

MORRÓN BONNETT, EDWARD JOEL, "La pornografía 'deepfake': retos legales y necesidad de intervención", *Nuevo Foro Penal*, 104, (2025)

La pornografía "deepfake": retos legales y necesidad de intervención*

Deepfake Pornography: Legal Challenges and Need of Intervention

Fecha de recibo: 24/06/2024. Fecha de aceptación: 13/10/2024.

DOI: 10.17230/nfp21.104.3

EDWARD JOEL MORRÓN BONNETT**

Resumen

La pornografía *deepfake*, como forma de manipulación digital que sobrepone rostros reales en cuerpos desnudos, constituye una seria amenaza para la privacidad y la dignidad de las personas. Esta problemática se agudiza con la creciente accesibilidad a herramientas de inteligencia artificial, las cuales facilitan la producción rápida y masiva de este contenido. La presente investigación explora la existencia de un marco normativo en Colombia para sancionar la difusión de este material sin el consentimiento de la persona afectada. Ante la carencia de disposiciones adecuadas, se plantea la creación de un tipo penal específico, analizando sus posibles características a través de los estudios y categorías dogmáticas pertinentes. Asimismo, se revisa la experiencia legislativa de Estados Unidos y España, con el fin de identificar elementos jurídicos que puedan adaptarse al contexto colombiano.

* Este artículo es el fruto de una investigación independiente. Expreso mi agradecimiento a los doctores Enán Arrieta Burgos y Brahian Arroyave Hincapié por sus valiosas críticas y sugerencias.

** Abogado (Universidad EAFIT) Litigante. Correo electrónico: morronedward@gmail.com.

Abstract

Deepfake pornography, as a form of digital manipulation that superimposes real faces on naked bodies, constitutes a serious threat to the privacy and dignity of individuals. This problem is exacerbated by the growing accessibility of artificial intelligence tools, which facilitate the rapid and massive production of this content. This research explores the existence of a regulatory framework in Colombia to sanction the dissemination of this material without the consent of the person concerned. In view of the lack of adequate legal provisions, the creation of a specific criminal offense is proposed, analyzing its possible characteristics through relevant studies and dogmatic categories. Likewise, the legislative experience of the United States and Spain is reviewed to identify legal elements that can be adapted to the Colombian context.

Palabras clave

Pornografía *deepfake*, inteligencia artificial, delitos informáticos, delito de injuria, delitos de mera conducta, nuevo tipo penal, derecho penal comparado.

Keywords

Deepfake pornography, artificial intelligence, cybercrime, criminal libel, conduct crimes, new criminal offense, comparative criminal law.

1. Introducción

Hace cincuenta años, era impensable que una máquina pudiera poseer capacidades analíticas comparables a las de una persona, permitiéndole realizar tareas inherentemente humanas como aprender, percibir, razonar y comprender el lenguaje natural¹. Sin embargo, la realidad actual ha experimentado una transformación sin precedentes, y nos encontramos inmersos en una abundancia de servicios informáticos que incorporan inteligencia artificial para potenciar sus funcionalidades. Algunas herramientas gratuitas como “ChatGPT” de OpenAI o “Gemini” de Google no sólo pueden sostener conversaciones realistas con los usuarios, sino que también abordan problemas altamente complejos en cuestión de segundos, incluyendo la redacción de artículos de opinión, la generación de códigos de programación, la resolución de ecuaciones, la sugerencia de recetas de cocina e incluso la enseñanza de idiomas extranjeros como japonés y alemán, demostrando

1 José Cabanelas Omil, “Inteligencia artificial: ¿Dr. Jekyll o Mr. Hyde?”, *Mercados y Negocios*, n.º40 (2019): 5-16.

su amplio alcance y versatilidad.

No obstante, la inteligencia artificial va más allá de la generación de texto, siendo capaz de adoptar diversas formas según las necesidades y aspiraciones de los usuarios. Por ejemplo, en 2019, el Instituto de Tecnología de Massachusetts (MIT) desarrolló un modelo predictivo capaz de detectar el cáncer de mama años antes de que se manifieste clínicamente. Para ello, la máquina analiza datos provenientes de 90,000 exámenes realizados en el Hospital General de Massachusetts (MGH), identificando patrones en radiografías que podrían indicar la presencia de posibles neoplasias malignas². Pero no todos los usos de la inteligencia artificial tienen un fin altruista o transparente. Desde 2017, ha cobrado notoriedad la práctica conocida como "*deepfake*", una técnica permite manipular digitalmente imágenes o videos, mostrando a personas en situaciones que en realidad nunca ocurrieron, lo cual plantea todo tipo de desafíos y dilemas³.

El fenómeno del *deepfake* y la propagación de noticias falsas están estrechamente ligados, ya que esta tecnología permite situar a personalidades políticas o celebridades en contextos que contradicen sus posturas o intereses⁴. Además, si se utilizan moduladores de voz (impulsados también en inteligencia artificial), se pueden fabricar diálogos ficticios con las voces originales de estas figuras públicas, ampliando las posibilidades de engaño. Por ejemplo, podría crearse un video de Donald Trump expresando su apoyo a Kamala Harris, su oponente política, en el que un ojo inexperto difícilmente detectaría la generación computarizada que hay detrás. Con todo ello, el *deepfake* ha evolucionado hacia una variante aún más peligrosa: la "pornografía *deepfake*", que consiste en utilizar el rostro de una persona, generalmente una mujer, para superponerlo en material audiovisual o fotográfico de contenido sexual, con el fin de comercializar el contenido o extorsionar a la víctima mediante su difusión⁵.

Lamentablemente, el número de víctimas de esta práctica digital sigue aumentando cada día. Entre ellas se encuentra Kate Isaacs, una joven activista británica, quien denunció que alguien tomó imágenes de una entrevista suya y,

2 Adam Conner-Simons and Rachel Gordon, "Using AI to predict breast cancer and personalize care", *MIT News*, 7 de mayo de 2019. <https://news.mit.edu/2019/using-ai-predict-breast-cancer-and-personalize-care-0507>

3 Ibídem.

4 Ibídem.

5 Jacob Bañuelos Capistrán, "Deepfake: la imagen en tiempos de la posverdad", *Revista Panamericana de Comunicación* 1, n.º 2 (2020): 51-61.

utilizando inteligencia artificial, manipuló sus expresiones faciales para crear un falso video pornográfico que fue compartido por medio de X (antes “Twitter”), dando la impresión de que ella era la actriz en cuestión⁶. De manera similar, la deportista portuguesa Mariana Rocha expuso que un grupo anónimo intentó chantajearla con fotos falsas en las que aparecía desnuda, amenazándola con compartir las con sus familiares, amigos y contactos si no les transfería 5000 euros⁷. Asimismo, en Extremadura, España, más de veinte colegialas de entre 11 y 17 años denunciaron la circulación de desnudos falsos en diferentes plataformas de internet, afirmando que, a pesar de ser indistinguibles a simple vista, estas imágenes habían sido creadas mediante técnicas de edición con inteligencia artificial⁸.

Por otro lado, esta situación vulnera varios de los principios éticos propuestos por el profesor Armando Guío Español para el gobierno de Colombia⁹, los cuales están inspirados en experiencias internacionales. Principalmente, atenta contra el principio de privacidad, dado que los softwares de creación utilizan datos biométricos sin autorización para generar imágenes o videos de contenido pornográfico. Además, el libre acceso a estos programas demuestra la ausencia de barreras efectivas para proteger la integridad de las personas envueltas, comprometiendo la seguridad de potenciales víctimas. Esto también plantea interrogantes sobre su valor social, ya que, conforme al principio de “beneficio social,” las herramientas de inteligencia artificial deberían estar orientadas a lograr un impacto positivo en la sociedad¹⁰. La carencia de dicho beneficio no sólo pone en duda su justificación, sino también la pertinencia de su existencia.

