante asociado a la satisfacción sexual con un menor de edad.⁴⁹

Entre los sujetos tutelados se cuentan principalmente los menores de 18 años, y alguna legislación incluyó de manera correcta a las personas que sufren discapacidades necesitadas de especial protección (artículo 189 del Código Penal español).⁵⁰

La posibilidad de justificar el intercambio telemático de este tipo de material se ventiló en el caso *United States v. Matthews*⁵¹ en el que un conocido periodista independiente fue condenado por tráfico de MASI. El acusado intentó justificar su conducta de crear una cuenta electrónica para el tráfico de este material, y así sostuvo que era necesario introducirse en este ambiente delictivo para descubrir a las personas que intercambian el material prohibido. La maniobra fue descubierta por agentes encubiertos que aparentaron estar interesados en la adquisición de imágenes de abusos sexuales infantiles. El tribunal de apelaciones desechó los agravios y homologó la condena.

Vinculado con esto último y la actuación de agentes encubiertos o reveladores, la ley 27.319 establece la posibilidad de emplear los mecanismos de investigación para delitos complejos, entre ellos, la figura de tenencia, distribución y difusión de MASI, al regular el agente encubierto (artículo 3º) y el revelador (artículo 5º). Las condiciones para la actuación clandestina de esta clase de funcionarios está debidamente regulada en la ley, pero cabe aclarar que un particular no puede actuar en tales calidades, aunque no está prohibido que colabore con las autoridades para el descubrimiento de delitos y la individualización de sus autores. Una hipótesis es la del informante que, según el artículo 13 de la citada ley, colabora con la autoridad a cambio de beneficio económico. Sin embargo, entendemos que otro tipo de colaboraciones son admisibles cuando el particular actúa de buena fe. En cambio, cuando su colaboración persigue justificar sus actividades criminales, por ejemplo, cuando se presenta ante la autoridad con material prohibido con el propósito de

⁴⁷ Eisele/Franosch, "Posing und der Begriff der Kinderpornografie in § 184b StGB nach dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz", p. 523; Fischer, *StGB-K*, § 184b, marg. 6, 9a y 11. Existe consenso en la doctrina alemana sobre que las representaciones que contengan posiciones de menores de edad desnudos o parcialmente desnudos no requieren la acentuación sexual o antinatural de la postura. En este aspecto, BVerfG 2 BvR 200/14 (Sala Tercera del Senado Segundo) - Sentencia de 1 de agosto de 2014 (LG Gießen/ AG Gießen), se sostuvo que la posesión de imágenes de menores desnudos sin realizar actividad sexual era suficiente para calificar de típica esa posesión, legitimando la orden de allanamiento librada por el juez para comprobar las sospechas originadas en la adquisición onerosa de este contenido en línea.

⁴⁸ STJ Valencia, Sección de Apelación Penal, N° 7233/2023, de 19/12/2023.

⁴⁹ STS, Sala de lo Penal, N° 12/2015, de 20/1/2015.

⁵⁰ STS, Sala de lo Penal, N° 1319/2020, de 26/5/2020.

⁵¹ 209 F.3d 338 (4th Cir. 2000), de 13/4/2000.

coadyuvar con la investigación, y pese a la advertencia de que está cometiendo un delito, continúa con la recopilación de archivos para su intercambio furtivo, corresponde condenar por la comisión de este delito.⁵²

Por “imágenes realistas” se entienden aquéllas generadas por el uso de programas o algoritmos basados en inteligencia artificial. A su vez, estas imágenes creadas deben representar a menores de edad en el intercambio sexual o sus partes íntimas. No es necesario que el menor de edad sea identificado o identificable, tampoco que aparezca su rostro, basta únicamente que la representación tenga una naturaleza preponderantemente sexual.

La producción de imágenes sexuales infantiles no se limita al uso de recursos técnicos, sino también puede abarcar la composición física que puede hacer el autor mediante la superposición de fotos de adultos en actividades sexuales con los rostros de menores de edad, aunque esta hipótesis está discutida. Por ejemplo, en los casos *Stelmack v. State*⁵³ y *Parker v. United States*⁵⁴ se revocaron las condenas impuestas al autor de la creación de imágenes a partir de la composición de representaciones sexuales de adultos con las caras de menores de edad. Para fundamentar la absolución se tuvo en cuenta que la ley estadual exige la representación de un menor de edad en actividad sexual, cosa que no ocurrió en ninguno de los dos casos citados porque se trataba de cuerpos de adultos superpuestos con los rostros de menores de edad.

En sentido opuesto, cuando la representación fue creada a través del programa de *morphing* o transformación técnica, las imágenes resultantes mediante la superposición de representaciones que generan una composición digital que son indistinguibles de una auténtica está abarcada por la legislación que castiga el abuso y la explotación sexual infantil.⁵⁵ El acusado había tomado fotos de una menor de edad y así mediante el uso de un programa informático compuso de manera digital representaciones de actividades sexuales en las que aparecían retratadas el acusado y la menor de edad mediante la superposición de rostros. La defensa del acusado sostuvo que la ley federal era inconstitucional porque era vaga en su descripción, sumado a que ningún menor de edad resultó víctima de abuso sexual, ya que las imágenes sólo reflejaban una fantasía sexual. El tribunal rechazó las mociones al entender que el Título 18 del Código de los Estados Unidos, en sus §§ 2252A(a)(5)(B), 2256(8)(A) y (C), era bastante explícito respecto del sentido y el alcance del material prohibido, es decir, cuando se refiere a imágenes realistas generadas por computadora, por lo tanto, el uso de medios informáticos para la creación de imágenes realistas de actividades sexuales en las que aparecen reflejados menores de edad, aunque sea sólo su rostro, se ajusta a los parámetros normativos de la materia de prohibición.

Últimamente esta tendencia ha sido confirmada en el caso *United States v. Mecham*⁵⁶ en el que el tribunal de apelaciones del quinto circuito confirmó la condena impuesta al acusado de haber generado imágenes alteradas mediante

⁵² *United States of America v. David Hilton*, 257 F.3d 50 (1st Cir. 2001) y *United States of America v. George Ervin Fox, Jr.*, 248 F.3d 394 (5th Cir. 2001).

⁵³ 58 So.3d 874, de 3/12/2010.

⁵⁴ 81 So.3d 451, de 28/9/2011.

⁵⁵ *United States v. Hotaling*, N° 09-3935-cr., de 28/2/2011.

⁵⁶ 950 F.3d 257, 264-267 (2020). En igual sentido, se juzgó como una conducta punible la generación de material de abuso sexual infantil mediante collage de fotos alteradas en las que aparecía reflejada la cara de un menor de edad y cuerpos de adultos en actividad sexual, cfr. *People v. McKown*, 180 N.E.3d 909, 924 (Ill. App. Ct. 2021) .

composición de rostros de niños y cuerpos de adultos en trato sexual. Se afirmó que este tipo de representaciones, si bien no utiliza menores de edad reales, no está alcanzada por la Primera Enmienda que ampara la libertad de expresión. Sin embargo, se hace una distinción en lo relativo a la gravedad de la situación en razón de que, a diferencia de la imagen real, ningún menor de edad fue explotado sexualmente.

A diferencia del precedente *Ashcroft* en el que las representaciones de actividades sexuales con menores de edad fueron creadas de manera digital, pero sin tomar como modelo un menor de edad, el tribunal sostuvo que:

“En este caso, si bien los cuerpos en las imágenes pertenecían a mujeres adultas, habían sido alterados digitalmente de tal manera que las únicas personas reconocibles eran las menores. Además, se añadieron los nombres reales de las menores a muchas de las fotografías, lo que facilitó su identificación y reforzó la conexión entre la menor y la conducta sexualmente explícita. A diferencia de las imágenes generadas por computadora en el caso *Free Speech Coalition*, donde no se vio comprometida la imagen ni la reputación de ninguna persona, en este caso tenemos a seis menores identificables que corrían el riesgo de sufrir daños a su reputación y sufrieron el daño psicológico de saber que sus imágenes fueron explotadas y preparadas para su distribución por un adulto de confianza.”

En los Estados Unidos se propusieron proyectos de reforma en aras de combatir la creación y la distribución de imágenes falsificadas o *deep fakes* generadas mediante el uso de las tecnologías emergentes. Por ejemplo, la *Malicious Deep Fake Prohibition Act of 2018* impulsada por un senador propuso introducir reformas en el Capítulo 47 del Título 18 del *United State Code* que prohíbe el uso de *deep fakes*, que se definen como “registro audiovisual creado o alterado de manera, para un observador razonable, como un registro auténtico del discurso o la conducta de un individuo.” Se sanciona la creación, la distribución, la facilitación o su tentativa de esta clase de material falseado con el objeto de cometer un delito. Se prevé una pena de multa o prisión, en este último caso de hasta dos años, pero que puede incrementarse a diez años cuando haya afectado cualquier procedimiento legislativo, electoral o judicial, o bien instigue a la violencia. Si bien la medida legislativa no prosperó, esta propuesta fue seguida por otras en igual sentido, incluso algunos estados han legislado sobre la materia y, en especial, el uso de esta tecnología para alterar o afectar el proceso electoral (California y Virginia).⁵⁷

⁵⁷ Ice, “Defamatory Political Deepfakes and the First Amendment”, pp. 429 y ss. En 2023 el gobernador de California promulgó la ley AB 730 que sanciona a los que emplean la tecnología para crear representaciones alteradas 60 días antes de un proceso electivo. Si bien la legislación estadual se reserve el uso del término “deepfakes” para identificar el objeto de las acciones prohibidas, su finalidad estuvo guiada por el resguardo de los comicios, cfr. Lecher, Colin, “California has Banned Political Deepfakes During Election Season”, *Verge* (Oct. 7, 2019), <https://www.theverge.com/2019/10/7/20902884/california-deepfake-political-ban-election-2020> [https://perma.cc/88Y7-4AA2]. También optó por este sendero prohibitivo el estado de Virginia, cfr. Robertson, Adi, “Virginia’s ‘revenge porn’ laws now officially cover deepfakes”, *Verge*, (Jul. 1, 2019), <https://www.theverge.com/2019/7/1/20677800/virginia-revenge-porn-deepfakes-nonconsensual-photos-videos-ban-goes-into-effect>. En nuestro entorno, en el último proceso legislativo apareció una “deep fake” en el que el líder de un partido político anunciaba la baja de la candidatura de la legisladora que encabezaba la lista. Al respecto, en el Código Electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 6031), en el Título Noveno, Capítulo II, Sanciones vinculadas al proceso electoral (artículos 259 a 266), no está previsto el uso de las nuevas tecnologías emergentes para alterar o frustrar el comicio electoral. Por su parte, en el Código

En este contexto de propuestas normativas, el proyecto conocido como *Deep Fakes Accountability* (2019) persigue la finalidad de proteger la seguridad nacional frente a la amenaza creciente de las representaciones alteradas y brindar recursos legales a las víctimas del abuso de la tecnología. Se propone agregar una modificación al Capítulo 47 del Título 18 del U. S. Code para castigar a “cualquier persona que, utilizando cualquier medio o facilidad de comercio interestatal o exterior, produzca un registro tecnológico avanzado de suplantación de identidad falsa con la intención de distribuir dicho registro por internet o con conocimiento de que dicho registro se distribuirá de esa manera (...).” El medio técnico utilizado debe ser un registro audiovisual alterado y la finalidad del autor debe ser la de humillar, acosar, causar violencia o daño físico a un tercero, incitar a un conflicto diplomático o militar, cometer fraude mediante suplantación de identidad o influir en el debate electoral o su proceso. Como consecuencia de la realización de cualquiera de las conductas descritas se establecen penas de prisión y multa. También se aseguran los derechos victimales mediante el ejercicio de la acción civil conjunta y se promueve el sistema de cogestión entre el gobierno y las empresas proveedoras de los servicios digitales al requerir la adopción de medidas preventivas idóneas para evitar la comisión de las infracciones mencionadas.⁵⁸

Recientemente la *Disrupt Explicit Forged Images and Non-Consensual Edits Act of 2024* (o su acrónimo “Defiance Act of 2024”) establece la reparación civil de las víctimas de esta forma de humillación digital. Las llamadas “deep fakes” abarcan las imágenes creadas de manera digital así como la adulteración de fotos reales mediante el uso de las tecnologías.

