

DERECHO PENAL

La utilización de la inteligencia artificial y el delito de elaboración y distribución de pornografía infantil

Gerard MOLINA FEBRERO

Inspector de la Policía Nacional

No cabe duda de que la inteligencia artificial nos va a dar muchos quebraderos de cabeza en la persecución de las actividades delictivas y que, en muchas ocasiones, el legislador, el cual tiene la responsabilidad de poner a nuestra disposición las herramientas necesarias para la persecución de los delitos, va siempre un paso por detrás (si no alguno más) del delincuente, el cual siempre está en constante desarrollo y búsqueda de nuevas formas de delinquir, como si de un empleado de un departamento de "I+D" de una gran empresa se tratara.

Sin embargo, en el ámbito de la pornografía infantil el legislador tanto nacional como europeo se han adelantado a lo que estaba por llegar y que ya ha llegado a nuestro campo de investigación, esto es, la elaboración y distribución de pornografía infantil mediante la utilización de la inteligencia artificial.

Recientemente, se publicaba la noticia acerca de la investigación de la difusión de imágenes de varias menores desnudas creadas con inteligencia artificial. En resumen, los actos consistirían en utilizar imágenes reales de las menores, las cuales podrían haber sido obtenidas por los autores de redes sociales u otros medios, y mediante el uso de la inteligencia artificial crear una nueva imagen en las que, apareciendo la cara de la menor, se le muestra totalmente desnuda.

Pero, ¿esa imágenes creadas por inteligencia artificial tendría cabida en el delito de pornografía infantil del artículo 189 del Código Penal?

La respuesta es que sí.

Basta con acudir al artículo 189. 1, párrafo segundo, apartados c) y d), en los que se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección a:

*"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".*

Estas imágenes integran lo que se denomina **pornografía infantil virtual** que es aquella en la que la imagen del menor es una creación artificial, pero realista, que ha sido elaborada por ordenador u otro medio.





La Directiva 2011/93/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*, imponía la tipificación de la posesión, producción y difusión de **pornografía infantil virtual**.

España, traspuso literalmente el mandato de la Directiva e introdujo en el año 2015 en el artículo 189 el contenido de las definiciones de qué debía ser considerado pornografía infantil previstas en el artículo 2, apartado c) de la citada Directiva, entre las que se encuentran las transcritas más arriba.

Ahora bien, la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2015, de 19 de junio, *sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015*, recuerda que:

"A fin de evitar indebidas extensiones del concepto de pornografía infantil, debe interpretarse restrictivamente el concepto "imágenes realistas". Conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua "realista" significa que "trata de ajustarse a la realidad". Por tanto, "imágenes realistas" serán imágenes cercanas a la realidad, a la que tratan de imitar. Dicho de otro modo, serían imágenes que no son reales, pero lo parecen. Podrían abarcar imágenes alteradas de personas existentes e incluso las imágenes generadas mediante ordenadores.

Por tanto, solo serán "imágenes realistas" potencialmente subsumibles en el concepto de pornografía infantil aquellas que se aproximan en alto grado a la representación gráfica de un auténtico menor, o de sus órganos sexuales. Por ello, no deberán los Sres. Fiscales entender incluidos dibujos animados, manga o representaciones similares, pues no serían propiamente "imágenes realistas", en tanto no perseguirían ese acercamiento a la realidad".

A este respecto señala el Tribunal Supremo en su STS 395/2021, de 6 de mayo, que la denominada "pornografía virtual", en referencia al material pornográfico que proyecta la participación de un menor de creación artificial, pero realista, es un delito de peligro en abstracto y que la equiparación punitiva entre el delito de resultado (cuando se utilizan a menores reales) y el delito de peligro, se justifica porque la condena de divulgar este tipo de material pornográfico, si bien previene conductas que podrían favorecer agresiones sexuales infantiles de futuro, hace frente a ataques directos del interés genérico y colectivo por proteger la dignidad de la infancia.

Por lo tanto, si las imágenes creadas mediante inteligencia artificial de las menores pueden ser consideradas "imágenes realistas", esto es, en el sentido ya apuntado por el informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013, imágenes en las que se hace muy difícil distinguir entre lo real y lo artificialmente creado, colmaría sin ningún esfuerzo los elementos típicos del artículo 189 del Código Penal. Un tipo penal que, no debemos olvidar, castiga, entre otras conductas, con penas de **prisión 1 a 5 años**, la **producción, venta, distribución, exhibición, ofrecimiento o facilitación de la producción, de la venta, de la difusión o de la exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o la posesión para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido**.

Y todo ello sin perjuicio de la posible apreciación de agravantes que pueden hacer que **las penas alcancen de los 5 a los 9 años de prisión o la superior en grado de estas**.





Como vemos, son muchas las conductas típicas descritas en el tipo, estando también castigada la conducta del que **para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil** con la **pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años** o, con la misma pena, la conducta del que, a sabiendas, acceda a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.

Llegados a este punto, alguien se podría preguntar lo siguiente: ¿Y si en las imágenes aparecen personas presentadas como menores en un contexto sexual? ¿Sería delito de pornografía infantil?

La respuesta es que a veces sí y a veces no.

Este caso concreto de pornografía, a diferencia de la denominada pornografía virtual que siempre será delito en el caso de ser una imagen realista en los términos explicados anteriormente, es la denominada **pornografía técnica** y solamente será delito cuando la persona que aparece presentada como menor de edad es realmente un menor de edad o cuando la edad de la persona presentada como menor de edad no puede ser determinada. En el caso de que se pueda llegar a averiguar que la persona que aparece presentada como un menor, realmente es una persona mayor de edad, los hechos resultarán atípicos.

A este respecto, concluye la Fiscalía General del Estado en la Circular antes aludida, con respecto a la pornografía técnica, que:

“La clave estará, pues, en determinar si los protagonistas del material pueden ser menores y se les presenta como menores. Si pueden ser menores y se les presenta como menores, el material será subsumible en el concepto de pornografía infantil, salvo que se acredite que eran adultos. Si pueden no ser menores y no se les presenta como menores, habrá de optarse por la no incriminación”.

En conclusión, con respecto al caso de la utilización de imágenes reales de menores sobre las que se aplica la inteligencia artificial para mostrarlas desnudas, dicha conducta en la que los autores consiguen una imagen realista que, en la mayoría de las ocasiones, hace difícil distinguir lo real de lo simulado, integraría sin esfuerzo alguno un delito relacionado con la pornografía infantil del artículo 189 CP.