Para abordar esta problemática, se procederá a determinar si la conducta descrita se subsume en alguno de los tipos penales vigentes en el Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000). En caso de que no exista una tipificación adecuada,

6 Sarah McDermott y Jess Davies, “Deepfake: ‘Pusieron mi cara en un vídeo porno’”, *BBC News Mundo*, 22 de octubre de 2022. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-63354076>

7 El Tiempo, “Exsurfista denuncia extorsión con falsos desnudos suyos: “He pasado por un infierno””, *El Tiempo*, 30 de noviembre de 2023. <https://www.eltiempo.com/deportes/otros-deportes/mariana-rocha-denuncia-extorsion-con-fotos-creada-con-inteligencia-artificial-830997>

8 Manuel Viejo, “Decenas de menores de Extremadura denuncian que circulan fotos de falsos desnudos suyos creadas por inteligencia artificial: ‘Me dio un vuelco el corazón’”, *El País*, 18 de septiembre de 2023. <https://elpais.com/espana/2023-09-18/la-policia-investiga-el-desnudo-integral-de-varias-menores-en-extremadura-con-inteligencia-artificial-me-dio-un-vuelco-el-corazon.html>

9 Armando Guío Español, Elena Tamayo Uribe y Pablo Gómez Ayerbe. *Marco ético para la inteligencia artificial en Colombia*. Consejería Presidencial para Asuntos Económicos y Transformación Digital, 2020.

10 Ibídem.

se planteará la necesidad de que el Legislador intervenga mediante la creación de un tipo penal específico que regule esta conducta. Además, se examinarán los elementos normativos que debería incluir dicho tipo penal, así como los desafíos relacionados con la imputación objetiva y el análisis del aspecto subjetivo. Con el fin de aportar un enfoque comparado al estudio, también se explorarán los marcos normativos de Estados Unidos y España, buscando extraer elementos que enriquezcan el debate en el contexto nacional. En este sentido, la primera pregunta que debe responderse es: ¿la creación de pornografía *deepfake*, entendida como la superposición de rostros de personas adultas en contenido pornográfico mediante inteligencia artificial, constituye un delito en Colombia?

2. ¿La creación de pornografía *deepfake* debería ser un delito?

A primera vista, la creación de pornografía *deepfake* podría constituir un delito al lesionar la honra y la intimidad personal del sujeto pasivo, bienes jurídicos protegidos por nuestro ordenamiento interno. La honra, reconocida como un derecho fundamental en el artículo 21 de la Constitución Política¹¹, se desprende en dos modalidades: en su sentido subjetivo, se refiere al sentimiento individual de dignidad, vinculado con la moral autorreferente del sujeto y el grado de autoestima que posea; en su sentido objetivo, abarca los juicios de valor que otros emiten sobre la persona, es decir, la percepción que terceros tienen de ella, que en conjunto fraguan la reputación o la fama del individuo¹². Por su parte, la intimidad personal, también consagrada como derecho fundamental en el artículo 15 de la Constitución¹³, se define, de acuerdo con la Sentencia T-696 de 1996 (M.P. Fabio Morón Díaz), como el “área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente”.

Por otro lado, el derecho a la propia imagen está regulado dentro del ámbito del derecho de autor y la protección de datos personales, y ha sido ahondado en la

11 “Artículo 21. Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección”. República de Colombia, Constitución Política de Colombia, Art. 21, 1991

12 Miguel Córdoba Angulo, “Delitos contra la integridad moral”, en *Lecciones de derecho penal: Parte especial*, volumen I, Dir. Jaime Bernal Cuéllar (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 323-342.

13 “Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar”. República de Colombia, Constitución Política de Colombia, Art. 15, 1991

jurisprudencia constitucional¹⁴. En relación con el primero, la Ley 23 de 1982 establece en su artículo 87 el derecho de la persona a impedir la difusión de su busto o retrato sin su consentimiento, con ciertas excepciones¹⁵. Aunque el rostro en sí mismo no se considera una obra o expresión artística protegida por el derecho de autor, adquiere relevancia cuando se utiliza en la creación de material audiovisual o con fines de explotación comercial¹⁶. Décadas más tarde, la Corte Constitucional elevaría este derecho al grado de fundamental y autónomo debido a su especial conexidad con otros derechos fundamentales, como la intimidad, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el buen nombre, considerándolo como una expresión directa de la individualidad e identidad de la persona¹⁷.

Por lo tanto, en el ejercicio de la autodeterminación de la persona, es imperativo obtener un consentimiento expreso para el uso de su rostro con cualquier propósito no contemplado en la ley como permitido. Este consentimiento, sin embargo, no implica una renuncia definitiva, puesto que el derecho a la propia imagen es personalísimo y susceptible de ser vulnerado incluso cuando se han establecido las finalidades en las que se verá involucrado. Finalmente, los rasgos faciales, conforme a la Ley 1581 de 2012, son datos biométricos que caen en la categoría de datos personales sensibles capaces de afectar la intimidad de su titular, al igual que la voz y las huellas dactilares. De modo que su recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión debe adherirse a los principios rectores de la protección de datos, ya que cualquier violación podría justificar la interposición de una acción judicial de *habeas data*.

Así las cosas, surge una pregunta clave: ¿la creación de pornografía *deepfake* vulnera el derecho a la propia imagen al emplear los datos biométricos de una persona para generar contenido sexualmente explícito? Sostenemos que el mero uso de estos datos no puede constituir un ilícito penal; de lo contrario, un sinfín de casos inocuos, como la utilización del rostro para comedias, parodias u otras

14 Mónica Lizet Morales Neira, “Uso y divulgación de la imagen personal: enfoques en el derecho romano, en el derecho colombiano y su actual integración con la inteligencia artificial”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º30 (2020): 169-197.

15 El artículo 36 de la Ley 23 de 1982 establece que: “La publicación del retrato es libre cuando se relaciona con fines científicos, didácticos o culturales en general o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público”. Congreso de la república de Colombia, Ley 23 de 1982: sobre derechos de autor

16 Morales Neira, “Uso y divulgación de la imagen personal: enfoques en el derecho romano, en el derecho colombiano y su actual integración con la inteligencia artificial”.

17 Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-407A. (M.P Jaime Córdoba Triviño; 27 de septiembre de 2018).

expresiones artísticas o comerciales, tendrían que ser sancionados. Además, si los problemas jurídicos que acarrea la pornografía falsa no residen en su producción, sino en difusión no consentida o su utilización con fines de chantaje, debería ser irrelevante para el derecho penal la creación de este contenido mientras permanezca confidencial y bajo la exclusiva posesión del autor, y no sea utilizado con propósitos extorsionistas. De igual manera, si se analiza el principio de lesividad, el cual refiere a que “nadie puede ser castigado por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por este protegido, ningún daño o peligro”¹⁸, se puede llegar a la misma conclusión.