El término “deep fakes” es la combinación de dos palabras, “deep” hace alusión a la “deep learning” como aprendizaje mediante inteligencia artificial; mientras que “fakes” hace lo propio respecto de la falsedad de la noticia o contenido.⁵⁹

Electoral Nacional (decreto n° 2135 y sus reformas), Título VI, Capítulo I, de las faltas electorales, el artículo 128 ter regula la publicidad en medios de comunicación y plataformas digitales; mientras que, en su Capítulo II, De los delitos electorales, el artículo 140 sanciona la inducción a engaño del elector. Se debe recordar que la imputación del delito electoral desplaza la de la contravención en el ámbito local (artículo 15 del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), cfr. Aboso, Gustavo E., *Código Contravencional y Procedimiento de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, 3.ª ed., Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2022, comentario del artículo 15, pp. 126 y ss.

⁵⁸ HR5586 - DEEPFAKES Accountability Act 118th Congress (2023-2024). Este proyecto de ley define a las “deepfakes” como “cualquier grabación de video, película, grabación de sonido, imagen electrónica o fotografía, o cualquier representación tecnológica del discurso o conducta que se derive sustancialmente de los mismos: (A) que parezca representar auténticamente cualquier discurso o conducta de una persona que de hecho no participó en dicho discurso o conducta; y B) cuya producción dependiera sustancialmente de medios técnicos, más que de la capacidad de otra persona para hacerse pasar física o verbalmente por esa persona.” [(3) DEEPFAKE.—The term ‘deepfake’ means any video recording, motion-picture film, sound recording, electronic image, or photograph, or any technological representation of speech or conduct substantially derivative thereof— (A) which appears to authentically depict any speech or conduct of a person who did not in fact engage in such speech or conduct; and (B) the production of which was substantially dependent upon technical means, rather than the ability of another person to physically or verbally impersonate such person]. En este sentido, Brown, Nina I., “Deepfakes and the Weaponization of Disinformation”, *Virginia Journal of Law & Technology*, Vol. 23, N° 1 (2020), pp. 1 y ss.; pp. 23 y ss.

⁵⁹ Delfino, Rebecca A., “Pornographic Deepfakes: The Case for Federal Criminalization of Revenge Porn’s Next Tragic Act”, *Fordham Law Review*, Vol. 88, Issue 3 (2019), p. 890, nota al pie 5.

Las representaciones adulteradas de carácter íntimo se consideran como una forma de abuso sexual basado en imágenes. Al menos 26 estados han sancionado leyes para proteger civilmente a las personas afectadas por esta clase de prácticas antisociales y mortificantes en el uso de las redes sociales.

También el Reino Unido ha tomado cartas en el asunto al introducir reformas significativas en la *Online Safety Act 2023* (OSA) que establece la responsabilidad de los proveedores de servicios digitales sobre el contenido de la información en conexión con actividades lesivas contra menores de edad o de contenido ilegal. La ley pretende regular el servicio de comunicación digital respecto de los proveedores de contenido como los motores de búsqueda a los fines de restringir la circulación y la promoción de actividades y contenidos ilegales, en especial, cuando la víctima sea un menor de edad. Se establece una limitación en el ámbito de aplicación de esta ley respecto de los correos electrónicos o servicios de comunicación SMS. La ley pretende reforzar los controles de los proveedores de servicios digitales mediante el deber de establecer una actividad de control sobre cierta forma de contenidos ofensivos o ilegales, en cuyo caso se deberá denunciar ante la autoridad competente.

En general, los objetivos de estas leyes sobre la seguridad en la comunicación de contenidos ilegales y lesivos para los menores de edad son los siguientes:

- Eliminar rápidamente el contenido ilegal o evitar que aparezca en primer lugar, incluido el contenido que promueva la autolesión.
- Evitar que los niños accedan a contenidos dañinos e inapropiados para su edad.
- Hacer cumplir los límites de edad y las medidas de control de edad.
- Garantizar que los riesgos y peligros que se plantean a los niños en las principales plataformas de redes sociales sean más transparentes, incluida la publicación de evaluaciones de riesgos.
- Cuando surjan problemas, los padres y los niños deben tener formas claras y accesibles de denunciarlos.

Asociado con el objeto de nuestro trabajo⁶⁰, las “deep fakes” se caracterizan por su contenido sexual o íntimo, la identificación de la persona ofendida, la difusión del material adulterado o ficticio y la intención de cometer un ataque contra la intimidad del afectado o causar su humillación; mientras que su objeto se vincula con los aspectos gráficos o visuales de una representación, lo que no incluye los escritos ni la palabra hablada, aunque ambas tienen la capacidad suficiente para causar humillación. La naturaleza de la representación debe situarse en el aspecto sexual y debe ser realista.⁶¹

La capacidad de imitación de la realidad en las representaciones generadas mediante inteligencia artificial ofrece un panorama sombrío cuando se trata de la difusión de “deep fakes”, en especial, porque la creación de una realidad digital distinta de la realidad objetiva impide a los afectados defenderse de manera eficaz y agrava la situación de humillación y mortificación de las eventuales

⁶⁰ Nuestro estudio se circunscribe al uso de las “falsas representaciones” en la producción de abuso sexual infantil mediante el uso de inteligencia artificial o programas de transformación de imágenes, pero su aplicación se extiende también de manera prioritaria al servicio de la desinformación, cfr. Lendvai, Gergely Ferenc/Gosztonyi, Gergely, “Deepfake y desinformación – ¿Qué puede hacer el derecho frente a las noticias falsas creadas por deepfake?”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, N° 41 (octubre, 2024), pp. 1 y ss.

⁶¹ Sobel, Benjamin L. W., “A Real Account of Deep Fakes”, Cornell Legal Studies Research Paper Forthcoming, *Michigan Law Review*, 2/18/2024, pp. 8 y ss.

víctimas. A esto se suma la accesibilidad a las nuevas tecnologías que permiten generar de manera segura representaciones realistas de terceros, incluso de personas inexistentes mediante la combinación de datos previamente asignados, por ejemplo, mediante el uso de redes generativas adversariales (*Generative Adversarial Networks* o GANs).⁶²

Precisamente este sistema de generación de imágenes realistas se basa en un sistema de aprendizaje computacional en el que participan dos redes neuronales que compiten entre sí para generar una imagen realista, apenas discernible de una real. Mediante este método de juego o competencia, una de ellas ofrece una imagen (generador) para ser evaluada por la otra (discriminador) y así se va alcanzando de manera progresiva un grado de resolución tan elevado que lo hace prácticamente indistinguible con una imagen real.⁶³

Una de las primeras condenas dictadas en materia de generación de *deep fakes* ocurrió en Canadá. Una persona de 61 años de edad fue acusada de posesión de más de 500.000 imágenes de MASI, muchas de las cuales habían sido creadas mediante el uso de la inteligencia artificial. El tribunal condenó al tenedor del material prohibido a la pena de trece años de prisión, pero que fue reducida a diez años, en la que se tuvo en cuenta como una causal de agravación de la pena la cantidad de material secuestrado y el uso de la tecnología para su creación.⁶⁴

De los fundamentos de la sentencia se expone la importancia de la tutela integral de la infancia contra el abuso y la explotación sexual, su condición de extrema vulnerabilidad y la influencia negativa de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones que agravan el problema creciente del tráfico de este tipo de material. Además, el tráfico de este material provoca una revictimización perpetua del menor víctima por su reproducción incesante. También se tuvo en consideración la condición etaria del acusado, el consumo patológico de alcohol, que no registraba antecedentes penales, estaba jubilado y si bien reconocía la criminalidad de sus actos, según su parecer, el consumo de esta clase de material no le resultaba problemático. La psicóloga que lo asistió durante el proceso informó que el acusado no tenía una personalidad peligrosa y que sugería la realización de un tratamiento terapéutico enfocado en el consumo patológico del material prohibido.

El tribunal valoró de modo positivo su confesión y la colaboración prestada durante el proceso, sumado a su edad y la falta de registros penales. También se aplicó el principio de la ley más benigna, porque durante la comisión continuada de este delito se agravó la pena de prisión para esta clase de actividad criminal.

En cambio, juzgó como indicadores negativos el extenso tiempo que consumió esta actividad ilícita (al menos diez años), la cantidad de material incautado, su forma de clasificación en función de la edad de las víctimas y el impacto negativo que tuvo en muchas de las víctimas que fueron identificadas en las imágenes. También se valoró su conocimiento técnico en el área computacional que le sirvió para componer de manera digital imágenes hiperrealistas o superpuestas de

⁶² Franks, Mary Anne/Waldman, Ari Ezra, "Sex, lies and videotape: Deep Fakes and free speech delusions", *Maryland Law Review*, Vol. 78, Issue 4 (2019), pp. 892 y ss.

⁶³ Ice, "Defamatory Political Deepfakes and the First Amendment", pp. 422 y ss.

⁶⁴ Court of Quebec, R c. Larouche, 2023 QCCQ 1853, de 14/4/2023.

representaciones originales obtenidas de las redes abiertas (*hypertrucage* en francés).

De modo particular se analizó en la sentencia el uso de la inteligencia artificial generativa en la creación de imágenes realistas en la que aparecen registradas actividades sexuales virtuales con participación de menores de edad. Sobre este aspecto, la sentencia aplicó una severa pena para enviar un mensaje intimidante al resto de la comunidad sobre la importancia de la lucha contra el abuso y la explotación sexual infantil, aunque en este tópico disentimos con tales prácticas, ya que la individualización de la pena tiene que basarse en el juicio de responsabilidad del autor y no debe servir para otros fines, por ejemplo, preventivo general negativo. El uso de sentencias ejemplificadoras⁶⁵ infringe de manera directa el principio de dignidad humana cuyo imperativo categórico impide que una persona sea usada como medio para un fin, siendo ella siempre un fin en sí mismo.⁶⁶

7. Medios técnicos para la comisión del delito de distribución de MASI

Como se manifestó al comienzo de este trabajo, el medio técnico generalmente utilizado para cometer este delito se reduce al uso del correo electrónico, servicio de mensajería, redes sociales (Facebook,⁶⁷ Twitter,⁶⁸ Tuenti, WhatsApp)⁶⁹ o de almacenamiento externo de datos (Dropbox).⁷⁰

Una forma de canalizar este tipo de comportamiento es mediante la utilización del sistema Tor (*The Onion Router*) que sirve para enmascarar las direcciones de correos y garantizar el anonimato, amén de permitir una transferencia de datos más segura frente a la posibilidad de intervención técnica por parte de la autoridad.⁷¹

También es frecuente que aquellos que comparten este tipo de MASI lo hagan a través de los programas de intercambio de archivos P2P (Peer to Peer), utilizando la red E-Donkey. El procedimiento para compartir archivos es simple, un usuario descarga archivos de imágenes y/o vídeos, como cualquier otro contenido, y al hacerlo, como cada usuario funciona como nodo sin un controlador central, se pone a disposición del resto de los que integran el sistema el material descargado. Este aspecto técnico es muy interesante, porque el usuario puede descargar material prohibido en una carpeta compartida (*Incoming*), conducta que todavía es impune para la legislación argentina, pero al utilizar este programa de almacenamiento compartido de archivos en realidad lo que termina de ocurrir es que está al mismo tiempo distribuyendo el material

⁶⁵ CSJN, *Fallos*:348:296.

⁶⁶ Kant, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Herausgegeben und erläutert von J. H. von Kirchmann, Verlag von I. Heimann, Berlin, 1870, p. 62, en el que dice “obrar de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio.”

⁶⁷ STS, Sala de lo Penal, N° 864/2015, de 10/12/2015.

⁶⁸ STS, Sala de lo Penal, N° 1319/2020, de 26/5/2020.

⁶⁹ STS, Sala de lo Penal, N° 694/2020, de 15/12/2020.

⁷⁰ STS, Sala de lo Penal, N° 6007/2023, de 21/12/2023.

⁷¹ STJ Valencia, Sección de Apelación Penal, N° 7233/2023, de 19/12/2023.

a los otros usuarios, por lo tanto, la conducta deviene típica en razón de este recurso técnico.⁷²

Respecto de la generación de imágenes hiperrealistas, ficticias o falsas, los principales proveedores de servicios digitales han desarrollado programas como el TensorFlow (2015) cuyo diseñador es Google basado en el aprendizaje automatizado que permite la creación de imágenes ficticias.⁷³ Por su parte, PyTorch fue proyectado por Facebook y cumple con los mismos requerimientos respecto de la generación de imágenes digitales.

En términos generales, las investigaciones judiciales se concentran de manera preponderante en el uso de las redes sociales y demás sistemas de comunicación administrado por los prestadores de servicios digitales, pero no puede desconocerse que la actividad criminal se canaliza en su mayoría a través de sistemas informáticas cuya principal configuración impide o dificulta la detección de estos comportamientos o la identidad de sus autores.

8. La confidencialidad de las comunicaciones electrónicas

Un aspecto que suele aparecer con recurrencia en la persecución de este delito se vincula con la confidencialidad de las comunicaciones. Debe advertirse al lector que una parte abrumadora de los casos investigados se inician gracias a las denuncias realizadas por los propios proveedores del servicio de comunicación cuando el usuario incumple las condiciones en la contratación del servicio. Por lo general, los proveedores advierten a los usuarios que el servicio no debe ser utilizado para la comisión de delitos, en especial, el que nos ocupa, por lo tanto, cuando la empresa detecta la actividad criminal está autorizada para denunciar el hecho.⁷⁴

En la práctica, no existe una auténtica injerencia en el contenido de las comunicaciones telemáticas que están amparadas por el secreto de las comunicaciones, que constituye la punta de lanza de la mayor o menor valoración de las empresas prestadoras de servicios en el mercado, sino que se

⁷² STS, Sala de lo Penal, N° 3065/2023, de 22/6/2023. El aspecto técnico de este programa como otros similares que funcionan sobre la base de comunicación punto a punto, es decir, entre usuarios directamente, se proyecta sobre el dolo, ya que el usuario debe conocer este aspecto del funcionamiento del programa, de lo contrario resulta procedente evaluar una ausencia de dolo y así la impunidad de esta conducta de descargar el material de abuso sexual infantil. Este conocimiento técnico que integra el aspecto subjetivo de esta figura en relación con la conducta de distribución debe juzgarse a la luz de la experiencia personal del imputado en su uso.

⁷³ Harris, "Deepfakes: False Pornography is here and the Law cannot protect you", pp. 99 y ss.

⁷⁴ Chernavsky, Nora, *Cibercrimen*, Daniela Dupuy (dirección), Mariana Kiefer (coordinación), Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 577 y ss. pp. 594 y ss. En nuestra legislación represiva existe un anclaje histórico al principio *societas delinquere non potest*, más allá de la existencia de un derecho penal accesorio que reconoce esta forma de responsabilidad empresarial. En la lucha contra la cibercriminalidad, la participación de los principales consorcios empresariales que integran la infraestructura crítica del sistema informático es crucial para prevenir y reprimir las distintas formas de fenómenos criminales, por lo tanto, existen proyectos para responsabilizar penalmente a los proveedores de contenido en caso de incumplir de manera intencional su deber de control primario en la puesta a disposición de MASI. Existe en nuestro entorno normativo a nivel regional una regulación especial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la comisión de delitos informáticos, por ejemplo, la República de Chile y la ley 21.459, cfr. Mayer Lux, Laura/Vera Vega, Jaime, *Delitos informáticos y cibercriminalidad. Aspectos sustantivos y procesales*, Actualidad Criminológica y Penal, José R. Agustina y Fernando Miró (directores), N° 15, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2024, pp. 148 y ss.

pone en juego diversas formas de control sobre los archivos de imágenes y vídeos transmitidos mediante el uso de los *hash value* o valor hash que permite la identificación de la extensión alfanumérica y la integridad de los datos.

La aceptación libre y voluntaria de las condiciones del contrato de servicio importan una renuncia previsible del secreto de las comunicaciones cuando se utiliza el sistema informático para cometer actividades ilícitas.⁷⁵ Como lo señala la doctrina, la suscripción de este tipo de contratos digitales autoriza a las plataformas de servicios digitales a ejercer un control efectivo mediante el uso de recursos técnicos que permita prevenir este tipo de conductas disvaliosas.⁷⁶ Sin embargo, una cosa totalmente distinta es que los proveedores de los servicios digitales tengan la obligación de efectuar un control sobre los contenidos, ya que ello siempre ha sido considerado como una censura previa y un ataque frontal contra la libertad de expresión.⁷⁷

Como lo expresó la sentencia 649/2020, de 15 de diciembre, sobre el agravio deducido por la defensa del acusado sobre la vulneración de la confidencialidad del material prohibido enviado a través de las redes sociales, que el administrador del servicio puede adoptar las medidas necesarias para evitar la transmisión de contenidos pornográficos como expresiones de odio, injuriosas, humillantes, entre otras que afectan a terceros.

“Podremos limitar la publicación en el Servicio de contenidos, opiniones, informaciones, comentarios, imágenes o dibujos que los usuarios de T. nos hagan llegar, pudiendo instalar, si así lo entendiéramos oportuno, filtros a tales efectos. Lo anterior no supone, en modo alguno, la obligación de T. de controlar los contenidos que puedan difundirse a través del Servicio, sino la voluntad de evitar, en la medida de lo posible, que a través de T. puedan difundirse en la Red contenidos u opiniones que puedan ser considerados difamatorios, racistas, sexistas, xenófobos, discriminatorios, pornográficos, violentos o que, de cualquier modo contraríen la moral, el orden público o las buenas costumbres, o resulten claramente ilícitos o ilegales.”

Las medidas que puede adoptar el prestador abarcan desde la suspensión hasta la cancelación del servicio. Según la gravedad del caso, el prestador puede comunicar a la autoridad la naturaleza del contenido del mensaje a los fines que corresponda.

Como hemos analizado en el caso de la “Take It Down Act”, la ley obliga a los prestadores de servicio a la eliminación de contenido ofensivo difundido en las plataformas digitales mediante un procedimiento sencillo en un plazo de 48

⁷⁵ STS, Sala de lo Penal, N° 3627/2022, de 7/10/2022.

⁷⁶ Citron, Danielle K./Chesney, Robert, “Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security”, *California Law Review*, Vol. 107 (2019), pp. 1817 y ss.

⁷⁷ Klonich, Kate, “The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech”, *Harvard Law Review*, Vol. 131 (2018), pp. 1598 y ss. En este artículo se analiza el sentido y el alcance del privilegio de inmunidad otorgado por el § 230 de la Communications Decency Act (CDA) o Ley de Decencia en las Comunicaciones respecto del contenido de los datos transmitidos, aunque se reconocen excepciones vinculadas con las actividades criminales. Al respecto, cfr. Dickinson, Gregory M., “Section 230: A Juridical History”, *Stanford Technology Law Review*, Vol. 28 (2024), pp. 1 y ss.

horas. El incumplimiento de esta obligación de eliminación de datos no acarrea consecuencias penales, tan solo de carácter civil reparatorio.⁷⁸

Un camino parecido es el que siguió el *Bundestag* alemán al sancionar la *Gesetz zur Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen*, de 17 de febrero de 2010, que establece la obligación de los prestadores de servicios digitales a bloquear los sitios web enlistados por la autoridad policial que estén vinculados con la difusión de contenido de abuso sexual infantil. Se establecen multas administrativas en caso de incumplimiento de la ley.⁷⁹

Cuando la *notitia criminis* realizada por el prestador del servicio llegue a conocimiento de la autoridad judicial, se deberán adoptar las medidas necesarias para preservar la prueba digital que puede consistir en la interceptación de las comunicaciones hasta el registro del contenido de las conversaciones mantenidas entre el acusado y las víctimas, o el contenido de las representaciones intercambiadas entre los protagonistas.

En términos más precisos, en realidad cuando el prestador pone en conocimiento de la autoridad el contenido de la información considerada en infracción al contrato de servicio o directamente las expresiones o las representaciones constituyen un delito, no se trata de una comunicación en curso, sino de una finalizada. En consecuencia, la orden judicial de interceptación de las comunicaciones no sería necesaria, sin embargo la medida judicial debe preceder a la incautación de los datos, sin perjuicio de que el prestador haga lo propio como medida de conservación de los datos.

Así pues, su ubicación sistemática en la tutela de los derechos fundamentales no estaría en el campo del secreto de las comunicaciones en la que siempre cualquier intervención debe estar originado en una orden judicial, sino en el ámbito de la reserva personal o la intimidad, aspecto que resulta trascendente porque la condición de la orden judicial no es necesaria.⁸⁰

A diferencia de la intervención de la autoridad, en esta situación se trata de una empresa privada la que asume el control efectivo en el cumplimiento de las cláusulas y ante su violación está autorizado por el contrato sinalagmático suscrito entre el prestador y el usuario. También se sostiene que no existe ninguna delegación de la autoridad en el sector privado para realizar los controles o aplicar los filtros necesarios para llevar adelante tal empresa.

El consentimiento prestado por el usuario al momento de contratar el servicio telemático resulta eficaz para autorizar los controles del prestador sobre las actividades sociales de sus clientes. Se valora como una renuncia a la expectativa de la intimidad en el caso de cometer algunas de las conductas prohibidas.

En el caso de los menores de edad víctimas, el asunto se presenta desde una perspectiva distinta y con un enfoque que pone el énfasis en la tutela integral de los menores por parte de sus padres. Cuando los padres son los que aporten el dispositivo electrónico que contiene la aplicación con los contenidos prohibidos la reducción del ámbito de intimidad aparece como razonable y justificable, *in fortiori*, cuando son menores de 14 años.⁸¹

⁷⁸ Aboso, Gustavo E., ““Take It Down Act”: Violencia en las redes sociales y una respuesta político criminal orientada hacia la protección integral de la intimidad en la sociedad de la imagen”, publicado en *ElDial.com*, el 05/06/2025 (cita: *elDial* DC362B).

⁷⁹ *Bundesgesetzblatt Jahrgang 2010 Teil I* n° 6, Bonn 22/2/2010, pp. 78 y ss.

⁸⁰ STS, Sala de lo Penal, N° 649/2020, de 15/12/2020.

⁸¹ STS, Sala de lo Penal, N° 864/2015, de 10/12/2015.

9. Valoración del consentimiento del imputado para el acceso a sus dispositivos electrónicos

Una cuestión asociada con los albores de la investigación judicial se reporta con el consentimiento prestado para el acceso al contenido de sus dispositivos electrónicos con el objeto de incautar los datos que integrarán la acusación pública.

En general, cuando se materializa el allanamiento judicial en el domicilio del sospechoso se procede al secuestro de los dispositivos electrónicos con el objeto de incautar los datos almacenados que guardan relación con el objeto de la investigación. En este contexto, la autoridad suele solicitar los datos biométricos o claves de acceso para agilizar la pesquisa. Como esto se realiza mientras se encuentra detenido y sin asesoramiento legal, se plantea la situación de una presunta vulneración de los derechos del acusado en lo relativo a su intimidad así como el de negarse a aportar los datos incriminatorios.

Las líneas jurisprudenciales trazadas para resolver el estado de afectación de los derechos judiciales del acusado se solventan de manera poco convincente, ya que una vez suministrado el dato de acceso o la clave biométrica los tribunales suelen sostener que existió un consentimiento válido, negando cualquier atisbo de coacción en su obtención.

Esta clase de fundamentación se expone a una crítica permanente de no permitir conciliar el innegable estado de detención del acusado, las condiciones de validez del consentimiento y la ausencia de asistencia letrada.

En este sendero, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que el consentimiento prestado por el titular de un dispositivo electrónico mediante la revelación de la clave de acceso que fue dejado para su reparación en un comercio electrónico habilita el hallazgo casual de material de MASI almacenado por parte del técnico.⁸² Cabe agregar que el técnico dio aviso a la autoridad policial que procedió a verificar el contenido denunciado sin orden judicial. El argumento central para sostener la validez del hallazgo fue la intervención de un particular, por lo tanto, no sería necesaria la orden judicial, exigible cuando se trata de un funcionario público.

Más allá de lo dicho, este proceso penal que culminó con la condena a prisión efectiva del acusado fue motivo de demanda ante la Corte Europea de Derechos Humanos que comprobó la violación del derecho a la privacidad del afectado ante la pesquisa llevada a cabo por la autoridad policial sin orden judicial.⁸³

10. Sobre la reestructuración del interés jurídicamente tutelado

Existe amplio consenso en que la figura delictiva analizada tutela a los menores de edad contra el abuso y la explotación sexual. Para ser más específicos, el objeto de tutela es el normal desarrollo de la personalidad sexual de los menores

⁸² STC, N° 173/2011, de 7/11/2011.