Este principio tiene dos dimensiones: una negativa, que actúa como un limitador de la potestad punitiva del Estado, coartando su derecho para imponer castigos o medidas de seguridad a los transgresores de la ley penal; y una positiva, en la que se mantiene alerta ante la aparición de nuevos bienes jurídicos que requieran la tipificación de nuevas conductas antijurídicas¹⁹. Lo anterior nos lleva a reflexionar sobre el concepto de “bien jurídico”, ya que la definición de qué intereses sociales deben ser protegidos es fundamental para delimitar y orientar el *ius puniendi*. Existen diversas posturas al respecto, pero destacamos dos principales: la de Roxin, quien los considera como “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”²⁰; y la de Jakobs, quien rechaza este enfoque, argumentando que el derecho penal tiene como función garantizar las expectativas sociales que se ven afectadas cuando son desobedecidas las normas, de ahí que la imposición de la pena reafirme la confianza

18 Luigi Ferrajoli, “El principio de lesividad como garantía penal”, *Nuevo Foro Penal* 8, n.º 79 (2012): 100-114.

19 Miguel Díaz y García Conledo, “La falta de respeto del principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos (y principios conexos) en el CP español: algunos ejemplos y especial referencia a los «delitos de odio»”, *Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal*, n.º 2019-3 (2019): 158-175.

20 Álvaro Salgado González, “Apuntes sobre el concepto de bien jurídico”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo* 4, n.º 1 (2012): 149-156.

social al restablecer la vigencia de ellas²¹²².

Si se parte de que el derecho penal tiene como objetivo proteger bienes jurídicos para garantizar las libertades individuales, el principio de lesividad, en su dimensión negativa, determina que sólo aquellas conductas que penetren su núcleo esencial deberían ser objeto de persecución penal, excluyendo las acciones simplemente ofensivas, desagradables o contrarias a la moral. Así, sería desproporcionado sancionar a una persona que produzca pornografía *deepfake* únicamente para su entretenimiento personal o para satisfacer sus deseos libidinosos. Además, desarrollar una política criminal que castigue esta práctica en particular sería excesivamente complejo, porque requeriría una vigilancia constante sobre las innumerables actividades que se realizan en internet cada minuto. Esto podría derivar, a largo plazo, en una violación injustificada del derecho a la privacidad de los usuarios, especialmente cuando no están en juego bienes jurídicos de mayor relevancia, como la seguridad nacional, la autonomía personal y la integridad física.

En resumen, sólo hay dos escenarios en los que la pornografía *deepfake* puede contravenir los intereses jurídicos de la persona afectada: (i) cuando el responsable comparte el material generado con terceros o lo expone públicamente

21 Al respecto, Günther Jakobs en su obra *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (Madrid: Marcial Pons, 1997), señala lo siguiente: “La pena —como la infracción de la norma— no debe ser considerada sino como un suceso no exterior (dado que entonces sólo aparece la sucesión irracional de dos males), sino que también la pena significa algo, es decir, que la significación del comportamiento infractor no es de terminante y que lo determinante sigue siendo la norma. (...) Correlativamente a la ubicación de la infracción de la norma y de la pena en la esfera del significado, y no en la de las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento”. Günther Jakobs, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, (Madrid: Marcial Pons, 1997).

22 José Ramón Serrano-Piedecasas, en su artículo “Fundamento de la punición de la tentativa”, Nuevo Foro Penal 12, n.º61 (1999): 3-33, presenta estas dos posturas desde otra perspectiva: “¿La significación del hecho punible viene determinada por la lesión del bien jurídico o por la desautorización de la norma que comporta la conducta? La primera respuesta la darán quienes entiendan que el derecho penal desarrolla su finalidad última mediante la tutela de determinados presupuestos imprescindibles para una existencia en común concretada en los llamados bienes jurídicos (teoría de la lesión del bien jurídico). La segunda, quienes sostengan que la máxima contribución que el derecho penal puede prestar al mantenimiento de la configuración social reside en garantizar la vigencia de la norma (teoría del quebrantamiento de la norma). La teoría de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico requiere que lo que se incrimine sean hechos, y no meras representaciones mentales, actitudes o modos de vida, es decir, supone la exigencia de un derecho penal del hecho, la vigencia del principio de lesividad (...). Por el contrario, los que se inclinan por fundamentar el ilícito penal desde la perspectiva de la desautorización de la norma, ven en la tentativa un quebrantamiento absolutamente perfecto de la misma”. José Ramón Serrano-Piedecasas, “Fundamento de la punición de la tentativa”, Nuevo Foro Penal 12, n.º61 (1999): 3-33.

sin su consentimiento; o (ii) cuando utiliza la amenaza de divulgar dicho material como una forma de intimidación para obtener algún tipo de beneficio. La segunda situación podría ser el preludio de la primera, ya que la persona podría rechazar el chantaje y, como consecuencia, enfrentar la circulación no autorizada de las imágenes y/o videos. En este caso, la conducta podría ser tipificada como un delito de extorsión (art. 244 CP) o, alternativamente, de constreñimiento ilegal (art. 182 CP), dependiendo de si el sujeto activo buscó obtener provecho o utilidad ilícita a partir de ella²³. En cuanto al primer caso, al examinar las disposiciones del Código Penal, resulta obligatorio considerar el tipo penal de injuria por vías de hecho como una opción viable para sancionar a quienes incurran en esta práctica. Este delito está contenido en el artículo 226 *ibidem*, el cual establece:

Artículo 226. Injuria por vías de hecho. En la misma pena prevista en el artículo 220 incurrá el que por vías de hecho agravia a otra persona.

Dado que el contenido de esta disposición jurídica es oscuro, su interpretación está supeditada a la jurisprudencia y a los estudios dogmáticos. En concreto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 7 de febrero de 2018 (M.P. Fernando León Bolaños Palacios), estableció que este delito abarca “las formas, distintas a las verbales, en las que se ataca el honor de una persona, como cuando se le abofetea, –sin que se trate, en estricto sentido, de lesiones personales–, escupe o somete a escarnio”. Su estructura normativa es tan genérica que podría aplicarse para castigar a individuos que incurren en conductas obscenas, como tocar de manera indebida las zonas erógenas de otra persona²⁴. Sin embargo, la divulgación de pornografía falsa no podría ser sancionada bajo esta normativa por dos razones elementales:

En primer lugar, este tipo penal se orienta a proteger el bien jurídico de la honra y no aborda la intimidad personal, aspecto que no debe pasarse por alto, ya que

23 Al respecto de la diferencia entre estos dos tipos penales, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 8 de abril de 1986 (M.P. Lizandro Martínez Zúñiga), indicó que “lo que distingue el tipo de delito contra la autonomía personal (...) del ilícito de extorsión, es el elemento subjetivo del tipo contenido en la expresión ‘con el propósito de obtener provecho ilícito’. La referencia subjetiva traslada la misma conducta del campo de la autonomía personal, además al del patrimonio económico. Así pues, este elemento subjetivo del tipo, tiene como finalidad simplemente diferenciar la extorsión del constreñimiento ilegal”. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia del 8 de abril de 1986 (M.P. Lizandro Martínez Zúñiga)

24 Elisa Alemán Vásquez, “Distinción entre el delito de injuria por vías de hecho y algunos delitos de naturaleza sexual. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 7 de febrero de 2018, radicado 49799, (SP107-2018), M.P. Fernando León Bolaños Palacio”, *Nuevo Foro Penal* 14, n.º 90 (2018): 261-267.

el sujeto activo usó los datos biométricos de la víctima para crear piezas visuales que compartió sin su aprobación, perjudicando su imagen y reputación. Además, su naturaleza confusa no asegura que todos los jueces sancionen esta práctica como una injuria, pues algunos podrían argumentar que la consumación de este delito requiere que la víctima presencie el acto injurioso. Esto es sustancial, dado que la jurisprudencia no ha llegado a un consenso sobre si este tipo penal es el idóneo para sancionar los ultrajes que se desarrollan desde la virtualidad²⁵, de modo que su aplicación podría contradecir el principio “*nullum crimen, sine lege stricta*”²⁶. Por lo tanto, el delito de injuria por vías de hecho no es suficiente para proteger ambos bienes jurídicos y, puesto que el ordenamiento jurídico no ofrece disposiciones jurídicas similares, es necesario tipificar la conducta de crear y difundir pornografía *deepfake* sin el consentimiento de la persona implicada.

3. La aparición de un nuevo tipo penal

En el ámbito jurídico-penal, se ha sostenido consistentemente que el principio de *ultima ratio*, como expresión del principio de necesidad, debe ejercer una influencia significativa en la elaboración de las leyes penales. Este principio establece que el derecho penal debe ser el último recurso al que recurre el legislador para sancionar las conductas antijurídicas, por lo cual debe buscar alternativas que permitan resolver los conflictos interpersonales de manera menos lesiva; y que, cuando la intervención punitiva sea necesaria, sea ejercida bajo los principios de racionalidad

25 Por el contrario, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha enmarcado al delito de injuria de hecho como una conducta que se comete directamente contra el sujeto pasivo. Esta postura queda clara en Sentencias como la del 27 de julio de 2009 (M.P. Yesid Ramírez Bastidas), en donde la Corporación precisa: “El agravio de que se ocupa el artículo 226, como se desprende de su propia estructura, implica en sus contenidos materiales unas vías de hecho, es decir, un comportamiento de procacidad orientado a la ofensa injuriosa de una persona, el cual se materializa no a través de la voz, ni la palabra hablada o escrita en la forma como se recoge en el artículo 220 eisdem, sino mediante una acción externa la que como fenómeno se puede evidenciar de diversas maneras, y desde luego comportan una finalidad y resultados infamantes”. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia del 27 de julio de 2009 (M.P Yesid Ramírez Bastidas).

26 El principio “*nullum crimen, sine lege stricta*” (“no hay delito ni hay pena sin ley”) refiere a que la ley penal debe ser estricta y no permite la analogía. De acuerdo con Carlos Guillermo Castro Cuenca, *Manual de teoría del delito* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2017), 79-81, para Feuerbach la efectividad disuasoria de la ley radica en su precisión en la definición de acciones prohibidas, dado que si es vaga o ambigua puede inducir a la confusión en los individuos respecto a la legalidad de sus acciones, pues no sabrían con certeza si su conducta acarrea una pena o no. Carlos Guillermo Castro Cuenca, *Manual de teoría del delito*, (Bogotá: Universidad del Rosario, 2017), 79-81.

y proporcionalidad²⁷. Así pues, sólo las acciones que amenacen o agreden los bienes jurídicos justifican la creación de nuevos delitos, aunque es innegable que subsisten elementos subjetivos e ideológicos en la valoración de las acciones susceptibles de persecución penal.

Desde nuestro análisis, resulta evidente la urgencia de que el legislador colombiano promulgue una nueva normativa dirigida a castigar la creación y difusión no consentida de pornografía *deepfake*, dada la alarmante expansión de esta práctica en los últimos años. En el pasado, la producción de este tipo de contenido requería un conocimiento avanzado en edición fotográfica y/o audiovisual, así como numerosas horas de trabajo. Sin embargo, en la actualidad, debido a la accesibilidad de las herramientas basadas en inteligencia artificial, estos procedimientos pueden realizarse en cuestión de minutos por cualquier individuo, lo que ha contribuido al aumento constante del número de víctimas²⁸. Como se ha argumentado, la propagación de pornografía falsa puede ocasionar daños irreversibles a la imagen y reputación del individuo, toda vez que las fotos o videos generados pueden popularizarse rápidamente a través de diversas plataformas virtuales, incluso si el autor de estos elimina la publicación original.

En ese sentido, como se ha advertido, no existe en nuestra legislación interna alguna disposición normativa que penalice dicha actividad, ni ninguna que se enmarque adecuadamente a este fenómeno. No obstante, a través del Proyecto de Ley No. 154 de 2019, presentado por el exsenador Richard Aguilar Villa, se propuso la creación de un tipo penal denominado “violencia sexual cibernética”, el cual contaba con la siguiente descripción normativa:

Artículo 2. Adíquese el artículo 194A a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 194A. Violencia sexual por medios cibernéticos. El que revele, comparta o divulgue por cualquier medio de difusión, analógico o digital, o a través de internet, documentos íntimos como imágenes, audios, videos o similares, con contenido sexual sin permiso expreso de las personas que en ellos aparezcan,

27 Raúl Carnevali Rodríguez, “Derecho penal como última ratio. Hacia una política criminal racional”, *Revista Ius et Praxis* 14, n.º1 (2008): 13-48.

28 Según el informe “2023 State of Deepfakes Report” de la empresa de ciberseguridad *Home Security Heroes*, el número de videos *deepfake* disponibles en internet ascendía a 95,820, lo que representa un aumento del 550% en comparación con 2019. Además, el informe destaca que el 98% de estos videos consisten en pornografía, que el 99% de las víctimas son mujeres, y que 7 de cada 10 sitios web para adultos alojan este tipo de material. Finalmente, expone que la producción de un video *deepfake* de 60 segundos puede llevar aproximadamente 25 minutos, utilizando herramientas tanto de pago como gratuitas. *Home Security Heroes*, “2023 State of Deepfakes Report”, *Security Heroes*, 2023. <https://www.homesecurityheroes.com/state-of-deepfakes/#concluding-remarks>

incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena prevista en este artículo se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes si la conducta se cometiere en contra de una mujer o con persona menor de 18 años.

Esta iniciativa legislativa no obtuvo aprobación en su primer debate y fue archivada de acuerdo con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992²⁹. Posteriormente, fue desarchivada y sometida a consideración nuevamente mediante el Proyecto de Ley No. 168 de 2020, enfrentando el mismo destino³⁰. De haber sido promulgada, esta normativa habría ofrecido un enfoque más adecuado para enfrentar la difusión no consentida de material pornográfico en comparación con el delito de injuria por vías de hecho. No obstante, para asegurar su eficacia y evitar interpretaciones ambiguas, habría sido crucial que en su redacción se precisara que el delito se configura independientemente de si las imágenes son reales o generadas artificialmente.

Es interesante notar que la propuesta legislativa contemplaba un incremento en la pena si la conducta afectaba a una mujer o a un menor de 18 años. Desde un enfoque de género diferencial³¹, se justifica claramente la agravación de la pena en los casos en que la víctima sea una mujer, dado que son las principales víctimas de esta práctica, siendo objeto de cosificación con mayor frecuencia que los hombres. Por el contrario, la extensión de esta agravante a víctimas menores de edad plantea cuestionamientos, ya que la conducta debería encuadrarse en el delito de pornografía con personas menores de 18 años, conforme al artículo 218 del Código Penal. Este aspecto pudo haber suscitado debate, considerando que dicho tipo penal exige que el material pornográfico consista en “representaciones reales de la actividad sexual”, lo que permite dos interpretaciones excluyentes entre sí: una que limita el delito al material obtenido de situaciones reales; y otra, más amplia, que incluiría también imágenes y videos ficticios que simulen autenticidad.

Si se adopta la segunda interpretación, la pornografía *deepfake* podría enfrentar penalizaciones únicamente cuando involucre a personas menores de edad, quedando

29 Congreso de la República de Colombia. “Gaceta del 10 de junio de 2020”. Congreso de la República de Colombia, Ley 5 de 1992: Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes (Gaceta del 2020).