⁸³ TEDH, Sección Tercera, Asunto Trabajo Rueda c. España, demanda n°32.600/12, de 30/5/2017. En esta ocasión se dijo: "41. El TEDH observa que, lejos de limitarse a comprobar la veracidad de los hechos puestos en su conocimiento accediendo a la carpeta "mis documentos", la policía procedió a una inspección integral del contenido de los archivos del ordenador abriendo y examinando igualmente el fichero "Incoming" del programa *eMule* (párrafo 2 anterior), todo esto sin haber obtenido previamente la autorización judicial requerida – lo que sólo hubiera estado justificado, en su caso, por una "necesidad urgente."

de edad frente al abuso y la explotación sexual⁸⁴, es decir, este delito se inserta dentro de la dinámica de protección de los menores de edad frente a las actividades desarrolladas por particulares o asociaciones criminales que buscan principalmente la satisfacción sexual de una conducta desviada o bien el lucro económico. Esto último es importante subrayarlo porque las investigaciones judiciales se concentran por lo común en los meros consumidores o tenedores de este tipo de material, lo que puede enmascarar el negocio económico ilícito que existe y se desarrolla en la distribución rentada de representaciones de MASI.

Hemos referido que el interés jurídicamente tutelado presenta una doble dimensión: a) la dimensión individual apunta de manera decidida a la protección de los menores de edad representados cuya integridad sexual ha sido menoscabada con el propósito de satisfacer deseos sexuales propios o ajenos. b) la dimensión social se refiere a la estructuración de este delito sobre la base del elemento económico que permite comprender su florecimiento en el ambiente digital. Pero, además, debe recalcar que la difusión y distribución de MASI perpetua en razón del soporte digital utilizado la violencia sexual contra los menores de edad.⁸⁵ El tráfico de este tipo de material potencia en gran medida el abuso sexual contra los menores de edad, ya que todos aquellos que participan en la circulación de las imágenes prohibidas retroalimentan un sistema de oferta y demanda que promociona el abuso sexual infantil.⁸⁶

La redefinición de los intereses jurídicos en juego tienen una incidencia especial en el sentido y el alcance de la actual legislación, pero sin duda con vocación de proyección a otras conductas que hasta ahora han quedado allende de la sanción penal.

En primer término, la inclusión de la figura de tenencia para autoconsumo de MASI planteó ciertas resistencias por parte de la doctrina, en especial, desde la perspectiva del ámbito de reserva. Según esta línea de interpretación, la mera tenencia o mejor dicho la disponibilidad de esta clase de material, ya que el concepto tradicional de tenencia (arma de fuego, estupefaciente) presupone una aproximación corporal con el objeto, pero cuando se habla de archivos de imágenes o vídeos resulta difícil conciliar esta relación física con el material de naturaleza digital. Entonces, preferimos hablar de disponibilidad en un sentido técnico de MASI, ya que también la propia tenencia en su concepción se identifica con el dominio efectivo sobre el objeto, v. gr., de nuevo el arma de fuego o el estupefaciente, pero el material de abuso sexual infantil puede ser almacenado en la memoria del propio ordenador o dispositivo electrónico, como en dispositivos de almacenamientos o sistemas externos.

Como primera conclusión, el concepto de tenencia debe ser equiparado al de disponibilidad técnica, dejando de lado cualquier similitud con la tenencia o dominio físico sobre un objeto. El concepto de disponibilidad técnica se adapta,

⁸⁴ Riquert, Marcelo, "Tenencia simple de pornografía infantil y figuras conexas", *Cibercrimen y delitos informáticos. Los nuevos tipos penales en la era de internet*, Suplemento Especial, Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, pp. 71 y ss.

⁸⁵ MÜKoStGB/Renzikowski, vor §§ 174 ff., marg. 52 y 53.

⁸⁶ Hörnle, Tatjana, *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, §§ 80-184g, 2. Auflage, C. H. Beck, München, 2012, § 184, marg. 1; Popp, Andreas, "Strafbarer Bezug von kinder- und jugendpornographischen „Schriften“ Zeit für einen Paradigmenwechsel im Jugendschutzstrafrecht?", *ZIS*, Heft 4/2011, pp. 193 y ss. pp. 203 y ss.; Fischer, *StGB-K*, § 184b, marg. 2.

además, a las demás formas de puesta a disposición de terceros, en especial, cuando se habla de las conductas de difusión y distribución a través de medios telemáticos, por ejemplo, el uso de programas peer-to-peer, no es necesario para la constitución delictiva que el tercero haya efectivamente accedido al material, sino que es suficiente su disponibilidad. Este criterio de disponibilidad ha sido empleado por el Tribunal Superior de Justicia alemán para determinar el momento de consumación del delito de esta infracción concuerda con la puesta a disposición de las representaciones prohibidas, no siendo una exigencia del tipo que el cibernauta también la haya visualizado.⁸⁷

En consecuencia habrá de exigirse que el archivo se encuentre en condiciones de acceso inmediato para el usuario, siendo superfluo su efectiva visualización. Tanto la difusión como la distribución importan la finalidad de trascendencia de la conducta de tenencia mediante la puesta a disposición técnica de los archivos prohibidos.⁸⁸ El medio utilizado tanto para la difusión como para la distribución tiene que ser uno telemático, a través de la internet, su resguardo puede ser permanente, por ejemplo, en disco duro del ordenador, o temporario, memoria caché.

Vinculado con esto último, la ley penal aplicable quedará definida en razón del lugar en el que el acusado pone a disposición de terceros el MASI, ya que las conductas de distribución y difusión deben tener en consideración el lugar desde el cual se genera la puesta a disposición de este material prohibido.⁸⁹ Esta solución en la aplicación espacial de la ley penal tiene en consideración que las conductas descritas en el dispositivo bajo análisis se clasifican como delitos de mera actividad, es decir, no se requiere un resultado disvalioso, la puesta a disposición de los archivos no requiere su efectiva visualización. En el caso de que persecución penal incluya a los proveedores de servicios de contenidos, es decir, los que hacen posible el almacenamiento de los datos y a partir de ahí su transmisión en internet, el lugar en el que se encuentra ubicado físicamente el servidor determinará la ley penal aplicable.⁹⁰

Debemos agregar que las medidas preventivas que adopte el juez del proceso en el que se investiga el posible delito de difusión y distribución del material prohibido, v. gr., el bloqueo de dominio o acceso a sitios web, están legitimadas desde la perspectiva de evitar que el delito se siga cometiendo mediante la disponibilidad técnica del material. Vale recordar que el artículo 19 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia establece la obligación de adoptar medidas legislativas necesarias para “hacer inaccesibles o suprimir dichos datos informáticos de sistema informático consultado” (inciso d). La cooperación internacional en la investigación de estos delitos resulta imprescindible (artículos 23 y 25 del citado convenio), así como también la colaboración prestada por las empresas proveedoras de servicios de contenido y de transmisión de datos.

El bloqueo de contenido puede abarcar las siguientes alternativas: a) bloqueo basado en el protocolo y en la IP; b) bloqueo basado en la inspección profunda

⁸⁷ BGH 1 StR 66/01 - Sentencia de 27 de junio de 2001 (LG Würzburg) [BGHSt 47, 55]. Comenta esta sentencia y concuerda parcialmente con la solución jurídica aplicada, Kudlich, Hans, “BGH, 27. 6. 2001 — 1 StR 66/01. Das Tatbestandsmerkmal des „Verbreitens“ im Internet”, JZ, 57. Jahrg., Nr. 6 (15. März 2002), pp. 308 y ss.

⁸⁸ BGHSt 47, 55.

⁸⁹ Cornils, Karin, “Der Begehungsort von Äußerungsdelikten im Internet”, JZ, 54. Jahrg., N° 8 (16. April 1999), pp. 394 y ss.

⁹⁰ Cornils, “Der Begehungsort von Äußerungsdelikten im Internet”, p. 398.

de paquetes (DPI); c) bloqueo basado en las URL; d) bloqueo basado en la plataforma (especialmente, en los motores de búsqueda) y, por último, e) bloqueo basado en DNS.⁹¹

Una estrategia preventiva para controlar el flujo de información entre los ciberusuarios ha sido recurrir al modelo de cogestión entre la autoridad y los proveedores de servicios digitales o *Internet Service Providers* (ISPs).⁹² Las leyes establecen la necesaria cooperación de las empresas prestadoras de servicios de contenido y en línea para generar un control sobre el material que circula en las redes. Cuando la autoridad le solicita al proveedor el bloqueo o la eliminación de contenidos, la empresa está obligada a realizar lo solicitado bajo pena de multa.⁹³ Distinto es el caso si las medidas preventivas pueden ser exitosas, ya que la tecnología permite modificar la dirección de IP (*Internet Protocol*) o el URL (*Uniform Resource Locator*)⁹⁴, sin mencionar la multiplicidad de recursos técnicos como la *Deep Web* que permiten ocultar datos, el uso de Web contextual o con contenido de acceso restringido.

En general, cuando se trata de este tipo de material existe un amplio consenso sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas para evitar su comisión. Uno de los centros internacionales de la lucha contra el abuso y la explotación sexual infantil es el *National Centre for Missing and Exploited Children* (NCMEC) que recibe denuncias en línea (CyberTipline) por parte de usuarios sobre la presunta comisión de un delito y luego de analizarla, en caso de confirmarse el hecho, se pone a disposición de la autoridad federal para la prosecución judicial. Es habitual que los usuarios involucrados en este tipo de actividad criminal se encuentren en extraña jurisdicción, por lo tanto, se comunica vía electrónica sobre el evento denunciado o investigado a la autoridad local para que adopte las medidas necesarias para su persecución judicial.

En segundo lugar no resulta convincente hablar de ámbito de reserva cuando se trata de tenencia para autoconsumo por la sencilla razón que la representación del abuso sexual infantil debe ser valorado como un acto que integra el tráfico de este tipo de material y que justifica la autoalimentación del esquema criminal⁹⁵, sumado a que, a diferencia de la tenencia para autoconsumo de estupefaciente, aquí la conducta no es autorreferente, es decir, el tenedor no se autolesiona o perjudica en su propia salud, sino que la posesión de MASI coadyuva a la perpetración de los abusos y la explotación sexual contra los menores de edad.⁹⁶

⁹¹ "Perspectivas de Internet Society (ISOC) sobre el bloqueo de contenido en internet: Visión general", marzo de 2017, (internetsociety.org), p. 8.

⁹² Citron/Chesney, "Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security", pp. 1753 y ss., pp. 1787 y ss.

⁹³ Mann, Ronald J./Belzley, Seth R., "The Promise of Internet Intermediary Liability", *William & Mary Law Review*, Vol. 47, Issue 1 (2005-2006), pp. 292 y ss.

⁹⁴ Mann/Belzley, "The Promise of Internet Intermediary Liability", p. 293.

⁹⁵ Dupuy, Daniela, "La posesión de pornografía infantil", *Cibercrimen*, Daniela Dupuy (dirección), Mariana Kiefer (coordinación), Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 138 y ss.; id., "La pornografía infantil y la tenencia recientemente legislada", *Cibercrimen y delitos informáticos. Los nuevos tipos penales en la era de internet*, Suplemento Especial, Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 96.

⁹⁶ MüKoStGB/Renzikowski, vor §§ 174 ff., marg. 52; Satzger, Helmut/Schmitt, Bertram/Widmaier, Gunter, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2009, § 184b, marg. 3.

Segunda conclusión, la punición de la tenencia para autoconsumo no menoscaba el derecho a la intimidad individual, porque la disponibilidad de MASI para consumo personal es una conducta que afecta a un tercero, el menor de edad abusado sexualmente, que tiene el derecho a evitar la revictimización perpetua a merced de las herramientas tecnológicas que lo hacen factible de ser valorado como un mero objeto de placer desviado (cosificación primaria).⁹⁷ Pero, además, la mera tenencia de este material prohibido también retroalimenta una enorme estructura delictiva que con el afán de colmar una demanda incesante continua en la producción, financiación y comercialización de nuevo material con abusos de otros menores de edad, con lo cual el ciclo de violencia sistémica contra lo que apunta esta figura delictiva lejos de quebrarse en mil pedazos se fortalece y expande de manera progresiva e intensiva en proporción a la gravedad de los agresiones sexuales a las que son sometidas las víctimas anónimas y más vulnerables de nuestra sociedad.