30 Congreso de la República de Colombia. “Gaceta del 9 de septiembre de 2020”.

31 Sobre la perspectiva de género en materia jurídica, sugiero consultar la Sentencia T-590 de 2017 de la Corte Constitucional (M.P. Alberto Rojas Ríos, 21 de septiembre de 2017).

una laguna jurídica cuando las víctimas son mayores de 18 años. Desafortunadamente, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no ha aceptado que este ingrediente normativo abarque material audiovisual ficticio. En la Sentencia del 7 de febrero de 2018 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya), la Corporación fue estricta al interpretar dicha expresión como imágenes genuinas y no creadas a partir de medios o técnicas informáticas, atendiendo en el principio de legalidad y estricta tipicidad³². En consecuencia, en Colombia, la pornografía infantil artificial no está legalmente prohibida hasta la fecha, sin importar el grado de realismo que presente, a diferencia de España, como veremos más tarde.

En todo caso, la propuesta legislativa mencionada constituye un fundamento robusto para la formulación de un eventual tipo penal destinado a sancionar la difusión de pornografía falsa. Igualmente, se sugiere enriquecer su contenido mediante un breve añadido. La redacción propuesta podría ser la siguiente:

Artículo 194A. Violencia sexual por medios cibernéticos: Quien revele, comparta o divulgue por cualquier medio de difusión, analógico o digital, o a través de internet, documentos íntimos como imágenes, audios, videos u otros similares, con contenido sexual sin el permiso expreso de las personas que en ellos aparezcan, independientemente de si son reales o generadas con herramientas informáticas, será sancionado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años y una multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena establecida en este artículo se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes si la conducta se comete en contra de una mujer (Subrayado nuestro).

Asimismo, proponemos una revisión de la redacción del artículo 218 para incluir la sanción a la pornografía falsa infantil, lo que eliminaría la segunda parte de la agravante del artículo 194A. La modificación sugerida es la siguiente:

Artículo 218. Pornografía con personas menores de 18 años. Quien fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales o ficticias de actividad sexual que involucren a personas menores de 18 años de edad, será sancionado con prisión de 10 a 20 años y una multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes" (Subrayado nuestro).

Una vez que se ha determinado el posible tipo penal aplicable a la conducta

³² Valentina Arango Gómez, "Alcance del ingrediente normativo contenido en el tipo penal del artículo 218-1 del Código Penal, referido a las "representaciones reales de actividad sexual". Consideraciones sobre la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 7 de febrero de 2018, radicado 45868, ponente José Francisco Acuña", *Nuevo Foro Penal* 14, n.º 90 (2018): 268-274.

en cuestión, es necesario examinar la experiencia internacional en el tratamiento de este delito. Con este objetivo, se ha optado por revisar el marco legal de dos países específicos: Estados Unidos, que ocupa el segundo lugar en el mundo en casos de pornografía *deepfake* y donde se originan la mayoría de los programas de creación disponibles³³; y España, cuya normativa ha influido significativamente en el desarrollo de nuestro ordenamiento jurídico a lo largo de las décadas.

4. El tratamiento jurídico de la pornografía *deepfake* en Estados Unidos y en España

Hasta la fecha, ni en Estados Unidos ni en España, existe una regulación general específica que sancione la creación o divulgación de pornografía *deepfake*. No obstante, en Estados Unidos se han presentado proyectos de ley federal para abordar este fenómeno, como el Bill H.R. 5586, impulsado en 2023 por la congresista demócrata Yvette D. Clarke. Esta propuesta sugiere clasificar el *deepfake* como una forma de “suplantación de identidad tecnológica avanzada”³⁴, donde las imágenes pueden haber sido alteradas a partir de material visual real o generadas completamente por inteligencia artificial. En términos generales, la propagación de imágenes *deepfake* no sería ilegal, siempre que se indique explícitamente que se trata de una pieza visual creada o alterada, a excepción de los casos contemplados, por ejemplo, cuando el autor actúa “con la intención de humillar o acosar de otra manera a la persona exhibida falsamente, siempre que el registro tecnológico (...) contenga contenido sexual de naturaleza visual y parezca presentar a dicha persona participando en dichos actos sexuales o en un estado de desnudez”³⁵. En esta situación, la persona implicada podría enfrentar una multa de hasta \$150,000 dólares o una pena de hasta cinco años de prisión, siendo ambas sanciones acumulativas.

Sin embargo, en varios Estados del país anglosajón, como Georgia y Florida, ya se han establecido disposiciones jurídicas que prohíben la pornografía *deepfake* en sus territorios. En la sección §16-11-90 del Código de Georgia, se castiga a quien difunda públicamente, sin el consentimiento de la persona afectada, una fotografía o un video que exhiba desnudez o conducta sexual explícita de un adulto, incluyendo imágenes o videos falsamente creados. Para estas infracciones, se prevé una multa de hasta \$100,000 dólares y penas de prisión que van de uno a cinco años. Por su parte, en la

33 Home Security Heroes, “2023 State of Deepfakes Report”, *Security Heroes*, 2023. <https://www.homesecurityheroes.com/state-of-deepfakes/#concluding-remarks>

34 Congreso de los Estados Unidos. “Bill H.R. 5586 del 20 de septiembre de 2023”.

35 Ibídem.

sección §836.13 del Estatuto de Florida, se sanciona a quien divulgue representaciones visuales que alteren el cuerpo de una persona identificable o la muestren en conductas sexuales en las que no participó, sin su consentimiento. Esta conducta se clasifica como un delito grave de tercer grado, con multas de hasta \$5,000 dólares y penas de prisión de hasta cinco años, de acuerdo con la sección §775 del mismo Estatuto. En ambos estados, la víctima tiene la posibilidad de iniciar acciones civiles contra el autor de la conducta ilícita, y las penas se agravan significativamente si la persona representada es un menor de edad. Además, ambos marcos legales adoptan la postura de que la simple posesión del material pornográfico generado no se considera antijurídica hasta que sea compartido con otros.

Por otro lado, en España, la coalición electoral Sumar presentó en 2023 la Proposición de Ley Orgánica 122/000011, la cual pretendía, entre otros objetivos, incorporar el artículo 208 bis al Código Penal y modificar el artículo 211 mediante la adición de un nuevo párrafo³⁶. La redacción sugerida para estos artículos era la siguiente:

Artículo 208 bis. Igualmente tendrá la consideración de injuria la acción que, sin autorización y con ánimo de menoscabar el honor, fama, dignidad o la propia estimación de una persona, recrease mediante sistemas automatizados, software, algoritmos o inteligencia artificial para la pública difusión su imagen corporal o audio de voz.

Artículo 211. (...)

Salvo previa autorización expresa de la persona o personas afectadas, las simulaciones de imágenes, vídeos o audios de voz de estas generados a través de sistemas automatizados, software, algoritmos o mecanismos de inteligencia artificial que fueran difundidos a través de redes sociales serán consideradas como injurias hechas con publicidad.

Esta propuesta resulta interesante por tres aspectos: (i) persigue sancionar todas las modalidades de *deepfake*, sin limitarse exclusivamente a aquellas de carácter pornográfico; (ii) equipara esta práctica digital a la modalidad de injuria con publicidad, partiendo de la idea de que la mera difusión de una imagen, audio o video falso constituye una vulneración del derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad de la persona involucrada³⁷; y (iii) al igual que las legislaciones de Georgia y Florida, considera que la simple posesión del material creado no comporta

³⁶ Congreso de los Diputados de España. "Proposición de Ley Orgánica 122/000011 del 13 de octubre de 2023".

³⁷ Ibídem.

un delito, dado que es necesaria su circulación para que se configure la conducta, lo que permite que la autorización de la víctima haga que sea considerada atípica. Sin embargo, el artículo 208 bis parece sugerir que la responsabilidad recae sobre quien haya creado y difundido el material audiovisual, en contraste con las normas estadounidenses, donde la identidad del creador resulta irrelevante y se atribuye la autoría del delito a quien realiza la publicación en medios informativos.

Por otra parte, aunque existe un vacío legal en lo que respecta a la pornografía que envuelve a adultos, es importante señalar que, en el caso de la pornografía infantil, la legislación penal del país ibérico establece como conductas punibles aquellas descritas en los literales b) y c) del numeral 1) del artículo 189, donde se castiga la mera creación de material explícito que involucre a menores, incluyendo representaciones ficticias que retraten su sexualidad:

Artículo 189. (...)

A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección:

(...)

c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales (Subrayado nuestro).

De acuerdo con la Circular 2/2015 del 19 de junio de 2015 de la Fiscalía General del Estado español, el escenario previsto en el literal c) se asocia con el concepto de “pornografía técnica”, el cual implica la visualización de una persona que es o aparenta ser menor de edad en un contexto sexual, ya sea real o simulado; en este caso, sólo la verificación de la mayoría de edad del sujeto podría eximir al creador de responsabilidad penal. Por su parte, el literal d) aborda situaciones relacionadas con la “pornografía virtual”, que se refiere únicamente a representaciones visuales que no involucran a menores reales, pero que pueden resultar realistas o auténticas. Así entonces, si el autor altera y sexualiza imágenes de una adolescente, se estaría

incurriendo en el supuesto del literal c). En cambio, si la obra visual es completamente generada por inteligencia artificial, se ajustaría al literal d). Este último evento es, sin duda, polémico, ya que la infracción no se dirige contra un bien jurídico individual, sino que afecta a unos bienes colectivos como la indemnidad sexual, la seguridad y la dignidad de la infancia en general.

Así pues, como se puede observar, España cuenta con una nutrida legislación en defensa de los derechos de los menores, lo que podría servir como cimiento para la protección de los adultos afectados por la práctica de la pornografía *deepfake*. No obstante, surgen preguntas valiosas que requieren respuesta: ¿cuáles serían los criterios de imputación jurídica a considerar en el marco de un tipo penal que sancione este fenómeno, como el propuesto delito de violencia cibernetica? ¿Sería factible argumentar a favor de una modalidad culposa? Dado que la naturaleza del delito es dolosa, también es necesario examinar la configuración de la tentativa. Procedamos con un análisis detallado.

5. La imputación objetiva y el aspecto subjetivo del tipo penal

El concepto de imputación objetiva, según Reyes Alvarado (2005), se sitúa en el ámbito de la dogmática penal como “una serie de principios surgidos al interior de las tendencias finalistas de la teoría del delito para intentar solucionar los problemas que dentro de ellas presentaba el ilícito imprudente”³⁸. Entre ellos, se incluyen el “fin de protección de la norma”, el “incremento del riesgo”, la “prohibición de regreso” y el “ámbito de protección de la víctima”, los cuales han sido sintetizados por autores funcionalistas como Roxin para introducir en el debate teórico dos criterios generales: la “creación del riesgo jurídicamente desaprobado” y su “realización en el resultado”. Aunque no se pretende abarcar el significado y el empleo de estos criterios, la doctrina de la imputación objetiva es la predominante en los estudios jurídico-penales, a pesar de las críticas que ha recibido, a saber, que sólo debería sopesarse en delitos culposos, ya que en los dolosos pueden utilizarse las clásicas fórmulas finalistas, o que carece de aplicabilidad en delitos en grado de tentativa, limitándose a los delitos consumados³⁹⁴⁰.

38 Yesid Reyes Alvarado, “El concepto de imputación objetiva”, en *Imputación objetiva y dogmática penal*, Comp. Mireya Bolaños González. (Mérida: Universidad de Los Andes, 2005), 173-203.

39 Ibídem.

40 En contraposición, autores como Enrique Gimbernat Ordeig muestran su desacuerdo con esta

En particular, el delito en comento debería enmarcarse dentro de la categoría de los delitos de “mera actividad”, caracterizados por la suficiencia de la sola ejecución de la conducta descrita para su perpetuación, sin que el resultado sea trascendental⁴¹. No podría considerarse un delito de resultado material, porque implicaría predefinir un resultado concreto como parte del elemento objetivo del tipo. Si así fuera, ¿qué circunstancias fácticas serían necesarias para configurar el delito de violencia sexual cibernetica? ¿Sería necesario que las imágenes o videos se publiquen en un sitio web para adultos? En tal caso, ¿durante cuánto tiempo deben permanecer disponibles para su consulta? ¿Sería suficiente con un minuto o se requiere un tiempo prolongado? Estas interrogantes reflejan que, al tratarse de un delito de mera actividad, es suficiente que el material pornográfico escape del control exclusivo de su autor y sea compartido en línea o con terceros, ya que su producción representa un riesgo jurídicamente relevante, desaprobado en el momento de su difusión mediante cualquier medio informático.

En términos de Jakobs, el individuo genera el material pornográfico como una expresión de la organización de su esfera de libertad, orientado a satisfacer su libido. Una vez más, aunque esta conducta pueda ser percibida como inmoral o desagradable, no representa un peligro social que justifique la intervención del derecho penal. Sin embargo, el ordenamiento le impone al sujeto la obligación de evitar su divulgación; de lo contrario, se defraudarían las expectativas sociales de la persona afectada (estas son, que no haya imágenes o videos de acceso público que retraten su sexualidad sin su consentimiento), dando lugar a la comisión de dicho delito⁴². Desde una perspectiva finalista, esta podría considerarse como un “deber objetivo de cuidado”, de manera que podría incurrirse bajo una modalidad culposa, siempre que la legislación lo contemple. En ese último caso, desde un

postura. En su artículo “En defensa de la teoría de la imputación objetiva contra sus detractores y —también— contra algunos de sus partidarios”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 73, (2020): 10-20, señala lo siguiente: “Resumo, por ello, cuál es el campo de aplicación de la imputación objetiva: se trata de un criterio normativo (y más concretamente: jurídico) que entra en juego para determinar si, una vez que se ha comprobado que un comportamiento doloso o imprudente ha causado un resultado lesivo, no obstante, no puede considerarse típico porque ese resultado no le es objetivamente imputable al autor”. Enrique Gimbernat Ordeig, “En defensa de la teoría de la imputación objetiva contra sus detractores y —también— contra algunos de sus partidarios”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 73, (2020): 10-20.

41 Juan Luis Modolell González, “El tipo objetivo en los delitos de mera actividad”, *Política Criminal* 11, n.º22 (2016): 368-390.

42 Jesús-María Silva Sánchez, “La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanoablante”, *InDret: Revista para el Análisis de Derecho*, n.º1 (2019).

enfoque funcionalista, la imputación objetiva podría obrar como criterio suficiente para determinar si se cumplen los presupuestos normativos del tipo, sin necesidad de considerar el aspecto subjetivo del comportamiento, indispensable sólo en los delitos dolosos⁴³⁴⁴.

De cualquier modo, el dolo de este delito se fragua cuando el individuo decide compartir con terceros el contenido pornográfico sin el consentimiento del sujeto involucrado. Debe precisarse que la coautoría no tendría cabida en este tipo penal, porque la creación del material es presidida por un único individuo y almacenada en un solo dispositivo. En ese sentido, si Carlos y Alexander utilizan el rostro de su amiga Daniela para generar un video de esta índole, el deber de impedir su difusión recae en quien haya manipulado el programa de creación, aunque ambos hayan presenciado su elaboración. Si Alexander obtiene inicialmente el material y luego lo comparte con Carlos, habría incurrido en el delito en calidad de autor. Posteriormente, si Carlos lo comparte a través de sus redes sociales, sería únicamente responsable de su propio comportamiento. A partir de este punto, se debe afirmar que el delito

43 Este modelo de solución es explicado por Hans Joachim Hirsch en su texto "Sobre el injusto del delito imprudente", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 16 (2005): 207-231: "En esencia cabe subrayar respecto al tipo de lo injusto del delito imprudente que éste consiste en una acción (voluntaria) contraria al cuidado debido y en un resultado debido a la misma. Por consiguiente, se diferencia ya en el plano objetivo del tipo de lo injusto del delito doloso. Mientras que en este último el resultado pertenece también a lo injusto de la acción porque forma parte de lo querido, en el delito imprudente queda fuera del mismo. (...) A diferencia de los delitos dolosos se trata aquí, con relación al resultado, de una verdadera cuestión de imputación: la relativa a la imputación de un resultado que surge como consecuencia de un injusto de acción. Desde el punto de vista de la relación condicional entre la acción y el resultado en el delito imprudente, la teoría de la imputación objetiva encuentra, por tanto, un ámbito de aplicación legítimo. En particular, la diferenciación ya objetiva de lo injusto del hecho doloso e imprudente se refleja, entre otras cosas, en que lo injusto de la acción del delito imprudente puede producirse temporalmente antes de lo que viene dado por los presupuestos del comienzo de la tentativa en lo injusto de la acción del delito doloso". Hans Joachim Hirsch, "Sobre el injusto del delito imprudente", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 16 (2005): 207-231.

44 De acuerdo con Alfonso Cadavid Quintero en su texto "El delito imprudente en el proyecto de reforma a la legislación", *Nuevo Foro Penal* 12, n.º 61 (1999): 59-87, la imputación objetiva juega un papel esencial en la determinación de los delitos culposos. Existen dos posturas al respecto: una que acepta la coexistencia entre la imputación objetiva y el concepto de "deber objetivo de cuidado", y otra que sostiene que la imputación objetiva por sí sola es suficiente. Con respecto a la última, el reputado profesor señala: "Aventurarse en la senda de prescindir de un concepto que ha sido tan útil y claro como el del deber objetivo de cuidado, en aras de introducir otros criterios cuya fuerza explicativa es menor, y que darían lugar a equiparar injusto penal e infracción administrativa, no parece una experiencia que resulte útil al derecho penal, por lo menos no en Colombia, en un momento en el que el trabajo dogmático debe orientarse más bien a perfilar debidamente los contornos de las categorías existentes que sean político-criminalmente satisfactorias, que a reproducir, por meros factores de novedad, los aportes de las doctrinas foráneas". Alfonso Cadavid Quintero, "El delito imprudente en el proyecto de reforma a la legislación", *Nuevo Foro Penal* 12, n.º 61 (1999): 59-87.

debe tratarse como querellable⁴⁵, pues la víctima puede aprobar la circulación de las imágenes generadas o, en su lugar, optar por acudir a la jurisdicción civil para interponer una demanda en busca de una indemnización por perjuicios morales, sin que sea necesaria la presentación de una denuncia penal.

Inevitablemente, debemos abordar la cuestión de si los delitos de mera actividad pueden ser objeto de tentativa. Según lo expuesto por Reyes Alvarado (2016), la mayoría de la doctrina parece acordar que sí, aunque existe un sector que argumenta que esta modalidad sólo es posible si la actividad desplegada no conduce a la inmediata consumación del ilícito penal (v. gr. la injuria verbal)⁴⁶. Este debate se erige sobre la concepción tradicional de que la tentativa implica un delito imperfecto, ya que se requiere un resultado ontológico para satisfacer la descripción típica. Por ejemplo, si Valentina intenta dispararle a su enemiga Laura con *animus necandi*, pero debido a su mala puntería la bala impacta en la pierna de Laura y esta sobrevive, Valentina habría cometido el delito de homicidio en grado de tentativa, al no haberle causado la muerte. Sin embargo, para el reputado profesor (2016), la tentativa constituye un delito completo, en tanto el agente realiza una acción que implica un riesgo jurídicamente desaprobado que afecta un bien jurídico, lo que supone una total infracción de la normativa penal. Por lo tanto, la diferencia entre los delitos consumados y los tentados radica en que en estos últimos la puesta en peligro generada se interrumpe⁴⁷, ya sea por la voluntad del agente o por factores ajenos a su dominio.

Al abordar cómo se puede cometer con tentativa un delito que carece de un resultado específico, se debe enfatizar que los delitos de mera actividad se caracterizan por prescindir de la producción de un resultado concreto como parte del tipo objetivo, de manera que su contenido normativo se agota con la sola realización de la acción prevista. En este contexto, para determinar si hubo tentativa, es necesario analizar los actos ejecutivos tendientes a la creación del riesgo desaprobado, sabiendo que habrá tentativa acabada cuando estos fueron efectuados, pero no condujeron a la comisión del delito; y tentativa inacabada cuando los actos resultaron inidóneos para

45 El artículo 74 del Código Penal establece una lista taxativa de delitos que requieren ser denunciados por la víctima para que la acción penal sea iniciada. Por otro lado, el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) prescribe que el plazo para presentar la noticia criminal es de seis (6) meses, computados a partir de la comisión de la conducta punible; plazo puede extenderse si el querellante no estaba enterado de la ocurrencia del delito debido a razones de fuerza mayor o caso fortuito.

46 Yesid Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (Buenos Aires: Editorial BdeF, 2016).

47 Ibídem.

materializar el ilícito penal⁴⁸. Por ejemplo, habría tentativa acabada si Mónica intenta subir las fotos íntimas que creó con el rostro de Juan David, pero le es imposible a raíz de un inesperado apagón que provoca que los circuitos de su computadora se quemen. En contraste, habría tentativa inacabada si ella considera que compartir el material consigo misma a través de un correo electrónico supone la consumación del crimen.

6. Conclusiones

La pornografía *deepfake*, que implica la manipulación digital de imágenes para superponer rostros de personas reales en cuerpos desnudos, constituye una grave amenaza para la privacidad y la dignidad individual. Esta situación resulta particularmente alarmante dada la creciente disponibilidad de herramientas basadas en inteligencia artificial que facilitan la creación rápida y masiva de este tipo de contenido. En Colombia, como en muchos otros países, la falta de un marco regulatorio específico para abordar este fenómeno ha generado un vacío legal que dificulta la protección de los derechos de las víctimas. Aunque el delito de injuria por vías de hecho podría utilizarse para sancionar a quienes comparten material generado sin consentimiento, esta disposición resulta insuficiente, ya que no protege adecuadamente todos los bienes jurídicos involucrados y no se aplica con certeza a comportamientos de este tipo.

A pesar de que hubo una propuesta legislativa para crear un tipo penal que sancione la difusión no consentida de material sexualmente explícito bajo la denominación de “violencia sexual cibernetica”, dicha propuesta no fue aprobada en los debates correspondientes. Ante esta situación, el legislador colombiano debe promulgar una nueva normativa que aborde de manera efectiva la difusión de pornografía *deepfake*, teniendo en cuenta las características únicas de este fenómeno. Para ello, puede considerar las legislaciones internas de estados como Georgia o Florida, que penalizan este fenómeno con multas o penas de prisión, dependiendo de la gravedad del caso. Luego, si se desea focalizar en la pornografía en la que los menores de edad son víctimas, se puede optar por modificar el artículo 218 del Código Penal o inspirarse en el sistema penal español, que sanciona severamente no sólo la circulación, sino también la creación de este tipo de contenido, en atención a la dignidad de la población infantil.

En todo caso, sería erróneo desde una perspectiva política-criminal castigar a

48 María Acale Sánchez, “Los delitos de mera actividad”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º10 (2002): 11-45.

aquellos que crean imágenes o videos pornográficos mientras estos permanezcan bajo su control, ya que los derechos de las víctimas se ven gravemente menoscabados cuando el material generado es expuesto y apreciado por cientos de usuarios en redes sociales. Tal exposición no sólo vulnera su dignidad e intimidad, sino que también puede transformarse en un problema público. Por lo tanto, una vez que se implemente un tipo penal en el panorama jurídico nacional, será necesario definir criterios de imputación jurídica claros que permitan determinar la responsabilidad de los autores, como presuponer que se trata de un delito de mera conducta y considerar la posibilidad de contemplar una modalidad culposa, así como la configuración de la tentativa en casos donde se haya interrumpido el riesgo jurídico. Finalmente, resulta esencial no sólo sancionar a los ciberdelincuentes, sino también ofrecer portales de ayuda y orientación a las futuras víctimas de esta práctica, que continúa en aumento y no muestra signos de cesar en los próximos años.

7. Bibliografía

- Acale Sánchez, María. “Los delitos de mera actividad”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º10 (2002): 11-45.
- Alemán Vásquez, Elisa. “Distinción entre el delito de injuria por vías de hecho y algunos delitos de naturaleza sexual. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 7 de febrero de 2018, radicado 49799, (SP107-2018), M.P. Fernando León Bolaños Palacio”. *Nuevo Foro Penal* 14, n.º90 (2018): 261-267.
- Arango Gómez, Valentina. “Alcance del ingrediente normativo contenido en el tipo penal del artículo 218-1 del Código Penal, referido a las “representaciones reales de actividad sexual”. Consideraciones sobre la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 7 de febrero de 2018, radicado 45868, ponente José Francisco Acuña”. *Nuevo Foro Penal* 14, n.º90 (2018): 268-274.
- Bañuelos Capistrán, Jacob. “Deepfake: la imagen en tiempos de la posverdad”. *Revista Panamericana de Comunicación* 1, n.º2 (2020): 51-61.
- Sarah McDermott y Jess Davies. “Deepfake: ‘Pusieron mi cara en un video porno’”. *BBC News Mundo*, 22 de octubre de 2022. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-63354076>
- Cabanelas Omil, José. “Inteligencia artificial ¿Dr. Jekyll o Mr. Hyde?”. *Mercados y Negocios*, n.º40 (2019): 5-16.

- Cadavid Quintero, Alfonso. "El delito imprudente en el proyecto de reforma a la legislación". *Nuevo Foro Penal* 12, n.º61 (1999): 59-87.
- Congreso de los Estados Unidos. "Bill H.R. 5586 del 20 de septiembre de 2023".
- Carnevali Rodríguez, Raúl. "Derecho penal como última ratio. Hacia una política criminal racional". *Revista Ius et Praxis* 14, n.º1 (2008): 13-48.
- Castro Cuenca, Carlos Guillermo. *Manual de teoría del delito*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2017.
- Congreso de la República de Colombia. "Gaceta del Congreso del 11 de agosto de 2020".
- Congreso de la República de Colombia. "Gaceta del Congreso del 9 de septiembre de 2020".
- Congreso de los Diputados de España. "Proposición de Ley Orgánica 122/000011 del 13 de octubre de 2023".
- Córdoba Angulo, Miguel. "Delitos contra la integridad moral". En *Lecciones de derecho penal: Parte especial*, Volumen I. Dirigido por Jaime Bernal Cuéllar, 323-342. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-590. (M.P Alberto Rojas Ríos; 21 de septiembre de 2017).
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-696. (M.P Fabio Morón Díaz; 5 de noviembre de 1996).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 27 de julio de 2009, Rad. 31715. (M.P Yesid Ramírez Bastidas).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 5 de diciembre de 2011, Rad. 35899. (M.P Augusto Ibáñez Guzmán).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 8 de abril de 1986, Rad. 134. (M.P. Lizandro Martínez Zúñiga).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia SP107-2018 del 7 de febrero de 2018, Rad. 49799. (M.P Fernando León Bolaños Palacios).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia SP123-2018 del 7 de febrero de 2018, Rad. 45868. (M.P José Francisco Acuña Vizcaya).
- Díaz y García Conledo, Miguel. "La falta de respeto del principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos (y principios conexos) en el CP español: algunos ejemplos y especial referencia a los «delitos de odio»". *Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal*, n.º2019-3 (2019): 158-175.

Manuel Viejo. "Decenas de menores de Extremadura denuncian que circulan fotos de falsos desnudos suyos creadas por inteligencia artificial: 'Me dio un vuelco el corazón'". *El País*, 18 de septiembre de 2023. <https://elpais.com/espana/2023-09-18/la-policia-investiga-el-desnudo-integral-de-varias-menores-en-extremadura-con-inteligencia-artificial-me-dio-un-vuelco-el-corazon.html>

El Tiempo. "Exsurfista denuncia extorsión con falsos desnudos suyos: "He pasado por un infierno"". *El Tiempo*, 30 de noviembre de 2023. <https://www.eltiempo.com/deportes/otros-deportes/mariana-rocha-denuncia-extorsion-con-fotos-creada-con-inteligencia-artificial-830997>

Ferrajoli, Luigi. "El principio de lesividad como garantía penal". *Nuevo Foro Penal* 8, n.º79 (2012): 100-114.

Fiscalía General del Estado de España. "Circular 2/2015 del 19 de junio de 2015".

García-Ull, Francisco José. "Deepfakes: el próximo reto en la detección de noticias falsas". *Anàlisi: Quaderns de Comunicació i Cultura*, n.º64 (2021): 103-120.

Guío Español, Armando, Elena Tamayo Uribe y Pablo Gómez Ayerbe. *Marco ético para la inteligencia artificial en Colombia*. Consejería Presidencial para Asuntos Económicos y Transformación Digital, 2020.

Home Security Heroes. "2023 State of Deepfakes Report". *Security Heroes*, 2023. <https://www.homesecurityheroes.com/state-of-deepfakes/#concluding-remarks>

Jakobs, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

Conner-Simons, Adam y Rachel Gordo. "Using AI to predict breast cancer and personalize care". *MIT News*. 7 de mayo de 2019. <https://news.mit.edu/2019/using-ai-predict-breast-cancer-and-personalize-care-0507>

Modolell González, Juan Luis. "El tipo objetivo en los delitos de mera actividad". *Política Criminal* 11, n.º22 (2016): 368-390.

Morales Neira, Mónica Lizet. "Uso y divulgación de la imagen personal: enfoques en el derecho romano, en el derecho colombiano y su actual integración con la inteligencia artificial". *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º30 (2020): 169-197.

Reyes Alvarado, Yesid. "El concepto de imputación objetiva". En *Imputación objetiva y dogmática penal*. Compilación de Mireya Bolaños González. 173-203. Mérida: Universidad de Los Andes, 2005.

- Reyes Alvarado, Yesid. *El delito de tentativa*. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2016.
- Salgado González, Álvaro. "Apuntes sobre el concepto de bien jurídico". *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo* 4, n.º1 (2012): 149-156.
- Serrano-Piedecasas, José Ramón. "Fundamento de la punición de la tentativa". *Nuevo Foro Penal* 12, n.º61 (1999): 3-33.
- Silva Sánchez, Jesús-María. "La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanoablante". *InDret: Revista para el Análisis de Derecho*, n.º1 (2019).



License Creative Commons Attribution 4.0 International