Sin embargo, una conclusión apresurada y sin fundamento estadístico comprobable es la de afirmar que el tenedor de este tipo de material es siempre un perpetrador sexual que necesariamente debe haber abusado de un menor de edad.⁹⁸ Como corolario de lo dicho en el anterior párrafo, se propone equiparar al tenedor con el agresor sexual de un menor de edad en razón de que el intercambio incesante a nivel internacional de esta clase de material requiere que cada uno de los usuarios produzca su propio registro y así lo comparta con terceros, generando así una sinergia negativa para la tutela de los derechos fundamentales de los menores de edad.⁹⁹

Distinta, en cambio, es la presunción de que quien tiene en su poder este tipo de material por lo general lo comparte con terceros usuarios y así se promueve un mercado ilegal que se expande sobre la base de la explotación sexual de los menores de edad.¹⁰⁰

Las estadísticas judiciales en materia de sentencias condenatorias desmienten esta afirmación, ya que en general los autores de este delito no son condenados como agresores sexuales mediante acceso propio o impropio, de acuerdo a la tipificación seguida por nuestro artículo 119, párrafo tercero, del Código Penal. De hecho, las investigaciones judiciales actúan en los albores del proceso a través de las pericias técnicas con el objeto de establecer en la cantidad de datos incautados si existe la posibilidad de identificar alguna de las víctimas que aparecen representadas y el eventual vínculo de parentesco o próximo con el autor.

Ya en el caso *Ashcroft v. Free Speech Coalition* (2002) se invalidó este tipo de razonamiento que predica el vínculo intrínseco entre el consumo de esta clase de material y las agresiones sexuales contra menores de edad, en especial,

⁹⁷ En este sentido, *Ferber v. New York*. 458 U.S. 747 (1982); *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002).

⁹⁸ Dupuy, “La pornografía infantil y la tenencia recientemente legislada”, p. 96.

⁹⁹ Harduf, Asaf, “Criminalization Downloads Evil: Reexamining the Approach the Electronic Possession when Child Pornography goes International”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 34 (2016), pp. 279 y ss. En este artículo se expone de manera clara la progresiva tendencia de equipara el consumo con el abuso sexual. Se utiliza la teoría de los peldaños de la escalera para explicar la criminalización de la posesión de material de abuso y explotación sexual infantil. También se analiza la penalización de la posesión desde la utilización de programas peer-to-peer (P2P).

¹⁰⁰ BVerfG 2 BvR 200/14 (Sala Tercera del Senado Segundo) - Sentencia de 1 de agosto de 2014 (LG Gießen/ AG Gießen).

cuando se trató la punición de la tenencia, distribución y difusión de material ficticio en el que no aparece registrado abuso sexual alguno. Tampoco resulta atendible el fundamento de la punición de este tipo de comportamiento basado en que el pedófilo puede utilizar la representación digital para seducir a jóvenes, porque ello conduciría a restringir de manera arbitraria las relaciones intersubjetivas entre adultos. Por último, el argumento que utilizó el gobierno para justificar la amenaza de pena de la representación hiperrealista generada por las tecnologías emergentes que consistió en que el consumo de este tipo de material era idóneo para despertar el apetito sexual desviado de los consumidores tampoco fue de recibo.¹⁰¹

Este argumento, como se recordará, fue el utilizado para la declaración de inconstitucionalidad de la regulación de la representación virtual de MASI por parte del tribunal de distrito que resolvió en el caso *The Free Speech Coalition v. Reno*.¹⁰²

Además, la idea de equiparar la tenencia para autoconsumo con la autoría de una agresión sexual con contacto físico con el menor de edad resulta poco convincente¹⁰³, ya que no todos los que consumen este tipo de material se transformarán de manera automática y con el paso del tiempo una vez que madure esa desviación sexual en perpetradores sexuales activos. Esto sería más o menos como decir que todos los que consumen pornografía para adultos o cierta clase de material que involucre violencia sexual entre mayores de edad es un potencial violador. Seguramente se podrá trazar alguna línea imaginaria entre ambos sucesos como una relación de causa y efecto, incluso desde la perspectiva psicológica se podrá sostener esta explicación entre el consumo de violencia y el ejercicio de violencia, pero entre ambas media un hiato que va del pensamiento al acto, por lo tanto, si no se quiere caer en una falacia naturalística de tomar como una verdad concluyente que el tenedor digital es al mismo tiempo un agresor sexual físico.

Ya este argumento consecuencialista había sido desechado por la máxima instancia judicial norteamericana en el caso *Stanley v. Georgia* en el que se cuestionó la constitucionalidad de la ley estadual que castiga la tenencia de material pornográfico por considerarlo obsceno. Si bien no se trató de MASI, la justificación para la punición de la tenencia de material sexual de adulto se había justificado en ella podía conducir a la comisión de conductas antisociales, algo que fue simplemente desechado por el tribunal federal.¹⁰⁴

Sin embargo, esta singular perspectiva está omnipresente en los procesos judiciales sustanciados contra los que cometen algunas de las conductas reprimidas por la figura en comentario, al punto de que puede verificarse que los

¹⁰¹ 535 U.S. 234. Al respecto, Kennedy, Ryan P., “*Ashcroft v. Free Speech Coalition: Can we roast the Pig without Burning Down the House in Regulating “Virtual” Child Pornography?*”, *Akron Law Review*, Vol. 37 (2004), pp. 379 y ss. Esta decisión fue controversial, porque un sector de la doctrina criticó la declaración de inconstitucionalidad de la reforma penal para la protección de los menores de edad contra el abuso y la explotación sexual originada en el uso de representaciones virtuales. En este contexto, Anderson, “Criminalizing “Virtual” Child Pornography Under the Child Pornography Prevention Act: Is it Really What it ‘Appears to Be?’”, p. 417, se muestra a favor del argumento de que la pornografía virtual es utilizada de manera frecuente para seducir o coaccionar a menores de edad en actividades sexuales explícitas.

¹⁰² N° 97-16536, de 17/12/1999.

¹⁰³ Greco, “Strafbare Pornografie im liberalen Staat – Grund und Grenzen der §§ 184, 184a-d StGB”, pp. 295 y ss.

¹⁰⁴ 394 U.S. 557 (1969).

pedidos de pena son extremadamente severos y siempre de cumplimiento efectivo. Ya hemos explicado en otro lugar cómo un derecho penal del enemigo se camufla de manera magistral para evitar ser tachado de derecho penal de autor. Podemos ahora resumir nuestro concepto en los siguientes aspectos: el primero de ellos tiene que ver con la aplicación del concurso de delitos, ya que, por lo general, se suele atribuir al autor la tenencia para autoconsumo como la distribución o difusión de material prohibido, incluso también se agrega la producción. En consecuencia, si bien el tipo penal describe en la tipificación de este delito un proceso lógico de conductas encadenadas todas ellas entre sí bajo la égida de una actividad empresarial delictiva (unidad de prohibición), el juego de las conductas entre sí son valorados como hechos independientes y aislados entre sí, es decir, se quiebra la lógica interna de esta forma de criminalidad organizada y al proponer la aplicación de las reglas del concurso material de delitos se desemboca en pedidos fiscales de pena que superan con holgura la escala punitiva prevista para el delito de violación propia (prisión de 6 a 15 años). Los tribunales, por su parte, frente al pedido de 20 o 30 años de prisión, muestran la indulgencia del verdugo y terminan aplicando, como Aristóteles el justo medio ético a la determinación judicial de la pena, es decir, de 10 a 15 años.

Lo que se logra con este particular y lamentablemente extendido punto de vista es olvidar que la comisión de dos o más conductas previstas en la figura en comentario debería ser valorado como un caso de progresión delictiva cuyo efecto inmediato sería el de agravar la pena en concreto dentro de la escala por sí solo suficientemente grave que oscila entre los 4 a 8 años de prisión (artículo 128, párrafos primero e *in fine*, del Código Penal).

Distinta podría ser la conclusión si modificamos o aclaramos ciertos conceptos, lo que importa modificar la perspectiva y las preguntas que deben formularse. La tenencia para autoconsumo de MASI podría representar sin duda una forma de apología del delito de abuso y explotación sexual de menores de edad, ya que el simple tenedor no sólo perpetúa los efectos negativos de la agresión sexual que sufrió una persona extremadamente vulnerable, sino que el consumo de esta clase de material potencia a terceros desconocidos a que sigan perpetrando agresiones sexuales contra infantes con el objeto de satisfacer una demanda perpetua.

Nótese que el argumento para fundamentar la punición de la tenencia para autoconsumo no puede basarse de manera excluyente en la regla de mercado que consiste en la ley de la oferta y la demanda, es decir, el modelo de demanda¹⁰⁵, porque esta suerte de legitimación punitiva se utilizó, entre otros, en el tráfico ilegal de estupefaciente y ya todos conocemos su trágico resultado: se incrementó la presión punitiva en el consumidor de estupefacientes que era visto como un eslabón de la cadena de tráfico, obviamente el eslabón más débil desde esta singular perspectiva, y ello generó una concentración deficitaria en la lucha contra esta forma de criminalidad organizada que le permitió con el tiempo fortalecerse y expandirse de manera gradual a otro tipo de actividades y poner en jaque el poder punitivo del propio estado.

La justificación de la punición de la tenencia para autoconsumo basada en que ella es un eslabón necesario en el proceso de tráfico de esta clase de MASI tampoco resiste el escrutinio constitucional, en principio, esta forma de

¹⁰⁵ Popp, "Strafbarer Bezug von kinder- und jugendpornographischen „Schriften“ Zeit für einen Paradigmenwechsel im Jugendschutzstrafrecht?", p. 195.

razonamiento pretende castigar la tenencia para autoconsumo como una forma indirecta de atacar a la difusión y la distribución de este material, pero esta plantea una relación medial que no puede fundamentar por sí solo su punición. En definitiva, es una forma elegante de combatir el mercado ilegal de distribución y difusión de contenidos prohibidos desde la perspectiva del consumo como elemento catalizador del tráfico.¹⁰⁶

Tampoco parece convincente fundamentar la punición de la tenencia para autoconsumo en el peligro que encierra este consumo para terceros, es decir, los menores de edad y el peligro de una eventual agresión sexual. Acá el peligro no sería la representación ilícita en sí misma, sino que el factor de riesgo decisivo sería el propio consumidor, pero entonces se estaría sancionando un peligro hipotético, sin base estadística que lo confirme¹⁰⁷, o lo que sería aún peor una orientación sexual desviada por el simple hecho de padecer esta patología.

El argumento del daño futuro es uno de los que fue empleado en el citado caso *Ferber* cuando la Corte de Justicia de los Estados Unidos justificó la exclusión de la tenencia de material pornográfico juvenil del ámbito de tutela de la libertad de expresión amparada por la Primera Enmienda sobre la base de la distinción entre daño directo y el indirecto. Cuando hablamos de imágenes reales no hay duda que el menor cuyo abuso sexual está registrado es la víctima real y la punición de la tenencia, distribución y difusión de este material está justificado por el principio de lesividad. Pero, además, también se justificó la punición de esta conducta en el daño indirecto que ocasiona para futuros menores de edad el consumo de este material prohibido, es decir, funge como un factor motivacional para promover futuras agresiones sexuales.¹⁰⁸

En la práctica parecen confirmarse ciertos temores iniciales sobre la tendencia cada vez más pronunciada de centrar los esfuerzos de la investigación en el mero tenedor o distribuidor aislado, lo que sin duda permite cohonestar una forma de trabajo más próxima a la burocrática que utiliza como patrón de valoración el número de condenas para la autolegitimación de la función, algo

¹⁰⁶ *Smith contra California*, 361 US 147 (1959). Si bien es cierto que en este proceso se juzgó la conducta del titular de una librería que tenía entre su stock de libros algunos con contenido pornográfico de adultos, la sanción de la mera tenencia de libros obscenos en el caso concreto generaría una restricción insoportable de una actividad comercial, ya que su titular debería inspeccionar todos y cada uno de los libros ofrecidos para la venta para cerciorarse de su contenido. Sin embargo, el argumento de la punición de la tenencia de MASI se sostiene en la necesidad de combatir este flagelo que se desarrolla de manera clandestina, por lo tanto, la legitimidad de la sanción de la tenencia para autoconsumo estaría vinculada con la actividad organizada de tráfico de este tipo de material, cfr. *Nueva York v. Ferber*, 458 US 747, 458 US 762 (1982) y *Osborne v. Ohio*, 495 US 103 (1990). En otras palabras, se recurre al modelo de la punición de la demanda como mecanismo para evitar la oferta del mercado, cuando en realidad lo más conveniente sería combatir la oferta de este material sexual prohibido.

¹⁰⁷ Se suele citar distintas fuentes para comprobar la relación de causa y efecto en el consumo de este tipo de material y el abuso sexual infantil, cfr. Kim, Candice, "From Fantasy to Reality: The Link Between Viewing Child Pornography and Molesting Children", *Prosecutor* Vol. 39, Issue 2, March/April 2005, pp. 17-18; Hall, Ryan C.W./Hall, Richard C.W., "A Profile of Pedophilia: Definition, Characteristics of Offenders, Recidivism, Treatment Outcomes, and Forensic Issues", *Mayo Clinic Proceedings* (Apr. 2007); Seto, Michael/Cantor, James A./Blanchard, Ray, "Child Pornography Offenses Are a Valid Diagnostic Indicator of Pedophilia", *Journal of Abnormal Psychology*, Vol. 115, N° 3 (2006), pp. 610 y ss.

¹⁰⁸ Goldblatt, Brian, "Virtual Child Pornography: The Children Aren't Real, But the Dangers Are; Why the Ashcroft Court Got it Wrong", *Law School Student Scholarship*, VI. 41 (2012), pp. 8 y ss.

sobre lo cual la experiencia en otros sectores de la criminalidad organizada ha arrojado el mismo resultado de latencia en la respuesta institucional efectiva. El sendero que seguramente aparece como el correcto y que no ahorrará en cosechar éxitos es el que se encara a partir de la cooperación internacional y la coordinación de las fuerzas de seguridad empeñadas en la lucha contra la criminalidad organizada que se desarrolla alrededor de los abusos y la explotación sexual infantil. Son numerosos los casos en que el esfuerzo conjunto de las autoridades policiales y judiciales han permitido desarticular bandas o grupos criminales completos dedicados a esta forma de explotación sexual moderna. En definitiva, la concentración de las investigaciones en el sector de la oferta permite prevenir de manera eficaz los riesgos de abusos sexuales sufridos por los menores de edad, al mismo tiempo que también urge profundizar el modelo de cogestión consorcio privado que administra la infraestructura crítica digital para mejorar de modo progresivo los medios de control o filtros para evitar la proliferación de este tipo de conductas disvaliosas.

11. ¿Es necesaria la inclusión de las *deep fakes* en el artículo 128 del Código Penal argentino?

De acuerdo al desarrollo que le venimos imprimiendo a este trabajo la conclusión obligada es que la inclusión de las *deep fakes*, imágenes aumentadas o digitales dentro del ámbito de aplicación de la figura de tráfico de MASI resulta imperiosa para fortalecer la protección integral de los menores de edad en las dos dimensiones que componen el contenido material del bien jurídicamente tutelado.¹⁰⁹

El Anteproyecto de Código Penal de 2024 elaborado por la comisión presidida por Jorge Buompadre incluyó el uso de las tecnologías emergentes en el ámbito de represión de este delito. En particular, el primer párrafo del artículo 123 de este anteproyecto expresa que:

Artículo 123.- 1. Se impondrá prisión de tres (3) a seis (6) años, al que creare con inteligencia artificial o por cualquier medio produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare, distribuyere toda representación de una persona menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales.¹¹⁰

¹⁰⁹ Sueiro, Carlos Christian, “La inteligencia artificial generativa (IAG) y la producción de imágenes de pornografía infantil o material de abuso sexual infantil (MASI)”, *Sistema penal e informática*, Volumen 8, Marcelo A. Riquert (dirección), Carlos Christian Sueiro (coordinación), Forensia Digital, Hammurabi, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2025, pp. 117 y ss.

¹¹⁰ La regulación del delito de distribución y difusión de MASI prevista en el citado artículo parece responder a la emergencia punitiva enfocada en la producción de material virtual o realista mediante la aplicación de inteligencia artificial, pero deja planteada ciertas dudas sobre la limitación al uso de inteligencia artificial en la generación de imágenes, es decir, el uso de algoritmos y aprendizaje computacional (machine learning), pero deja al socaire de la materia de prohibición el empleo de programas informáticos generadores de imágenes que no se basan en esa tecnología. Además, parece que se pone el énfasis en la producción de material virtual, pero luego para el resto de las demás conductas se identifica este material con la representación real de un menor de edad víctima de abuso sexual o de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales. Una evaluación de este dispositivo en el citado proyecto de Código Penal puede verse en Riquert, Marcelo A., “El Capítulo dedicado a la «pornografía infantil y otros ataques» en el proyecto de nuevo Código Penal”, *Sistema penal e informática*, Volumen

Así pues, se estaría dando respuesta normativa a las obligaciones de índole internacional que dimanen de los tratados y convenios internacionales suscritos por nuestro país, así como aquellos que, sin mediar reconocimiento oficial, constituyen la punta de lanza de la política criminal trazada a nivel global y que se inspira en la efectiva protección de la infancia en lo relativo al desarrollo sosegado de la personalidad sexual.

Esta tendencia legislativa ya cuenta a nivel internacional con muchos ordenamientos jurídicos que reconocen la importancia de la aplicación de las tecnologías emergentes en las actividades criminales y el peligro creciente para los menores de edad que son sus principales usuarios y beneficiarios.¹¹¹

Sin embargo, nuestro consenso se limita a su reconocimiento expreso en la norma de conducta que reprime el tráfico de MASI, ya que no responde a esta idea tuitiva básica la equiparación punitiva del tráfico de representaciones reales de abusos sexuales de menores de edad con las imágenes generadas por el uso de las nuevas tecnologías, en especial, la inteligencia artificial generativa. Este disenso con la actual forma de regulación encierra en su seno una crítica insoslayable basada en una contradicción interna que se origina en brindar la misma intensidad de tutela a la generación virtual de MASI en la que no participan menores de edad. Acá tiene asidero la crítica que se centra en el motivo de la legitimación de la punición de esta forma de tráfico de imágenes creadas con la ayuda de herramientas digitales. La respuesta no puede ser sencillamente la misma o, por lo menos, de igual densidad, que la utilizada para la producción de esta clase de material en la que se registra una agresión sexual real. En este último caso, la dimensión individual de la tutela efectiva de los menores de edad legitima de manera autosuficiente la punición de las conductas asociadas al tráfico de estas representaciones en las que existe una víctima real, de carne y hueso.

En cambio, esta dimensión individual resulta estéril para fundamentar el castigo de la generación de imágenes realistas creadas a partir de la aplicación de las tecnologías emergentes. Salvo que en la generación de esta clase de representaciones se utilice como patrón orientativo una imágenes reales de un abuso sexual infantil, algo que parece poco probable en el caso de los servicios ofrecidos por las aplicaciones tradicionales, la equivalencia punitiva entre unas y otras no responde de manera proporcional a la efectiva tutela de los menores de edad. Para ser más claros, debería existir una graduación punitiva a la mínima en el caso de la generación de imágenes realistas de MASI, ya que acá no existe una lesión a la integridad o indemnidad sexual de un menor, por lo tanto, debe sincronizarse la política criminal basada en el neopunitivismo de manera racional que permita integrar la protección efectiva de la minoridad frente a los abusos y la explotación sexual.¹¹²

Justamente este aspecto de la falta de una víctima real ha sido el talón de Aquiles del fracaso de algunas propuestas legislativas y, en especial, la crítica mordaz que le ha dirigido un sector de la doctrina a este tipo de reformas penales que

8, Marcelo A. Riquert (dirección), Carlos Christian Sueiro (coordinación), *Forensia Digital, Hammurabi*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2025, pp. 96 y ss.

¹¹¹ Goldblatt, "Virtual Child Pornography: The Children Aren 't Real, But the Dangers Are; Why the Ashcroft Court Got it Wrong", pp. 44 y ss.

¹¹² Hamoy, Aimee G., "The Constitutionality of Virtual Child Pornography: Why reality and fantasy are still different under the First Amendment", *Seton Hall Constitutional Law Journal*, Vol. 12 (2002), pp. 517 y ss.

importan una renuncia anticipada a la protección de un bien jurídico concreto. En este terreno se sitúa ni más ni menos que la opinión del propio Roxin y su discípulo Greco cuando en su manual critican precisamente la punición de la tenencia de material realista basada en fines preventivos al servicio de un modelo de anticipación de peligros hipotéticos, es decir, cuando se traza una línea de conexión directa y sin estaciones intermedias entre la tenencia y la incierta agresión sexual contra menores de edad, así como también cuando se procura desalentar el mercado de ofertas de este tipo de material.¹¹³

También existen ciertas objeciones de índole moral, ya que si bien existe consenso en que el consumo de imágenes realistas de abusos sexuales infantiles es moralmente impermisible, en cambio cuando se trata de violencia gráfica como la que se utiliza en los juegos electrónicos, el asesinato parece permisible, incluso es promocionado como un medio para resultar vencedor del certamen en el que participan otros usuarios (*Gamer's Dilemma* o el dilema del jugador de videojuegos). Entonces se plantea el interrogante del por qué cierta forma de violencia explícita está permitida o tolerada, mientras que otra no lo está.¹¹⁴ En ambos casos no existen víctimas reales, y las acciones se desarrollan en el mundo virtual, por lo tanto, lo que se intenta justificar es el porque de un juicio negativo absoluto cuando se trata del abuso sexual virtual.

Sin embargo, el legislador alemán tomó debida nota de esta circunstancia al regular una atenuación de la pena cuando la representación sea realista o ficticia, es decir, se prevé una pena de prisión de tres meses a cinco años en relación con la pena prevista para la difusión y distribución de imágenes reales que va desde la prisión de uno a diez años. La modificación de las escalas punitivas impulsadas por la reforma de 2021 creó una situación de aparente inequidad frente a la amenaza de pena de casos que pueden ser valorados como no tan graves de abuso sexual infantil, en especial, cuando el usuario envió a través de su cuenta en Instagram vídeos cortos (*reels*) a otros usuarios, en uno de los cuales aparecía registrado un menor de 11 años penetrando brevemente a una gallina, circunstancia que fue considerada menos grave, pero a la luz de la normativa alemana y la definición de MASI encajaba de manera perfecta en el ámbito de aplicación de la norma de prohibición.

El Tribunal Constitucional Federal alemán tuvo que resolver esta situación a partir de la aplicación del trámite de consulta previsto en la Ley Fundamental (artículo 100) que faculta a un tribunal inferior a reenviar el caso a la máxima instancia en razón de considerar que la ley aplicable al caso resulta inconstitucional. En este proceso, el tribunal de distrito juzgó que la reforma introducida mediante la ley 2021 en la actual regulación de este delito de puesta a disposición de terceros de MASI resultaba desproporcionada, en especial, porque la pena inferior de un año de prisión impide calificar al hecho como un delito menos grave, sumado a que ello trae aparejado consecuencias negativas

¹¹³ Roxin, Claus/Greco, Luis, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Auflage, C. H. Beck, 2020, § 2, marg. 19 d; von Heintschel-Heinegg, Bernd, *Strafgesetzbuch Kommentar*, C. H. Beck, München, 2010, § 184b, marg. 2; Greco, "Strafbare Pornografie im liberalen Staat – Grund und Grenzen der §§ 184, 184a-d StGB", p. 302.

¹¹⁴ Öhman, Carl, "Introducing the pervert's dilemma: a contribution to the critique of Deepfake Pornography", *Ethics and Information Technology*, Vol. 22 (2020), p. 139; Ali, Rami, "A new solution to the gamer's dilemma", *Ethics and Information Technology*, Vol. 17 (2015), pp. 267 y ss.; Brey, Philip, "The ethics of representation and action in virtual reality", *Ethics and Information Technology*, Vol. 1 (1999), pp. 5 y ss.

para el acusado en el ámbito familiar, laboral y social, sumado a los gastos de honorarios elevados que se exigen por tales defensas penales. La calificación de hechos simples y menos graves como delitos impide al mismo tiempo al acusador público ejercer el ámbito de discrecionalidad que le reconoce la ley procesal con el archivo o la aplicación de la suspensión del proceso a prueba (§§ 153 y 153a StPO). El tribunal revisor rechazó la vía intentada de consulta porque no resultaba autosuficiente para proceder al análisis de la constitucionalidad de la norma, sumado a que la casuística acogida para sostener la presunta inconstitucionalidad era improcedente porque se enlaza de manera directa con el material cuya difusión se prohíbe.¹¹⁵

En particular, la finalidad tuitiva de la norma en comentario apunta de manera directa a prevenir que los menores de edad sean utilizados como modelos de producción de tales representaciones.¹¹⁶

Un argumento recurrente que se emplea para legitimar la intervención punitiva en esta naturaleza gráfica de delito sexual contra menores de edad es el de vincular la tenencia y la distribución de este material con la autoría de la agresión sexual. También se recurre a un argumento circular que consiste en sancionar la tenencia y la disposición de material prohibido para evitar el abuso sexual de los menores de edad, pero quien la produce está expuesto a la misma gravedad de pena, por lo tanto, la razón de la agravación de la pena en los dos primeros casos no encuentra reparo.¹¹⁷ Se dice, con razón, que la tipificación de esta clase de comportamientos con el objeto de evitar males futuros hipotéticos responde de manera lineal con la ingeniería de los delitos de peligro abstracto, es decir, la tenencia o posesión de esta clase de material de naturaleza sexual en la que aparece representado un menor de edad abusado como acto preparatorio de una eventual agresión sexual resulta a todas luces improcedente, cuya lesividad sería tan remota y azarosa que no legitimaría una intervención punitiva tan temprana.¹¹⁸

Si no existe una degradación punitiva entre la conducta de traficar con imágenes reales de las realistas generadas por los servicios digitales, el destinatario de la norma de prohibición, es decir, un sujeto criminógeno que consume y trafica con este tipo de material sobre la base de una desviación sexual de manera liminar controlada, no tendrá ningún incentivo para dejar de utilizar víctimas reales, en consecuencia, una disminución punitiva podría coadyuvar a los fines de la ley y así promover mediante la amenaza de pena excluir a los menores de edad como víctimas reales siendo ocupado su lugar de manera progresiva por la generación de imágenes realistas. Sin duda que la eventual víctima de una agresión sexual estaría muy de acuerdo con este postulado.

Entonces queda pendiente de solución el interrogante sobre cuál sería el fundamento de castigar la generación de imágenes realistas mediante las aplicaciones digitales que no sería otro que la dimensión social, es decir, tutelar

¹¹⁵ BVerfG 2 BvL 11/22, 2 BvL 15/22 (Sala Tercera del Segundo Senado) - Sentencia de 3 de marzo de 2023 (Tribunal de Distrito de Múnich, Tribunal de Distrito de Wuppertal).

¹¹⁶ BGHSt 45, 41. En este sentido, Satzger/Schmitt/Widmaier, *StGB-K* § 184b, marg. 2.

¹¹⁷ Schroeder, Friedrich-Christian, "Die Revolution des Sexualstrafrechts 1992 - 1998", *JZ*, 54. Jahrg., N° 17 (3. September 1999), p. 831.

¹¹⁸ Schroeder, Friedrich-Christian, "Die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung nach dem Entwurf eines 4. StrRG", *ZRP*, 4. Jahrg., Heft 1 (Januar 1971), pp. 14 y ss.

a la minoridad frente a la apología del abuso y la explotación sexual.¹¹⁹ Pero esta premisa necesariamente revela que la univocidad de la justificación de la amenaza de pena debe basarse en un menor contenido de injusto que se tiene que traducir legislativamente en una amenaza de pena menos severa.

Por último, una cuestión intrínseca con el uso de imágenes realistas generadas a través de las tecnologías emergentes es la de la valoración objetiva de la representación, ya que si bien los sistemas penales parten de la premisa del uso de representaciones reales de menores de edad abusados sexualmente, la imagen realista o ficticia puede abarcar otra constelación de casos en las que la ausencia de una representación auténtica sea suplida por otra figurada en la que aparezcan mayores de edad actuando como menores. Alguna jurisprudencia extranjera plantea sin mayores rodeos una aplicación extensiva a esta forma de representación teatral de menores de edad en una relación sexual¹²⁰, ya que la finalidad tuitiva de la norma de prohibición incluye cualquier forma de representación de contenido sexual real, realista o ficticia de menores de edad.

12. Conclusiones

El tráfico ilegal de MASI en internet representa sin duda un fenómeno criminal que recorre una espiral ascendente. La política criminal en materia de abusos y explotación sexual de menores de edad se fue gradualmente extendiendo hacia nuevos confines como la punición de la tenencia para autoconsumo y las representaciones creadas a partir de las tecnologías emergentes (“deep fakes”). Sin embargo, existen objeciones contra la legitimación de su sanción en ambos casos. En primer término, cuando se trata de la tenencia para autoconsumo de esta clase de material parece ser razonable en un primer momento justificar su castigo en la revictimización secundaria que sufre la víctima mediante la tenencia, la distribución y la difusión de la representación del abuso sexual. Adicionalmente es plausible sostener que la tenencia para autoconsumo mantiene activa la oferta y la demanda de los contenidos prohibidos, más allá de que una hipotética relación causal entre el consumo y la proyección de una agresión sexual infantil aparezca como dudosa o, por lo menos, infundada.

La materia se agrava cuando el tipo penal abarca a las representaciones virtuales, ficticias o generadas mediante el uso de las nuevas tecnologías. En principio, no existe un menor de edad abusado, por lo tanto, el fundamento de la revictimización aparece excluido de antemano. Sin embargo, un intento de justificación podría hallarse en la dimensión social de la problemática originada en el tráfico ilegal de este tipo de material, ya que sin duda coadyuva al crecimiento de un mercado que se basa en la explotación sexual de los menores de edad, es decir, la inexistencia de una víctima menor de edad no lo hace inocuo, en todo caso debería ser valorado como un injusto menor en

¹¹⁹ Cabe aclarar que el fundamento social de la pretensión punitiva de esta conducta vinculada con la creación de imágenes o representaciones sexuales de menores de edad mediante el uso de inteligencia artificial generativa se deduce de la propia norma de conducta prevista en el artículo 128 del Código Penal, siendo innecesario acudir a la tutela de otros intereses colectivos como el protegido por la figura de apología del delito (artículo 213 del Código Penal) y el orden público, cfr. en este sentido la sugerente propuesta de Sueiro, “La inteligencia artificial generativa (IAG) y la producción de imágenes de pornografía infantil o material de abuso sexual infantil (MASI)”, p. 124.

¹²⁰ BGHSt 47, 55.

comparación con el tráfico de material auténtico, pero proyecta sus efectos perniciosos en el modelo comunicacional que se desarrolla sobre la apología del abuso y la explotación sexual de los menores de edad.

La apología delictiva que representa el tráfico de este material prohibido no requiere una comprobación estadística entre su consumo y las agresiones sexuales que sufren las víctimas más vulnerables de la sociedad, tampoco una exacerbación del apetito sexual desviado que tiene por objeto a los menores de edad. Tanto la tenencia para autoconsumo, como las demás conductas que integran este delito de organización guardan una relación progresiva cíclica que retroalimenta el mercado ilegal de este tipo de contenidos. Cada una de las representaciones de abusos sexuales infantiles expresa un contenido prohibido, obsceno, que perpetúa la victimización de los menores de edad, por consiguiente, no resulta apropiado hablar acá del ejercicio de la libertad de expresión.

Sin embargo, en razón de la observancia del principio de dañosidad social y la idea de proporcionalidad que se deriva de la mayor o menor gravedad de lo injusto típico, debe existir una matización en la conminación punitiva de la tenencia, distribución y difusión de material ficticio o generado mediante el uso de las tecnologías basadas en aprendizaje computacional, ya que si se pretende disuadir de manera razonable este tipo de actividad criminal organizada debe sancionarse con menor pena cuando el objeto del tráfico ilegal sea esta clase de imágenes hiperrealistas, es decir, cuando no exista un menor víctima de un sometimiento sexual en función de los intereses jurídicos tutelados (la indemnidad sexual como el normal desarrollo de la personalidad psicofísica sexual del individuo libre de injerencias ajenas).

Bibliografía

Aboso, Gustavo E., *Derecho penal cibernético*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2017.

Aboso, Gustavo E., *Código Contravencional y Procedimiento de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, 3.ª ed., Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2022.

Aboso, Gustavo E., “Delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales (child grooming)”, *Suplemento Penal*, N° 2, La Ley, octubre 2023, pp. 3-31.

Aboso, Gustavo E., “*Stealth* o el retiro sigiloso del método profiláctico como nueva forma de agresión sexual”, *Suplemento de Derecho Penal, Procesal Penal y Penal Juvenil*, de 6/11/2024 (cita: elDial DC3526).

Aboso, Gustavo E., ““Take It Down Act”: Violencia en las redes sociales y una respuesta político criminal orientada hacia la protección integral de la intimidad en la sociedad de la imagen”, publicado en *elDial.com*, el 5/6/2025 (cita: elDial DC362B).

Ali, Rami, “A new solution to the gamer’s dilemma”, *Ethics and Information Technology*, Volume 17 (2015), pp. 267–274.

Anderson, Wade T., “Criminalizing “Virtual” Child Pornography Under the Child Pornography Prevention Act: Is it Really What it ‘Appears to Be?’”, *University of Richmond Law Review*, Volume 35, Issue 2 (2001), pp. 393-421.

Baudrillard, Jean, *Simulacra and Simulation*, traducción de Sheila Faria Glaser, Ann Arbor The University of Michigan Press, 1994.

Brey, Philip, “The ethics of representation and action in virtual reality”, *Ethics and Information Technology*, Volume 1 (1999), pp. 5-14.

- Brodsky, Alexandra, “‘Rape-adjacent’: Imagining Legal Responses to Nonconsensual condom removal”, *Columbia Journal of Gender and Law*, Volume 32, pp. 183-210.
- Brown, Nina I., “Deepfakes and the Weaponization of Disinformation”, *Virginia Journal of Law & Technology*, Volume 23, N° 1 (2020), pp. 1-59.
- Castellvi Monserrat, Carlos, “¿Violaciones por engaño?”, *InDret*, Volumen 4, 2023, pp. 171-220.
- Cherñavsky, Nora, *Cibercrimen*, Daniela Dupuy (dirección), Mariana Kiefer (coordinación), Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 577-598.
- Citron, Danielle K./Franks, Mary Anne, “Criminalizing Revenge Porn”, *Wake Forest Law Review*, Volume 49 (2014), pp. 345-391.
- Citron, Danielle K./Chesney, Robert, “Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security”, *California Law Review*, Volume 107 (2019), pp. 1753-1820.
- Cornils, Karin, “Der Begehungsort von Äußerungsdelikten im Internet”, *Juristenzeitung*, 54. Jahrg., N° 8 (16. April 1999), pp. 394-398.
- Delfino, Rebecca A., “Pornographic Deepfakes: The Case for Federal Criminalization of Revenge Porn’s Next Tragic Act”, *Fordham Law Review*, Volume 88, Issue 3 (2019), pp. 887-938.
- Díaz y García-Conlledo, Miguel y Trapero Barreales, María A., “La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-18 (2023), pp. 1-51.
- Dickinson, Gregory M., “Section 230: A Juridical History”, *Stanford Technology Law Review*, Volume 28 (2024), pp. 1-34.
- Dupuy, Daniela, “La posesión de pornografía infantil”, *Cibercrimen*, Daniela Dupuy (dirección), Mariana Kiefer (coordinación), Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 123-144.
- Dupuy, Daniela, “La pornografía infantil y la tenencia recientemente legislada”, *Cibercrimen y delitos informáticos. Los nuevos tipos penales en la era de internet*, Suplemento Especial, Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, pp. 91-100.
- Eisele, Jörg/Franosch, Rainer, “Posing und der Begriff der Kinderpornografie in § 184b StGB nach dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Heft 8/2016, pp. 519-523.
- Englerth, Markus/Huerkamp, Dinah, “Der Feind im Netz – die Erosion des freiheitlichen Strafrechts im Spiegel der Internetdelikte”, *Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual Review of Law and Ethics*, Volume 23, Themenschwerpunkt: Recht und Ethik im Internet Law and Ethics on the Internet (2015), pp. 313-331.
- Farhangian, Jasmin J., “A Problem of ‘Virtual’ Proportions: The Difficulties Inherent in Tailoring Virtual Child Pornography Laws to Meet Constitutional Standards”, *Journal of Law and Policy*, Volume 12, Issue 1 (2003), pp. 241-286.
- Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetz*, 69. Auflage, C. H. Beck, München, 2022.
- Franks, Mary Anne/Waldman, Ari Ezra, “Sex, lies and videotape: Deep Fakes and free speech delusions”, *Maryland Law Review*, Volume 78, Issue 4 (2019), pp. 892-898.
- Ganesh, Harshita K., “Protecting Children Through Deepfake Child Pornography: A Moral, Legal, and Philosophical Discussion on the Intersection of the Evolution

- in Law and Technology", *American Criminal Law Review*, Volume 60 (2022), pp. 1-15.
- Geating, Gary, "Free Speech Coalition v. Reno", *Berkeley Technology Law Journal*, Volume 13, No. 1, Annual Review of Law and Technology (1998), pp. 389-404.
- Gimbernát Ordeig, Enrique, "Solo sí es sí", *Diario del Derecho*, lustel.com, de 27/4/2020.
- Goldblatt, Brian, "Virtual Child Pornography: The Children Aren't Real, But the Dangers Are; Why the Ashcroft Court Got it Wrong", *Law School Student Scholarship*, VI. 41 (2012), pp. 1-45.
- Greco, Luis, "Strafbare Pornografie im liberalen Staat – Grund und Grenzen der §§ 184, 184a-d StGB", *Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, Heft 2 (2011), pp. 275-302.
- Hall, Ryan C. W./Hall, Richard C.W, "A Profile of Pedophilia: Definition, Characteristics of Offenders, Recidivism, Treatment Outcomes, and Forensic Issues", *Mayo Clinic Proceedings* (Apr. 2007).
- Hamoy, Aimee G., "The Constitutionality of Virtual Child Pornography: Why reality and fantasy are still different under the First Amendment", *Seton Hall Constitutional Law Journal*, Volume 12 (2002), pp. 471-518.
- Harduf, Asaf, "Criminalization Downloads Evil: Reexamining the Approach the Electronic Possession when Child Pornography goes International", *Boston University International Law Journal*, Volume 34 (2016), pp. 279-318.
- Harris, Douglas, "Deepfakes: False Pornography is here and the Law cannot protect you", *Duke Law & Technology Review*, Volume 17, N° 1, pp. 99-128.
- Haustein, Berthold H., "Europarechtliche Bezüge des Kinder- und Jugendpornographiestrafrechts. Zum unionsrechtlichen Hintergrund aktueller Auslegungsfragen der §§ 184b, 184c StGB", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Heft 7-8/2014, pp. 348-352.
- Hilgendorf, Eric/Frank, Thomas/Valerius, Brian, *Computer-und Internetstrafrecht*, Springer, Berlin, 2005.
- Hörnle, Tatjana, *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, §§ 80-184g, 2. Auflage, C. H. Beck, München, 2012, comentario del § 184.
- Hörnle, Tatjana/Frommel, Monika, Reform des Sexualstrafrechts?, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 48. Jahrg., Heft 6 (4. September 2015), p. 190.
- Ice, Jessica, "Defamatory Political Deepfakes and the First Amendment", *Case Western Reserve Law Review*, Volume 70, Issue 2 (2019), pp. 417-455.
- Katyal, Kumar Neal, "Criminal Law in Cyberspace", *University of Pennsylvania Law Review*, Volume 149, No° 4 (Apr., 2001), pp. 1003-1114.
- Kennedy, Ryan P., "Ashcroft v. Free Speech Coalition: Can we roast the Pig without Burning Down the House in Regulating "Virtual" Child Pornography?", *Akron Law Review*, Volume 37 (2004), pp. 379-414.
- Krings, Günter, "Neuer Maßstab im Kampf gegen Kinder- und Jugendpornografie", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 47. Jahrg., Heft 3 (17. April 2014), pp. 69-72
- Kant, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Herausgegeben und erläutert von J. H. von Kirchmann, Verlag von I. Heimann, Berlin, 1870.
- Kim, Candice, "From Fantasy to Reality: The Link Between Viewing Child Pornography and Molesting Children", *Prosecutor* Volume 39, Issue: 2, March/April 2005, pp. 17-18.

- Klonich, Kate, "The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech", *Harvard Law Review*, Volume 131 (2018), pp. 1598-1670.
- Kudlich, Hans, "BGH, 27. 6. 2001 - 1 StR 66/01. Das Tatbestandsmerkmal des „Verbreitens“ im Internet", *Juristenzeitung*, 57. Jahrg., Nr. 6 (15. März 2002), pp. 308-312.
- Langa, Jack, "Deepfakes, real consequences: Crafting Legislation to Combat threats posed by Deepfakes", *Boston University Law Review*, Volume 101 (2021), pp. 761-801.
- Lascurain, Juan Antonio, "Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve", *Almacén de Derecho*, 9 de marzo de 2022.
- Lecher, Colin, "California has Banned Political Deepfakes During Election Season", *Verge* (Oct. 7, 2019), <https://www.theverge.com/2019/10/7/20902884/california-deepfake-political-ban-election-2020> [https://perma.cc/88Y7-4AA2].
- Lendvai, Gergely Ferenc/Gosztonyi, Gergely, "Deepfake y desinformación – ¿Qué puede hacer el derecho frente a las noticias falsas creadas por deepfake?", *Revista de Internet, Derecho y Política*, N° 41 (octubre, 2024), pp. 1-13.
- Liu, Shepard, "Ashcroft, Virtual Child Pornography and First Amendment Jurisprudence", *UC Davis Journal of Juvenile Law & Policy*, Volume 11 (2007), pp. 1-54.
- Mann, Ronald J./Belzley, Seth R., "The Promise of Internet Intermediary Liability", *William & Mary Law Review*, Volume 47, Issue 1 (2005-2006), pp. 239-307.
- Mayer Lux, Laura/Vera Vega, Jaime, *Delitos informáticos y cibercriminalidad. Aspectos sustantivos y procesales*, Actualidad Criminológica y Penal, José R. Agustina y Fernando Miró (directores), N° 15, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2024.
- Öhman, Carl, "Introducing the pervert's dilemma: a contribution to the critique of Deepfake Pornography", *Ethics and Information Technology*, Volume 22 (2020), pp. 133–140 (<https://doi.org/10.1007/s10676-019-09522-1>).
- Pradhan, Prajakta, "AI Deepfakes. The Gosse is Cooked?", *University of Illinois Law Review*, (Oct. 4, 2020), <https://illinoislawreview.org/blog/ai-deepfakes/>.
- Popp, Andreas, "Strafbarer Bezug von kinder- und jugendpornographischen „Schriften“ Zeit für einen Paradigmenwechsel im Jugendschutzstrafrecht?", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Heft 4/2011, pp. 193-204.
- Reinbacher, Tobias/Wincierz, Andrej, "Kritische Würdigung des Gesetzentwurfs zur Bekämpfung von Kinder- und Jugendpornographie", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 40. Jahrg., Heft 6 (10. September 2007), pp. 195-198.
- Renzikowski, Joachim, *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, §§ 80-184g, 2. Auflage, C. H. Beck, München, 2012.
- Riquert, Marcelo A., "Tenencia simple de pornografía infantil y figuras conexas", *Cibercrimen y delitos informáticos. Los nuevos tipos penales en la era de internet*, Suplemento Especial, Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, pp. 69-89.
- Riquert, Marcelo A., "El Capítulo dedicado a la «pornografía infantil y otros ataques» en el proyecto de nuevo Código Penal", *Sistema penal e informática*, Volumen 8, Marcelo A. Riquert (dirección), Carlos Christian Sueiro (coordinación), Forensia Digital, Hammurabi, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2025, pp. 87-115.

- Rodríguez G. Chávez, Fátima, “El consentimiento y su importancia en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, *Diario La Ley*, N° 10147, Sección Tribuna, 10 de octubre de 2022.
- Rogers, Audrey, “Playing Hide and Seek: How to Protect Virtual Pornographers and Actual Children on the Internet”, *Villanova Law Review*, Volume 50 (2005), pp. 87-116.
- Roxin, Claus/Greco, Luis, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Auflage, C. H. Beck, 2020.
- Sáez Capel, José, *Informática y delito*, 2.ª ed., Proa XXI, Buenos Aires, 2001.
- Sandford, Bill W., “Virtually a Minor: Resolving the Potential Loophole in the Texas Child Pornography Statute”, *St. Mary’s Law Journal*, Volume 33, N° 3 (2002), pp. 549-606.
- Satzger, Helmut/Schmitt, Bertram/Widmaier, Gunter, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2009.
- Schroeder, Friedrich-Christian, “Die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung nach dem Entwurf eines 4. StrRG”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 4. Jahrg., Heft 1 (Januar 1971), pp. 14-21.
- Schroeder, Friedrich-Christian, “Die Revolution des Sexualstrafrechts 1992 - 1998”, *Juristenzeitung*, 54. Jahrg., N° 17 (3. September 1999), p. 831.
- Schroeder, Friedrich-Christian, “Reform des Sexualstrafrechts: Zum Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht (2017)”, *Juristenzeitung*, 73. Jahrg., Nr. 7 (6. April 2018), pp. 345-347.
- Senders, Owen, “Misreading the Federal Child-Pornography Statutes”, *Georgia Criminal Law Review*, Volume 3, N° 1 (2024–2025), pp. 1-54.
- Seto, Michael/Cantor, James A./Blanchard, Ray, “Child Pornography Offenses Are a Valid Diagnostic Indicator of Pedophilia”, *Journal of Abnormal Psychology*, Volume 115, N° 3 (2006), pp. 610-615.
- Sieber, Ulrich, *Straftaten und Strafverfolgung im Internet*, Gutachten C zum 69. Deutschen Juristentag, Beck, München, 2012.
- Sierralta, Carllette, “Should “Morphed” Child Pornography Fall under the Protection of the First Amendment’s Free Speech Clause?”, *Nova Law Review*, Volume 46 (2022), pp. 305-329.
- Sobel, Benjamin L. W., “A Real Account of Deep Fakes”, Cornell Legal Studies Research Paper Forthcoming, *Michigan Law Review*, 2/18/2024, pp. 1-78.
- Solowey, Rikki, “A Question of Equivalence: Expanding the Definition of Child Pornography to Encompass “Virtual” Computer-Generated Images”, *Tulane Journal of Technology & Intellectual Property*, Volume 4 (2002), pp. 161-201.
- Sueiro, Carlos Christian, “La inteligencia artificial generativa (IAG) y la producción de imágenes de pornografía infantil o material de abuso sexual infantil (MASI)”, *Sistema penal e informática*, Volumen 8, Marcelo A. Riquert (dirección), Carlos Christian Sueiro (coordinación), Forensia Digital, Hammurabi, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2025, pp. 117-124.
- Karnouskos, Stamatias, “Artificial Intelligence in Digital Media: The Era of Deepfakes”, *IEEE Transactions on Technology and Society*, Volume 1 (2020), pp. 138-147.
- Von Heintschel-Heinegg, Bernd, *Strafgesetzbuch Kommentar*, C. H. Beck, München, 2010.
- Wagner, Travis L./Blewer, Ashley, “ “The Word Real Is No Longer Real”: Deepfakes, Gender, and the Challenges of AI-Altered Video”, *Open Information Science*, N° 1, Walter de Gruyter, (2019), pp. 32-46.

Waldstreicher, Bradley, "Deeply Fake, Deeply Disturbing, Deeply Constitutional: Why the First Amendment Likely Protects the Creation of Pornographic Deepfakes", *Cardozo Law Review*, Volume 42, Issue 2 (2021), pp. 729-762.

Citar: elDial DC3682

copyright © 1997 - 2025 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina