

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

SEDE DE OCCIDENTE

FACULTAD DE DERECHO

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO:

“EL GROOMING EN COSTA RICA: ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE
SEDUCCIÓN O ENCUENTROS CON MENORES POR MEDIOS ELECTRÓNICOS,
A LA LUZ DEL CÓDIGO PENAL COSTARRICENSE Y DERECHO COMPARADO”

MARÍA ALEJANDRA CHACÓN SALAS

CARNÉ B31784

MARIAM SOFHÍA LEAL CHAVES

CARNÉ B33664

JULIO, 2021

30 junio 2021
FD-1154-2021

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de las estudiantes: María Alejandra Chacón Salas, carné B31784 y Mariam Sofhía Leal Chaves, carné B33664 denominado: "El grooming en Costa Rica: análisis dogmático del delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos, a la luz del código penal costarricense y derecho comparado" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA"**.

Tribunal Examinador

<i>Informante</i>		<i>FIRMA</i>	<i>FECHA</i>
<i>Informante</i>	MSc. Martín Alfonso Rodríguez Miranda		
<i>Presidente</i>	MSc. Ruth Mayela Morera Barboza		
<i>Secretario</i>	Dr. Luis Mariano Argüello Rojas		
<i>Miembro</i>	Lic. Jorge Mario Soto Álvarez		
<i>Miembro</i>	MSc. Elí Marcial Rodríguez Herrera		

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **19 de julio 2021**, a las 5:00 p.m. de manera virtual.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director, Área Investigación

LCV
Cc: arch.



Recepción

Tel.: 2511-4032

recepcion.fd@ucr.ac.cr

Consultorios Jurídicos

Tel.: 2511-1521

accionsocial.fd@ucr.ac.cr

Casa de Justicia

Tel.: 2511-1558

administrativacasajusticia.fd@ucr.ac.cr

www.derecho.ucr.ac.cr

Grecia, 17 de junio, 2021

Dr. Ricardo Salas Porras
Director Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado director:

Me es muy grato comunicarle que he leído el trabajo final de graduación titulado *"El grooming en Costa Rica: Análisis dogmático del delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos a la luz del Código Penal costarricense y derecho comparado"*, elaborado por las estudiantes María Alejandra Chacón Salas, carné B31784, y Mariam Sofhía Leal Chaves, carné B33664.

El tema elegido tiene relevancia en el ámbito penal en razón de la incidencia que ha tenido el uso de las tecnologías en distintos ámbitos de las interacciones sociales, en cuenta el ámbito penal y, en este caso concreto, en su aplicación para generar nuevas modalidades a través de las cuales se puede afectar la libertad o la indemnidad sexual de las personas menores de edad.

El trabajo de las estudiantes Chacón Salas y Leal Chaves presenta una importante reflexión y crítica a la forma en cómo fue abordado y tipificado el denominado delito del "grooming" en nuestro país como un mecanismo de seducción o para lograr algún encuentro con personas menores de edad utilizándose medios electrónicos.

Se aprecia en este trabajo un esfuerzo no sólo por intentar explicar los elementos que son requeridos para la configuración de esta ilicitud, sino también los problemas que presenta su actual redacción que dificultan una adecuada aplicación para los casos en que -se supone- se debería dar. Tal y como ocurre con algunos de los supuestos que también se encuentran tipificados en el delito de corrupción de nuestro Código Penal, lo que provoca alguna discusión sobre el tipo penal que debe prevalecer.

Considero que el enfoque dogmático y crítico del problema es el aporte principal que hacen las proponentes al debate nacional, y deja con ello sentadas las bases para estudios posteriores que permitan nuevas aportaciones sobre este interesante enfoque.

Por lo anterior, estimo que el trabajo no solo cumple con los requisitos de forma y fondo exigidos por la normativa universitaria, sino que constituye un valioso aporte al conocimiento sobre la problemática analizada en la investigación.

Sin otro particular, se suscribe,

Cordialmente,



Msc. Martín Alfonso Rodríguez Miranda
Director del trabajo de investigación de las estudiantes

San Ramón, 18 de junio de 2021

Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado director

Por medio de la presente yo, Msc. Ruth Mayela Morera Barboza le informo que, en mi condición de lectora del trabajo final de graduación denominado *"El grooming en Costa Rica: Análisis dogmático del delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos a la luz del Código Penal costarricense y derecho comparado"* realizado por las estudiantes María Alejandra Chacón Salas, carné B31784 y Mariam Sofhía Leal Chaves, carné B33664, he revisado dicha investigación y considero que cumple con los requisitos de forma y de fondo requeridos por esta casa de estudios.

Expuesto lo anterior, extendiendo la presente carta de aprobación y, de forma respetuosa, solicito se autorice la defensa pública del Trabajo Final de Graduación de las sustentantes. Sin otro particular y, agradeciendo la atención a la presente, quien suscribe.

Atentamente,



Msc. Ruth Mayela Morera Barboza

Lectora de tesis

San Ramón, 21 de junio del 2021

Dr. Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación- Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

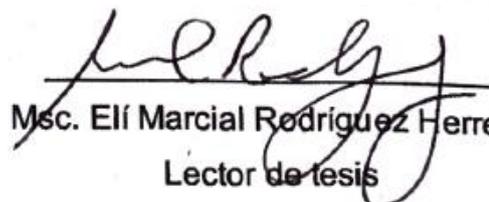
Estimado director:

Por la presente yo, Msc. Elí Marcial Rodríguez Herrera, en mi condición de lector, le informo que el trabajo final de graduación de las estudiantes bachilleres en Derecho y egresadas de la Sede de Occidente, María Alejandra Chacón Salas, carné B31784 y Mariam Sofhía Leal Chaves, carné B33664, con título ***“El grooming en Costa Rica: análisis dogmático del delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos, a la luz del código penal costarricense y derecho comparado.”***, cumple con los requisitos de forma y fondo que establece el reglamento general de los trabajos finales de graduación en grado para la Universidad de Costa Rica.

En virtud de lo anterior, apruebo como lector la investigación con el fin de proceder con el trámite de la defensa.

Sin más, me despido.

Atentamente,


Msc. Elí Marcial Rodríguez Herrera
Lector de tesis

San José, 21 de junio, 2021

Dr. Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Leí y corregí el Trabajo Final de Graduación: "El grooming en Costa Rica: análisis dogmático del delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos, a la luz del Código Penal costarricense y Derecho Comparado", elaborado por las estudiantes María Alejandra Chacón Salas, carné B31784 y Mariam Sofhía Leal Chaves, carné B33664, para optar al grado académico de Licenciatura en Derecho

Corregí el trabajo en aspectos, tales como: construcción de párrafos, vicios del lenguaje que se trasladan a lo escrito, ortografía, puntuación y otros relacionados con el campo filológico, y desde ese punto de vista considero que está listo para ser presentado como Trabajo Final de Graduación, por cuanto cumple con los requisitos establecidos por la Universidad de Costa Rica.

Atentamente,


M.Sc. Edgar Rojas González

Carné 2443

Teléfono 88822158

Correo: edgarrojasg27@gmail.com

Dedicatoria

Esta tesis se la dedico a Dios, quien supo guiarme por el buen camino y darme fuerzas para seguir adelante. A mi madre Martha Salas Morera y a mi padre Vianey Chacón Jiménez por su apoyo constante, sus consejos, sus palabras de aliento y su amor incondicional, por ellos soy lo que soy y son ellos quienes me dan la fortaleza suficiente para alcanzar mis objetivos y superarme siempre.

María Alejandra Chacón Salas

Dedico esta tesis primeramente a Dios. A mis padres María Chaves Saborío y Luis Leal Orias por haberme forjado como la persona que soy en la actualidad, porque gracias a ellos he cumplido muchos de mis sueños y esperanzas, y nunca perdí la fe en mi misma, y son quienes siempre me motivan a alcanzar mis metas.

Mariam Sofhía Leal Chaves

Agradecimientos

A mis abuelos, Carmen y Cristóbal, quienes siempre me apoyaron. A mis padres y a mis hermanos Luis Diego y Santiago Matías, quienes siempre han sido mi soporte. A Alejandra que realizó junto a mí este recorrido lleno de éxitos y flaquezas.

Mariam Sofhía Leal Chaves

A mis padres, a mis hermanos José Daniel y María Fernanda, y a mi sobrino Jérôme Samuel, quienes siempre han sido mi aliento, mi motivación y mi pilar más importante. A mi compañera de no solo de tesis sino de carrera Mariam, por ser mi cómplice en este viaje.

María Alejandra Chacón Salas

Finalmente, agradecemos a nuestro director Msc. Martín Rodríguez Miranda por guiarnos en el desarrollo de esta investigación, por su apoyo constante y permitirnos recurrir a su capacidad y conocimiento. A nuestra alma máter por abrirnos las puertas a la sabiduría y a nuestros profesores que a lo largo de nuestra carrera nos brindaron su conocimiento y su apoyo.

“El éxito consiste en ir de fracaso en fracaso sin perder la fe, la esperanza y la moral.”

-Sir Winston Leonard Spencer Churchill

Índice General

Dedicatoria.....	i
Agradecimientos.....	ii
Tabla de abreviaturas.....	vii
Resumen.....	viii
Introducción.....	1
<i>Justificación</i>	1
<i>Objetivos</i>	2
<i>Objetivo General</i>	2
<i>Objetivos Específicos</i>	2
<i>Hipótesis</i>	3
<i>Metodología</i>	3
<i>Estructuración por capítulos</i>	5
CAPÍTULO I: Acercamiento al delito conocido en inglés como “grooming”	7
1.1 Generalidades del delito conocido en inglés como “grooming”	9
1.1.1 Evolución histórica del delito conocido en inglés como “grooming”	9
1.1.2 Concepto del delito de “grooming”	20
1.1.3 Presupuestos doctrinarios del “grooming”	23
1.2 Derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la figura conocida en inglés como “grooming”	34
1.2.1 Derecho al honor	36
1.2.2 Libertad sexual	38

1.2.3 Indemnidad sexual	41
CAPÍTULO II: El delito conocido en inglés como “grooming” en la esfera internacional	44
2.1 Estudio comparado del delito conocido en inglés como “grooming”	45
2.1.1 La figura de “grooming” en el derecho español	46
2.1.2 La figura de “grooming” en el derecho argentino	56
2.1.3 La figura de “grooming” en el derecho mexicano	61
CAPÍTULO III: El delito conocido en inglés como “grooming” en la esfera nacional ...66	
3.1 La figura delictiva de “grooming” contemplada en el Código Penal frente a las convenciones internacionales	67
3.2 Análisis dogmático de la tipicidad de la figura delictiva seducción o encuentros de personas menores de edad por medios electrónicos, artículo 167 bis del Código Penal costarricense	75
3.2.1 Elemento objetivo del tipo penal	75
3.2.2 Elemento subjetivo del tipo penal	100
3.2.3 Fases del iter criminis	102
3.3 Acercamiento al delito de “grooming” en el ordenamiento costarricense	107
3.3.1 Análisis del delito de corrupción contemplado en el artículo 167 párrafo segundo del Código Penal	108
3.3.2 Problemas sustantivos en la aplicación de la figura delictiva de corrupción contemplada en el artículo 167 párrafo segundo del Código Penal y de la figura delictiva de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos contemplada en el artículo 167 bis del Código Penal	117
3.3.3 Una propuesta de reformulación del tipo penal de “grooming” (sus alcances y limitaciones)	130

Conclusiones..... 135

Bibliografía 141

Tabla de abreviaturas

TIC	Tecnologías de la información y la comunicación
PME	Persona Menor de edad
CP	Código Penal
ACPI	Asociación Contra la Pornografía Infantil
DSM IV	Manual Diagnostico- Estadístico de los Trastornos Mentales
LO	Ley Orgánica
UE	Unión Europea
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OEA	Organización de los Estados Americanos

Resumen

Ante la incorporación en el año 2013 del delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos contenido en el artículo 167 bis del Código Penal ha surgido la siguiente interrogante ¿Cumple el ordenamiento jurídico costarricense con los presupuestos necesarios establecidos doctrinariamente para la debida aplicación del delito conocido con el término en inglés “grooming”?

Con esta investigación se analiza el delito identificado con el término en inglés “grooming”, y su aplicación en Costa Rica, se lleva a cabo un análisis intensivo sobre este delito, mediante un estudio dogmático del mismo, se engloban los alcances que se pueden dar a una posible reformulación del tipo penal ya existente en Costa Rica y sus límites con otras figuras delictivas, de forma que se ofrezca un vehículo de aplicación viable en el ámbito nacional, pretendiendo de esta forma crear un preámbulo de crítica constructiva respecto de los futuros pasos que puede tomar nuestro país en este tema.

A pesar de las ventajas que implican las TIC, estas también se utilizan ilícitamente, por ejemplo para buscar encuentros sexuales con una persona menor de edad o incapaz, esto se analiza en el presente documento, además se compara la regulación de este delito en distintas legislaciones internacionales y la aplicación que se ha dado de esta figura delictiva en dichas legislaciones. Se procura establecer si mediante la implementación del delito se cumple con las normas internacionales relacionadas con los derechos de los niños, niñas y adolescentes de las cuales Costa Rica forma parte.

Esta investigación se basa en la hipótesis de que: Es necesaria una reformulación del tipo penal que posibilite una adecuada aplicación del delito de “grooming” en nuestra legislación nacional, pues el ordenamiento jurídico costarricense no cumple con los presupuestos necesarios establecidos doctrinariamente para una aplicación judicialmente viable, y aunado a esto, existen diferentes figuras delictivas que regulan una misma situación y difieren entre ellas con penas distintas, lo cual llega a confundir al jurista en la aplicación de estas, razón por la que se requiere de una corrección del mismo que brinde claridad.

El objetivo general de esta investigación es analizar si el ordenamiento jurídico costarricense cumple con los requisitos necesarios establecidos doctrinariamente para la debida aplicación de la figura delictiva conocida con el termino en inglés “grooming”.

Respecto a la metodología, se utilizó el método comparativo, con el fin de entender las diferencias y semejanzas que puedan existir en los sistemas latinoamericanos y el costarricense en cuanto al delito de “grooming”; además, se implementó el método explicativo y el inductivo, para explicar dogmáticamente el delito de “grooming” en Costa Rica, y de esta manera comprender las causas que lo originaron.

Las conclusiones principales obtenidas han sido:

La reforma al artículo 167 del CP es una verdadera calamidad, ya que, debió separar lo que era la corrupción del "grooming" y no como se realizó en el año 2012 cuando se introdujeron características del “grooming” en el delito de corrupción, específicamente, en su párrafo segundo, pues con estas reformas generó lo que consideramos es un problema grave en la aplicación de estas figuras pues la redacción de estas produce problemas interpretativos importantes que afectan la aplicación judicial de las mismas.

Costa Rica cumple a grandes rasgos con los convenios internacionales suscritos respecto a esta materia y va más allá de las barreras protectoras establecidas por estos instrumentos internacionales.

La figura doctrinaria de “grooming” se encuentra tipificada en la esfera nacional en el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos contenido en el artículo 167 bis del CP de forma concreta, aunque también se aprecian características de este delito en el artículo 167 del mismo cuerpo normativo, lo que tiende a confundir las figuras y por ello se requiere de una reformulación al artículo, de forma que se permita una aplicación judicialmente viable, razón por la que aquí se plantea una reforma a los mismos.

Ficha Bibliográfica

Chacón Salas, María Alejandra & Leal Chaves, Mariam Sofhía. *El grooming en Costa Rica: análisis dogmático del delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos, a la luz del código penal costarricense y derecho comparado*. Tesis de licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. ix y 155.

Director: Msc. Martín Alfonso Rodríguez Miranda

Palabras Claves: *Grooming*, Seducción, Corrupción, Derecho Penal, Delitos Sexuales, Persona menor de edad, Convención sobre los Derechos del niño, Indemnidad sexual, Libertad sexual, Encuentros con menores, Medios Electrónicos, Comunicaciones de contenido sexual o erótico, Análisis de tipo, Análisis dogmático.

Introducción

Justificación

Con este trabajo se pretende analizar el delito identificado con el término en inglés “grooming”, y su aplicación en Costa Rica, se busca llevar a cabo una exhaustiva investigación sobre el delito conocido como “grooming”, mediante un estudio dogmático del mismo, se intenta englobar los alcances que se puede dar a una posible reformulación del tipo penal ya existente en Costa Rica y sus límites con otras figuras delictivas, de manera que nos ofrezca un vehículo de aplicación viable en el ámbito nacional, pretendiendo de esta forma crear un preámbulo de crítica constructiva respecto de los futuros pasos que puede tomar nuestro país en este tema.

A pesar de las ventajas que implican las TIC, por desgracia estas también se utilizan indebidamente, por ejemplo, para buscar acercamientos o encuentros sexuales con una persona menor de edad o incapaz, esto lo analizamos en el presente documento, además, de comparar la regulación de este delito en distintas legislaciones internacionales y la aplicación que se ha dado de esta figura delictiva en dichas legislaciones. Se procura establecer si mediante la implementación del delito se cumple con las normas internacionales relacionadas con los derechos de los niños, niñas y adolescentes de las cuales Costa Rica forma parte.

Además, es importante mencionar que el aumento en el uso de las nuevas tecnologías acrecienta la posibilidad de los menores de edad de ser víctimas de delitos como lo es el delito objeto de estudio de esta investigación; así, como también,

aumenta las maneras de comisión de delitos tradicionales, sin embargo, esto se ha intentado combatir por los diferentes Estados a través de distintos instrumentos internacionales, como por ejemplo el Convenio sobre Ciberdelincuencia, la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, entre otros.

Objetivos

Objetivo General

- Analizar si el ordenamiento jurídico costarricense cumple con los requisitos necesarios establecidos doctrinariamente para la debida aplicación de la figura delictiva conocida con el termino en inglés “grooming”.

Objetivos Específicos

- Definir dogmáticamente el delito conocido con el termino en inglés “grooming”.
- Establecer si el ordenamiento costarricense cumple con los presupuestos establecidos en la figura doctrinaria conocida con el término de “grooming”.
- Comparar la regulación y aplicación del delito conocido con el termino en inglés “grooming” en distintas legislaciones internacionales.

- Determinar si mediante la implementación de esta figura delictiva se cumple con las convenciones firmadas por Costa Rica respecto de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes.
- Plantear una reforma al tipo penal en el que se regule el delito de “grooming” de forma que permita su aplicación.

Hipótesis

Es necesaria una reformulación del tipo penal que posibilite una adecuada aplicación del delito de “grooming” en nuestra legislación nacional, pues el ordenamiento jurídico costarricense no cumple con los presupuestos necesarios establecidos doctrinariamente para una aplicación judicialmente viable, y aunado a esto, existen diferentes figuras delictivas que regulan una misma situación y difieren entre ellas con penas distintas, lo cual llega a confundir al jurista en la aplicación de estas, razón por la que se requiere de una corrección del mismo que brinde claridad.

Metodología

Para el presente trabajo de investigación se utilizará el método comparativo, con el fin de entender las diferencias y semejanzas que puedan existir en los sistemas latinoamericanos y el costarricense en cuanto al delito de “child grooming”; *“comparar permite entonces identificar los elementos comunes, las regularidades de distintos*

casos (o bien sus diferencias) y de esta forma alcanzar explicaciones más comprensivas de fenómenos políticos pasados o presentes.”¹

Además, se implementará el método explicativo y el inductivo, el primero va “*más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; es decir, están dirigidos a responder por las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales. Como su nombre lo indica, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se manifiesta o por qué se relacionan dos o más variables.*”² Mediante esta investigación se pretende explicar dogmáticamente el delito de “grooming” en Costa Rica, y de esta manera comprender las causas que lo originaron.

En cuanto al método inductivo, se pretende abordar esta investigación desde cuestionamientos particulares que nos permitan llegar a una conclusión general de las causas que dieron origen a la tipificación de este delito. Este método procura ir “*de lo particular a lo general (de los datos a las generalizaciones –no estadísticas- y la teoría).*”³

¹ VI Jornadas de Sociología, “Métodos comparativos en Ciencias Sociales: algunas reflexiones en relación a sus ventajas y limitaciones”, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, (no indica), (Consultado el 15 de Junio de 2019) <<http://cdsa.aacademica.org/000-045/665.pdf>>

² Roberto Hernández Sampieri, “Metodología de la investigación”, (México: McGraw-Hill/Interamericana Editores, 2014), 95.

³ Ibidem, p. 11.

Estructuración por capítulos

CAPÍTULO I: Acercamiento al delito conocido en inglés como “grooming”

1.1 Generalidades del delito conocido en inglés como “grooming”

1.1.1 Evolución histórica del delito conocido en inglés como “grooming”

1.1.2 Concepto del delito de “grooming”

1.1.3 Presupuestos doctrinarios del “grooming”

1.2 Derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la figura conocida en inglés como “grooming”

1.2.1 Derecho al honor

1.2.2 Libertad sexual

1.2.3 Indemnidad sexual

CAPÍTULO II: El delito conocido en inglés como “grooming” en la esfera internacional

2.1 Estudio comparado del delito conocido en inglés como “grooming”

2.1.1 La figura de “grooming” en el derecho español

2.1.2 La figura de “grooming” en el derecho argentino

2.1.3 La figura de “grooming” en el derecho mexicano

CAPÍTULO III: El delito conocido en inglés como “grooming” en la esfera nacional

3.1 La figura delictiva de “grooming” contemplada en el Código Penal frente a las convenciones internacionales

3.2 Análisis dogmático de la tipicidad de la figura delictiva seducción o encuentros de personas menores de edad por medios electrónicos, artículo 167 bis del Código Penal costarricense

3.2.1 Elemento objetivo del tipo penal

3.2.2 Elemento subjetivo del tipo penal

3.2.3 Fases del iter criminis

3.3 Acercamiento al delito de “grooming” en el ordenamiento costarricense

3.3.1 Análisis del delito de corrupción contemplado en el artículo 167 párrafo segundo del Código Penal

3.3.2 Problemas sustantivo en la aplicación de la figura delictiva de corrupción contemplada en el artículo 167 párrafo segundo del Código Penal y de la figura delictiva de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos contemplada en el artículo 167 bis del Código Penal.

3.3.3 Una propuesta de reformulación del tipo penal de “grooming” (sus alcances y limitaciones)

CAPÍTULO I: Acercamiento al delito conocido en inglés como “grooming”

Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han tenido un papel importante en nuestra sociedad, ya que las mismas han facilitado el acceso a la comunicación en diferentes ámbitos, a saber, el social, el cultural y el comercial. A pesar de lo anterior, es lo cierto que también acarrearán nuevas conductas perjudiciales que suelen ser delitos preexistentes adaptados a estos espacios digitales. Tal y como señala Norma Bouyssou *“El avance de la ciencia y la tecnología han permitido la creación de nuevas técnicas de información, así como las formas de comunicación instantánea entre individuos de cualquier parte del mundo, lo que no solo ha originado el progreso de la comunicación y con ello el acceso a la cultura, sino también como todo descubrimiento, la aparición de nuevas tipologías delictivas, o modernización de las ya existentes relacionadas con el tema que se trata.”*⁴

Así, pues, junto con la explosión de las nuevas tecnologías han aparecido ciertos riesgos tecnológicos dentro de los que podemos mencionar las vulneraciones al derecho a la intimidad y la privacidad de las personas, tal y como indica Gustavo Arocena *“En la actualidad, existen cientos de bases de datos con información propia del ámbito de la vida privada de las personas, y sus huellas e imágenes digitales quedan registradas en profusos lugares en la Web, videocámaras de ingreso a edificios, tarjetas de acceso a oficinas, correos electrónicos, comunicaciones por chat, búsquedas en Internet y mensajes de texto telefónicos (SMS).”*⁵ Ello porque

⁴ Norma Bouyssou, “Los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil”, (Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2015): 13.

⁵ Gustavo A. Arocena, “La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal Argentino-Introducción a la Ley Nacional N°26.388”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 45, N°135 (2011): 307, (Consultado el 09 de febrero de 2019) <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332012000300002>.

lícitamente las personas brindan su información personal en las diferentes redes sociales o plataformas digitales de forma voluntaria o de manera ilícita cuando dicha información es obtenida mediante métodos maliciosos sin su consentimiento; por ejemplo, violación de datos personales, suplantación de identidad, estafa informática, extorsión, violación de correspondencia o comunicaciones, entre otros.

Ahora bien, en la actualidad los niños, niñas y adolescentes tienen la facilidad de un mayor acceso a la internet y medios electrónicos lo que provoca una mayor vulnerabilidad al estar expuestos al uso de estas tecnologías. Asimismo, Lucía Fernández manifiesta que, *“La citada posición de vulnerabilidad del menor en Internet como consecuencia de su mayor predisposición a compartir datos privados en la red, se ve incrementada por el hecho de que dichos menores tienden a desvelar su intimidad “voluntariamente” a través de las TIC como forma de relacionarse socialmente, lo que nos puede llegar a plantear un debate acerca de la licitud o no del acceso a la misma por parte de terceros.”*⁶

Por esta evidente necesidad de protección a las personas menores de edad ante estas nuevas conductas perjudiciales en la esfera electrónica es que surge la necesidad en el Derecho Penal de implementar nuevas tipologías que contemplen nuevos métodos comisivos y nuevas figuras delictivas, tal y como es el caso del delito en estudio.

⁶ Lucía Fernández Sousa, “El delito de Online Child Grooming”, (Tesis de Licenciatura en abogacía, Universidad de Oviedo España, 2016): 4.

1.1 Generalidades del delito conocido en inglés como “grooming”

Existen diversas conductas delictivas de carácter sexual en las cuales la internet ha llegado a convertirse en un medio por excelencia para la perpetración, de las mismas. Dentro de estas podemos mencionar el delito conocido por el término en inglés “online child grooming”, el cual surge en el derecho anglosajón y ha sido adoptado por distintas naciones entre las cuales destacan Estados Unidos, España y Argentina. En Costa Rica, se introduce este delito mediante la ley número 9135 del 24 de abril de 2013 bajo el nombre de “seducción o encuentros con menores por medios electrónicos”, siguiendo a otros países y buscando normativizar en su esfera interna los distintos tratados internacionales que pretenden proteger a las personas menores de edad ante las diferentes violaciones que pueden surgir a sus derechos.

Por esta razón, la presente sección analiza doctrinariamente el delito conocido por su término en inglés “grooming”, abarcando su evolución a través del tiempo, conceptualizándolo y concretizando los presupuestos doctrinarios establecidos para el mismo.

1.1.1 Evolución histórica del delito conocido en inglés como “grooming”

A modo introductorio, debemos precisar que, con la aparición de la internet alrededor de los años noventa surge una nueva forma de interacción entre los individuos de la sociedad, así lo señala Alberich al mencionar que *“a principios del siglo XXI, la información y la comunicación se han colocado en el centro de las*

transformaciones sociales. De tal forma el nombre que le damos a esta sociedad en la que vivimos es sociedad de la información.”⁷ Se entiende sociedad de la información como “una sociedad en la cual las condiciones de generación de conocimiento y procesamiento de información han sido sustancialmente alteradas por una revolución tecnológica centrada sobre el procesamiento de información, la generación del conocimiento y las tecnologías de la información.”⁸

Asimismo, el fuerte arraigo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en nuestra sociedad, conocidas a través de su acrónimo TIC’s, hace que resulte innegable el papel que estas han adquirido en nuestras relaciones, económicas, laborales, culturales y sociales, lo cual trae como consecuencia la aparición de nuevas conductas dañinas. A nuestro parecer, el delito de “grooming” surge como una nueva figura delictiva ya que en el ordenamiento jurídico costarricense esta no se encontraba contemplada con anterioridad.

Al contrario, algunos autores señalan que estas conductas no son nuevas figuras delictivas, sino nuevos métodos comisivos de figuras ya preexistentes, tal y como expone Lucía Fernández, *“como consecuencia de la irrupción de estas nuevas vías de comunicación, este escenario relativamente novedoso lleva aparejado una serie de conductas nocivas para los ciudadanos, conductas, que por regla general son tipos delictivos preexistentes pero adaptados al nuevo entorno tecnológico y en donde resulta especialmente destacable la situación de los menores de edad, debido a la posición de mayor vulnerabilidad en la que se encuentran.”⁹* En el mismo orden

⁷ Jordi Alberich, Antoni Roig, Manuel Campo (2005). Comunicación audiovisual, digital, nuevos medios, nuevos usos y nuevas formas. Barcelona, España: Editorial UOC: 47.

⁸ PANIAMOR, “Marco Referencial”, Red Natic. (2011): 6 (Consultado el 19 de mayo de 2020) <http://www.iin.oea.org/boletines/boletin10/esp/pdf/Marco.pdf>

⁹ Lucía Fernández Sousa, Op. Cit., p. 3.

de ideas, José Núñez Fernández menciona que, *“la criminalidad que se lleva a cabo a través de las nuevas tecnologías, antes conocida como criminalidad informática y más tarde como ciberdelincuencia, no constituye una categoría delictiva autónoma en el sentido técnico jurídico y ello porque a través de la misma no se atenta, en la inmensa mayoría de los casos, contra bienes jurídicos nuevos, sino que los objetos de lesión o puesta en peligro existían antes de su aparición. Así, entre otros, el patrimonio, la intimidad, la libertad e indemnidades sexuales y la integridad moral.”*¹⁰ Concretamente respecto al delito de grooming, Marta González Tascón expresa que *“Si antes del desarrollo y generalización en la sociedad de las TIC esas personas buscaban a los menores en los lugares físicos frecuentados por éstos (escuelas, parques, patios, polideportivos, etc.), el surgimiento del ciberespacio les ha abierto nuevas posibilidades de contacto de menores, beneficiándose además de las ventajas que propicia el propio entorno virtual (anonimato, gran disponibilidad de información personal sensible, posibilidad de enmascarar fácilmente la personalidad, facilidad de contacto, comunicaciones en tiempo real, etc.).”*¹¹

Ahora bien, no puede precisarse con exactitud de donde surge el concepto clínico y legal del término en inglés “grooming”, no obstante, este se le atribuye al Agente del FBI Kenneth Lanning, pues tal y como señalan Ann Wolbert y Carol Hartman *“Aunque es posible que no quiera tomar el crédito por originar el término, podemos decir que lo escuchamos primero de él en la Unidad de Ciencias del*

¹⁰ José Núñez Fernández, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones de Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012 y 2013”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXV (2012): 181.

¹¹ María Marta González Tascón, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXI (2011): 216.

Comportamiento de la Academia del FBI en la década de 1970 y le atribuiríamos el término a él.”¹²

Por su parte Lanning afirma que, *“el término de “grooming” ha ayudado principalmente a explicar el impacto en las víctimas y, en particular, el cumplimiento de la víctima con el delincuente. Esta conceptualización, en parte, se ha desarrollado para ayudar a educar al público sobre las reacciones complicadas durante y después del evento, ya que la mayor parte de nuestro conocimiento se obtiene después de que se haya producido el abuso. Su principal conclusión es que el énfasis en ser seducido o acicalado es menos importante que la naturaleza y el desarrollo de la relación entre el abusado y el abusador.”¹³*

Aunado a esto debemos mencionar que, en los Estados Unidos de América surge el delito de “grooming” como una persecución contra la pedofilia; así lo manifiesta Carolina Villacampa al expresar *“En este contexto de cruzada contra los delincuentes sexuales contra menores convenientemente auspiciada por el pánico moral se han identificado dos manifestaciones concretas de lo que se ha identificado con el pánico tecnológico —technopanics— en relación con este tipo de conductas. De un lado, a mediados de los años 90, lo que se conoce como el horror a la pornografía digital de menores y de otro, con carácter más contemporáneo y mucho más ligado al tema que nos ocupa, el pánico a los depredadores sexuales online en espacios como MySpace.”¹⁴* Tal ha sido la insistencia de la clase política

¹² Ann Wolbert Burgess & Carol R. Hartman, “On the origin of grooming”, *Jornal of Interpersonal Violence*. Vol 33 (2018): 22. (Consultado el 09 de mayo de 2020) <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0886260517742048>. Traducción propia de la cita: *“Although he might not want to take credit for originating the term, we can say we heard it first from him at the FBI Academy’s Behavioral Science Unit in the 1970s and would credit the term to him.”*

¹³ *Ibidem*, p. 18.

¹⁴ Carolina Villacampa Estiarte, “Propuesta sexual telemática a menores u Online Child Grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXIV (2014): 657.

estadounidense en la lucha contra los abusos a menores producidos empleando nuevas tecnologías que ha creado nuevas figuras delictivas tal y como lo es el delito de “online child grooming”.

Asimismo, señala Villacampa que: *“Tal cruzada emprendida en Estados Unidos con la aprobación no solo a nivel federal, sino también a nivel estatal, de estatutos específicos para luchar contra la delincuencia sexual no ha sido, sin embargo, privativa de aquel país. Como en muchas otras cuestiones, la ascendencia de este país ha dejado también su huella en una política criminal cada vez más globalizada y, como ha ocurrido en otros procesos de incriminación de conductas, Europa ha recibido dicha influencia sobre todo a través de países con tradición de Common Law, concretamente a través de Gran Bretaña.”*¹⁵

Posterior a la inclusión de este delito en la esfera legal estadounidense, este se va incorporando en otras legislaciones con el paso del tiempo; tal y como es el caso de Gran Bretaña en donde se incluyó este delito en el artículo 15 de la “sexual offenses act” en 2003, así como en Irlanda en donde se incluye mediante la “criminal law (sexual offences) (amendment) act” en 2007. Luego en el año 2010 lo hace España en su artículo 187 BIS del Código Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, que luego fue reformada por la Ley Orgánica 1/2015 la cual modificó el delito de “groming” en el artículo 187 TER.

Por su parte, en América latina este delito se ve incluido varios años después, en el caso de Argentina en el año 2013 mediante la Ley 26904 en el artículo 131 y en

¹⁵ Carolina Villacampa Estiarte, Op. Cit., pp. 658-659.

el caso de Costa Rica este se incluye igualmente en el año 2013 mediante Ley 9135 la cual regula este delito en el artículo 167 BIS del Código Penal.

Profundizando en la esfera nacional debemos señalar que, en el año 2012 nuestro país experimentó una reforma al Código Penal, la cual fue introducida por medio de la Ley N°9048 del 10 de julio del año 2012, esta ley reforma el artículo 167 de ese cuerpo normativo, la cual incluye en su párrafo segundo una nueva forma de comisión del delito de corrupción, mediante la utilización de redes sociales o cualquier medio informático o telemático. Ahora bien, el proyecto de ley que dio vida a esta reforma en un principio no contemplaba una modificación al artículo 167 del Código Penal. Este proyecto fue presentado ante la Asamblea Legislativa en fecha 02 de diciembre del 2009, y proponía una reforma al artículo 229 BIS de Código Penal y la adición de un nuevo capítulo denominado delitos informáticos.

Posteriormente, en el trámite legislativo, en la sesión extraordinaria N°8 de la Comisión Permanente Especial de Seguridad Ciudadana y Narcotráfico, celebrada el día 24 de agosto del 2010 se aprobó la moción N°48-137, la cual modificó dicho proyecto de ley introduciendo cambios que no se habían dado a conocer hasta el momento, como es el caso de la inclusión de la modificación al artículo 167 de la Ley N°4573, la cual reza de la siguiente manera:

“Será sancionado con pena de prisión de tres a seis años, quien mantenga o promueva la corrupción de una persona menor de edad o incapaz, ejecutando o haciendo ejecutar a otro u otros, actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, aunque la víctima consienta en participar en ellos o en verlos ejecutar.

La misma pena se impondrá a quien utilice a personas menores de edad o incapaces con fines eróticos, pornográficos u obscenos, en exhibiciones o espectáculos, públicos o privados de tal índole, aunque las personas menores de edad lo consientan.

La misma pena se impondrá a quien, mediante la utilización de redes sociales o cualquier otro medio informático o telemático, promueva, mantenga o ejecute un intercambio de comunicaciones de contenido sexual con un tercero.

La pena será de cuatro a diez años de prisión si el autor utilizando estos medios busca un encuentro de carácter sexual con una persona menor de edad o incapaz.”¹⁶

Antes de ser aprobada la moción N°48-137, fue discutida en cuanto a la modificación del artículo 167 del Código Penal, debido a que el mismo califica los actos sexuales con personas menores de edad como perversos, prematuros o excesivos, lo que el diputado Fishman Zonzinski¹⁷ considera como algo fuera de lógica ya que según el diputado todos los actos sexuales con niños, niñas y adolescentes son perversos. Más adelante, en la misma sesión extraordinaria se conoce y aprueba la moción N°50-137, que reforma nuevamente el artículo 167 del Código Penal, siendo esta la modificación que finalmente se encuentra en el texto de la ley N°9048 del 10 de julio del 2012, y la cual se lee de la siguiente forma:

¹⁶ Actas de la Asamblea Legislativa, 2010, Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico, sesión extraordinaria N°8 del 24 de agosto de 2010, (Consultado el 20 de mayo de 2020) <http://imagenes.asamblea.go.cr/EINTEGRATOR4/document.aspx?query=1009&doc=1019051>

¹⁷ *Ibidem*, <<http://imagenes.asamblea.go.cr/EINTEGRATOR4/document.aspx?query=1009&doc=1019051>>

“Artículo 167.- Corrupción

Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años, quien mantenga o promueva la corrupción de una persona menor de edad o incapaz, con fines eróticos, pornográficos u obscenos, en exhibiciones o espectáculos públicos o privados, aunque la persona menor de edad o incapaz lo consienta.

La pena será de cuatro a diez años de prisión si el actor utilizando las redes sociales o cualquier otro medio informático o telemático, u otro medio de comunicación busca encuentros de carácter sexual para sí o para otro, o para grupos, con una persona menor de edad o incapaz, o utiliza a estas personas para promover la corrupción, o los obliga a realizar actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, aunque la víctima consienta participar en ellos o verlos ejecutar.”¹⁸

Posteriormente, el 23 de agosto del 2012 varios diputados presentaron ante la Secretaría del Directorio de la Asamblea Legislativa el proyecto de ley titulado “Reforma de los tipos penales establecidos en los artículos 167, 196, 196 bis, 231, 236 y 288 del Código Penal, ley N°4573, publicada en el Alcance 120 de La Gaceta 257 del 15 de noviembre de 1970 y sus reformas” y este es estudiado por La Comisión Permanente Especial de Derechos Humanos bajo el expediente N°18.546.

En esta ocasión se integra una subcomisión por los Diputados Jorge Ángulo Mora, Justo Orozco Álvarez y Adonay Enríquez Guevara para estudiar y rendir informe sobre el proyecto, asimismo se recibe audiencia sobre el tema de distintas

¹⁸ Actas de la Asamblea Legislativa, Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico, Op. Cit., <<http://imagenes.asamblea.go.cr/EINTEGRATOR4/document.aspx?query=1009&doc=1019051>>

personas entre ellas representantes del Colegio de Periodistas, del Departamento de Servicios Técnicos, del Lic. Francisco Salas, quien en ese momento era el Procurador del Área de Delitos Informáticos, del Lic. Carlos Chinchilla, quien era Magistrado de la Sala III, de Juan Marco Rivero, abogado y catedrático de la UCR, entre otros.

En este nuevo proyecto la discusión se centra en la libertad de expresión, el acceso y la difusión de hechos de interés público, alegando que las normas del Código Penal no son lo suficientemente claras y las penas con las que se sancionan son muy altas generando con ello posibles problemas en su aplicabilidad e inseguridad jurídica, por lo que, respecto al artículo 167 se plantea una reforma que modifique la palabra “promueva” por la palabra “procure” ya que la palabra promueva deja el tipo penal abierto a la subjetividad del juez que deba conocer el caso concreto, pudiendo, según su parecer, incluso afectar a los medios de comunicación al publicar documentos o imágenes que contengan referencias sexuales. Con respecto a este cambio que se plantea conviene hacer la diferenciación entre ambos términos; la palabra promueva por su parte se refiere a “Impulsar el desarrollo o la realización de algo”¹⁹, mientras que la palabra procure alude a “conseguir o adquirir algo.”²⁰ A nuestro parecer, no resulta pertinente realizar esta reforma ya que el sustituir la palabra promueva por procure implicaría suprimir la acción realizada por un sujeto para corromper una persona menor de edad o incapaz en beneficio de un tercero, mientras que el mantener la palabra promueva se encuentra limitada posteriormente cuando se dice que esta debe ser “con fines eróticos, pornográficos u obscenos” de manera que el

¹⁹ Real Academia Española, “Diccionario de la Lengua Española”, Real Academia Española (No indica), (Consultado el 03 de junio de 2020) <<https://dle.rae.es/promover>>

²⁰ Ibídem, <<https://dle.rae.es/procurar>>

tipo penal no quedaría abierto a interpretación del juez, por lo que no se limita la libertad de expresión, el acceso y la difusión de hechos de interés público.

Es importante mencionar que en ese momento se encontraba en trámite en la Comisión de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior bajo el expediente N°18.484 la “Aprobación de la adhesión al Convenio sobre la Ciberdelincuencia” y al cual la Constitución Política por disposición del artículo 7 reconoce autoridad superior a las leyes.

Finalmente, luego de escuchar las diferentes comparencias se crea un texto sustitutivo por parte de la Comisión creada para analizar el proyecto N°18.546, que reestablece el artículo 167 del Código Penal anterior a la reforma 9048 y elimina el texto de corrupción de menores debido a que el delito de seducción de menores por medios informáticos se hacía, a su parecer, depender de las conductas de elementos que solo podrían darse con las condiciones establecidas en el primer párrafo del artículo 167, por lo que con ello crean un nuevo tipo penal contenido en el artículo 167 bis que regule la seducción por medios electrónicos o que busquen encuentros personales con menores de edad o incapaces agregándole la tan solicitada palabra “procurar”.

Según lo establecido en este dictamen afirmativo de mayoría, el artículo 167 quedaría de la siguiente forma:

“Artículo 167.- Corrupción de menores o incapaces.

Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años, siempre que no constituya un delito más grave, quien procure, promueva o mantenga la corrupción de una persona menor de edad o incapaz, ejecutando o

haciendo ejecutar a otro u otros, actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, aunque la víctima consienta en participar en ellos o en verlos ejecutar.

La misma pena se impondrá a quien utilice a personas menores de edad o incapaces con fines eróticos, pornográficos u obscenos, sean efectuados o no en exhibiciones o espectáculos, públicos o privados, de esa naturaleza, aunque las personas menores de edad lo consientan.”²¹

Mientras que por su parte el nuevo artículo 167 bis planteado por dicha Comisión quedaría regulado de la siguiente manera:

“Artículo 167 Bis. -Seducción o encuentros con menores por medios electrónicos.

Será reprimido con prisión de uno a tres años a quien, por cualquier medio, establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico, ya sea que incluyan o no, imágenes, vídeos, textos o audios, con una persona menor de quince años o incapaz.

La misma pena se impondrá a quien suplantando la identidad de un tercero o mediante el uso de una identidad falsa, por cualquier medio, procure establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico, ya sea que se incluyan o no, imágenes, vídeos, textos o audios, con una persona menor de edad o incapaz.

²¹ Actas de la Asamblea Legislativa, 2010, Comisión Permanente Especial de Derechos Humanos, Dictamen Afirmativo de Mayoría del 21 de noviembre de 2012, (Consultado el 23 de mayo de 2020) <http://imagenes.asamblea.go.cr/EINTEGRATOR4/Index.aspx?app=1001&doctype=1008&query=1009¶m1=9135>

La pena será de dos a cuatro años, en las conductas descritas en los dos párrafos anteriores, cuando el actor procure un encuentro personal en algún lugar físico con una persona menor de edad o incapaz.”²²

No obstante, lo anterior, la realidad nacional ante la que nos enfrentamos es que, al artículo 167 referente a la corrupción vigente en Costa Rica, es el reformado por la ley 9048 y el artículo 167 bis referido a la seducción o encuentros con menores por medios electrónicos es el sugerido por la Comisión Permanente Especial de Derechos Humanos que fue adicionado mediante la ley N°9135 del 24 de abril de 2013, publicada en el alcance 78 de La Gaceta N°80 del 26 de abril de 2013.

1.1.2 Concepto del delito de “grooming”

Si bien la palabra “grooming” o “child grooming” no aparece en la redacción del texto normativo del artículo 167 BIS o del artículo 167, esta forma parte de las propuestas anteriores a los proyectos de ley que introdujeron el artículo 167 BIS y la reforma del artículo 167, concepto que representa un valor importante para la interpretación de la figura delictiva. Ahora bien, el término anglosajón “grooming” proviene del verbo “groom” que significa *“preparar o entrenar a alguien para un importante trabajo o posición.”*²³ En la actualidad, se puede definir este término de manera genérica como “una forma de explotación sexual infantil que se refiere a la

²² Actas de la Asamblea Legislativa, Comisión Permanente Especial de Derechos Humanos, Op. Cit., <http://imagenes.asamblea.go.cr/EINTEGRATOR4/Index.aspx?app=1001&doctype=1008&query=1009¶m1=9135>

²³ Oxford University, Oxford Learner’s Dictionaries (no indica), (Consultado el 13 de mayo de 2020) https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/groom_1?q=groom. Traducción propia de la cita: “To prepare or train somebody for an important job or position.”

seducción de niños con fines sexuales”²⁴, seducción entendida como *“la acción o efecto de seducir”*²⁵, es decir, *“persuadir a alguien con argucias o halagos para algo, frecuentemente malo.”*²⁶

Asimismo, desde la esfera criminológica según Norma Bouyssou citando a Sánchez Linde se considera el grooming como *“el conjunto de acciones tendientes a conseguir, por parte de un acosador adulto, que un menor de edad, con quien pretende alcanzar una relación de confianza mediante los modernos medios de comunicación, se desnude, realice actos sexuales para su satisfacción, le envíe imágenes de lo anterior, o acceda a un encuentro directo donde mantener relaciones sexuales.”*²⁷

Esta figura se puede realizar tanto por medios electrónicos como por medios interpersonales y en nuestro Código Penal aparenta estar regulado, expresamente, en el artículo 167 bis, el cual señala que, será castigado con una pena de uno a tres años, el que por cualquier medio mantenga comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona menor de quince años o incapaz²⁸; no obstante, el artículo 167 del mismo Código, señala el delito de corrupción, y designa en su párrafo segundo una pena de cuatro a diez años a quien utilizando las redes sociales o cualquier otro medio informático busque encuentros de carácter sexual para sí mismo o para otros con una persona menor de edad o incapaz²⁹, constituyendo de esta forma

²⁴ UNICEF LACRO & ICMEC, “Abuso y Explotación Sexual Infantil en Línea: Orientaciones para la adecuación de la Legislación Nacional en Latinoamérica”, UNICEF (2016), (Consultado el 06 de febrero de 2019) <https://www.icmec.org/wp-content/uploads/2016/11/ICMEC_UNICEF_ES.pdf>

²⁵ Real Academia Española, Op. Cit., <<https://dle.rae.es/seducir%C3%B3n>>

²⁶ Ibídem, <<https://dle.rae.es/seducir>>

²⁷ Norma Bouyssou, Op. Cit., p. 123.

²⁸ Código Penal, Ley N°4573 de 4 de mayo de 1970, San José, Investigaciones Jurídicas, 2013, Art. 167 bis.

²⁹ Ibídem, Art. 167.

a nuestro parecer la figura del “grooming”. Ahora bien, doctrinariamente la corrupción *“está representada por diversas figuras delictivas, entre las que cabe señalar, de modo orientador, la prostitución de menores de edad, cualquiera que sea su sexo, sin violencia y aun mediante su consentimiento; la ejecución de esos mismos hechos mediando engaño, violencia, intimidación, abuso de autoridad o relación familiar; la promoción facilitación con ánimo de lucro, o para satisfacer deseos ajenos, de la corrupción o prostitución de mayores de mayores de edad mediante engaño, violencia, abuso de autoridad (...).”*³⁰

En nuestra opinión, aunque la doctrina ha buscado definir tanto el “grooming” como la corrupción como dos figuras semejantes, pero distintas entre sí, ambos conceptos se encuentran estrechamente ligados en una relación género-especie, en donde la corrupción es un concepto más amplio que el de “grooming”, dado que este implica actos de naturaleza sexual que perjudiquen o puedan perjudicar el desarrollo de una persona menor de edad, como es el caso del “grooming”, pero no al revés, ya que el “grooming” no sería la única forma de corromper, dado que la corrupción incluye, además, otras figuras como, pornografía, prostitución, etc.

Finalmente, debe destacarse que no existe una definición consensuada en la doctrina del término “grooming”, tal y como lo manifiesta Elena Gorriz *“cabe apreciar una falta de unanimidad en la doctrina acerca de un concepto técnico-jurídico acabado para definirlo.”*³¹ Consideramos que el término en inglés “grooming” pese a no tener un concepto doctrinariamente coincidente entre los diferentes autores que lo

³⁰ Manuel Ossorio. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.” Datascan S.A. (No indica): 233, (Consultado el 8 de enero de 2020) <http://www.herrerapenalzoa.com/images/biblioteca/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicas-y-Sociales---Manuel-Ossorio.pdf>

³¹ Elena Górriz, “On-line child grooming en Derecho Penal español. El delito de preparación on-line de menores con fines sexuales, art. 183 ter. 1º CP (conforme a la LO 1/2015, 30 de marzo)”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, no. 3 (2016): 5-6.

definen, entre estas definiciones sí pueden apreciarse diferentes características en común.

Aunado a esto, creemos pertinente establecer una definición propia de lo que concebimos como la figura del “grooming”, siendo esta la empleada a lo largo de esta investigación. De manera concreta, entendemos como “grooming” todas las acciones realizadas por una persona mayor de edad buscando persuadir a una persona menor de edad o incapaz utilizando comunicaciones de contenido sexual por medios electrónicos, con el fin de lograr un encuentro con esta, encuentro que puede darse, tanto en la esfera electrónica como en un lugar físico.

1.1.3 Presupuestos doctrinarios del “grooming”

Tal y como se evidenció en el apartado anterior, la doctrina no es unánime en la concepción del delito de “grooming”, según los diferentes autores que han escrito sobre este, los presupuestos o características varían de un autor a otro, no obstante, a continuación, se muestran algunas características comunes del delito.

a) El Groomer:

En este tipo de delito el “groomer”, tal y como lo define Remis Martorell y Sergio Alonso, es *“el adulto que busca acercarse al menor y ganarse su confianza para acabar abusando de este”*³², pretendiendo establecer lazos de amistad con el menor

³² Remis Martorell & Sergio Alonso, “Prevención de la Violencia Sexual por Medios Cibernéticos”, Revista de la Fundación Justicia y Género (2018): 5, (Consultado el 08 de mayo de 2019) <<http://fundacionjyg.org/wp-content/uploads/2018/08/Delitos-Ciberneticos-.pdf>>

o incapaz con el objetivo de obtener una satisfacción sexual mediante imágenes eróticas o pornográficas del mismo, o incluso como preparación para un encuentro sexual.

En el mismo orden de ideas, Julio César García y Luis Enrique Colmenares, catalogan al “groomer” como un agresor sexual, una persona adulta que se encarga de conocer a los niños, niñas y adolescentes con el objetivo de buscar un encuentro con este, estos autores señalan que: *“El groomer (el adulto) es un cazador paciente, su labor de recopilación de datos personales puede durar incluso semanas, pero siempre hará preguntas clave al principio de la conversación que le ayudarán a seleccionar a sus víctimas “ideales” ¿qué edad tienes?, ¿dónde tienes el ordenador?, ¿estás solo o acompañado? Y ¿cuánto tiempo estás conectado a internet? Estas preguntas están destinadas a seleccionar a un menor que pase mucho tiempo solo delante del ordenador y que, además, lo tenga instalado en un lugar privado, fuera de la mirada de terceras personas, preferentemente en su habitación.”*³³

También, José Núñez Fernández considera que el “groomer” es un acosador sexual, un pedófilo que intenta ganarse la confianza de los niños mediante un acercamiento hacia el mismo. Este autor indica que *“A este respecto se habla de los adultos que merodean por las zonas de recreación frecuentadas por niños y adolescentes o por las inmediaciones de los colegios con los referidos propósitos. Se dice que en la era cibernética las posibilidades de llevar a cabo este tipo de conductas se han multiplicado exponencialmente...”*³⁴

³³Julio César García & Luis Enrique Colmenares, “Pornografía y explotación sexual infantil, efectos sociales y la tecnología”, *Visión Criminológica-Criminalística*, no. 11 (2015): 32.

³⁴ José Núñez Fernández, Op. Cit., p.183.

En este mismo sentido, Norma Bouyssou señala que el autor de este tipo de delito suele ser un pedófilo y para ello cita el concepto dado por Von Fritzaer el cual reza que el *“pedófilo comprende al sujeto que se siente atraído sexualmente por infantes, lo manifiesta a través de otro tipo de perversiones (por ejemplo, parafilias) y desarrolla acciones nocivas para el menor.”*³⁵ Además, menciona a la Asociación Contra la Pornografía Infantil (ACPI) la cual manifiesta que no existe un perfil exacto del pedófilo, pero a su vez establecen una serie de características apreciables en estos sujetos tal y como lo son las siguientes:

- “- Son varones en un 90%*
- Suelen tener entre 35 y 45 años.*
- Desempeñan profesiones cualificadas.*
- Se encuentran integrados en el entramado social y con frecuencia están casados.*
- En el 85% de los casos conoce a su víctima.*
- En el 68% de los casos son padres o familiares.*
- En el 80% de los casos no tienen antecedentes penales.*
- En el 98% de los casos actúan solos.*
- En más del 50% de los casos, no recibieron muestras de afecto durante su infancia adolescencia.*
- En más del 50% de las ocasiones abusan del alcohol.*

³⁵ Norma Bouyssou, Op. Cit., p. 355.

-Presentan falta de empatía y autoestima.

-Desarrollan disonancias cognoscitivas y un 66% niega sus crímenes o los minimiza.”³⁶

A nuestro parecer, si bien el “groomer” puede contener todas o algunas de las características mencionadas por la Asociación Contra la Pornografía Infantil ello no significa que todo “groomer” deba ser considerado un pedófilo, sino, solamente que deben tenerse en consideración estas características al momento de analizar el sujeto activo en el tipo penal, pues la pedofilia es catalogada por la Asociación Americana de Psiquiatría por el Manual Diagnóstico- Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM IV) como una parafilia, entendiéndose parafilia como los *“impulsos sexuales intensos y recurrentes, fantasías o comportamientos que implican objetos, actividades o situaciones poco habituales. Estos trastornos producen malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo.”³⁷* y ello puede acarrear una causa de exculpación al momento de aplicar el tipo penal.

b) Medio empleado para el acercamiento:

Varios autores catalogan que el delito de “grooming” se lleva a cabo no solo por medios electrónicos, sino que el mismo también se da con personas conocidas de la víctima y esta manera de comisión es más frecuente que la que se da por medios electrónicos y telemáticos. Según el autor José Núñez Fernández *“el sujeto que se acerca al menor con fines sexuales en el espacio físico suele hacerlo como forma de*

³⁶ Norma Bouyssou, Op, Cit., p. 357.

³⁷ Asociación Americana de Psiquiatría, “Manual Diagnóstico- Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-IV)”, (1952): 505. (Consultado el 24 de mayo de 2020) <http://www.mdp.edu.ar/psicologia/psico/cendoc/archivos/Dsm-IV.Castellano.1995.pdf>

auto gratificación que responde a una necesidad de ejercicio de poder, dominio, control o rabia y, por lo general, no es consciente del daño infringido. Por su parte, el que contacta con menores en la red con objetivos lúbricos acostumbra a tener mayor empatía con las víctimas, menos índice de desviación sexual y menos distorsiones cognitivas.”³⁸

Por su parte Fernández Sousa manifiesta que este tipo delictivo debe realizarse a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación y que *“Ha de tener en cuenta que dada la posibilidad que dan estos medios de entablar un contacto previo con el menor, esto favorece la generación de una situación de dependencia de la víctima con su agresor ya que estos facilitan tanto la captación y el almacenamiento de los datos e imágenes intercambiados entre ambos, como la difusión de los mismos, siendo ello un medio de chantaje hacia el menor.”³⁹* Debemos aclarar que para que esta situación pueda darse se requiere necesariamente de una respuesta por parte del menor y no solamente el envío de mensajes, imágenes o correos sin obtener respuesta.

Ahora bien, sobre este punto en particular la doctrina ha debatido si ese encuentro que se propone a la persona menor de edad debe llevarse en un espacio físico o si también puede ser virtual, *“A este respecto, autores como GONZÁLEZ TASCÓN consideran que dado las posibilidades que ofrecen hoy en día las TIC, las personas también nos encontramos con otras dentro del espacio virtual y es la comisión de determinados delitos cuya realización persigue el sujeto activo, los que son aptos para cometerse virtualmente a través de las TIC. No obstante, de estar*

³⁸ José Núñez Fernández, Op. Cit., p. 183.

³⁹ Lucía Fernández Sousa, Op. Cit., p. 24.

aceptando esa propuesta de encuentro en el espacio virtual se estaría llevando a cabo una mera relación cibernética y no personal, vaciando de contenido la tercera de las exigencias que constituyen este delito ya que dicha propuesta debe ir acompañada de una serie de “actos materiales encaminados al acercamiento”, no pudiendo quedar reducidos éstos a repetidos contactos a través de la Red -que es en lo que consiste el “acercamiento” dentro de espacio virtual.”⁴⁰

En este sentido señala Fernández Souza citando a Dolz Lago que, *“teniendo en cuenta tanto la naturaleza del delito de online child grooming como la más estricta literalidad de los términos “encaminados al acercamiento”, dichos actos deben trascender al mero contacto en el mundo virtual y estar encaminados a lograr la relación en el mundo presencial o físico.”⁴¹* Y en ese mismo orden de ideas señala Norma Bouyssou que *“el grooming no se agota en la conexión virtual con el menor de edad, ni se satisface con el intercambio de imágenes, conversaciones o contenidos, sino que representa una fase previa a lo que el autor realmente pretende, que es perpetrar algún tipo de atentado sexual sobre el menor, esta vez de carácter corporal, en alguna de las formas prescriptas por el resto del ordenamiento punitivo.”⁴²*

Consideramos que el “grooming” obligatoriamente debe darse a través de las tecnologías de la información y la comunicación buscando un acercamiento posterior con el menor que a nuestro parecer puede darse tanto en la esfera física como en la virtual, aunque en algunas legislaciones internacionales y concepciones doctrinales se considera estrictamente necesario que el acercamiento se dé en el espacio físico.

⁴⁰ Lucía Fernández Sousa, Op. Cit., p. 25.

⁴¹ Ibídem, p. 26.

⁴² Norma Bouyssou, Op. Cit., p. 176.

c) Técnicas empleadas:

El autor del delito del “grooming” lleva a cabo el hecho delictivo por medio de distintas técnicas o etapas. La doctrina coincide en algunos aspectos con relación a los pasos seguidos por el “groomer”; entre ellos se mencionan entablar una conversación con el niño, niña o adolescente, ganarse la confianza de la persona menor de edad, o bien, amenazarlo y conseguir un encuentro con el mismo. Julio César García y Luis Enrique Colmenares, señalan que existen siete etapas que lleva a cabo el “groomer”, el encuentro, compartir intereses, ganar confianza, obtener secretos, romper barreras de resistencia, amenazas y encuentro físico.

Según estos autores, en la primera, *“El acosador elige sitios populares entre los menores de edad, en donde son ubicados. Las víctimas son niños mayores de doce años que ya tienen cierta habilidad conversacional y que saben usar una computadora. A estos menores les envían mensajes y otras variantes de comunicación digital que puedan ser de su interés.”*⁴³ En la segunda etapa, *“Una vez que el acosador ha escogido a su víctima, pasa a esta etapa en la que tiene un primer acercamiento con el niño, incluyendo temas que sabe que son de su interés, pues los encontró publicados en su perfil de red social. El objeto de esta etapa es lograr que el menor de edad confunda al acosador con alguien que comparte sus mismos gustos.”*⁴⁴ En la tercera, *“Una vez que se han establecido los lazos de intereses en común, esta etapa busca robustecer la nueva “amistad” ganándose la confianza del menor, lo que consiguen apoyando sus ideas y reforzando constantemente su autoestima.”*⁴⁵ En el cuarto paso, *“El groomer desarrolla intimidad con el menor, lo*

⁴³ Julio César García & Luis Enrique Colmenares, Op. Cit., p. 33.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 33.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 33.

convence de que son los mejores amigos, de que nada debe interponerse entre ellos. Esta es una etapa muy delicada, pues toda la información secreta que el adulto logra obtener del menor puede ser usada en su contra para forzar el encuentro físico."⁴⁶ En el quinto paso, *"Ahora el acosador inicia una secuencia de pasos encaminados a lograr el encuentro físico con el niño. Lo primero que hace es tratar de "probar" la resistencia del infante ante contenidos que tengan relación con el propósito del encuentro físico, y mide su reacción, aceptación o rechazo para actuar en consecuencia.*"⁴⁷ En la penúltima etapa, *"Lo adentra en la posibilidad de exponer todo lo que han hablado como amigos, se supone que son cosas privadas, o peor aún, lastimar a su familia. Esta etapa no siempre es necesaria, pero el acosador recurre a ella cuando el menor se rehúsa a encontrarse con él en el mundo real.*"⁴⁸ Y finalmente la séptima etapa, se da el encuentro físico con la persona menor de edad, los autores manifiestan que, *"Vale la pena mencionar que este proceso puede durar en promedio hasta seis meses, lo que nos deja ver que, si bien, no existe un estereotipo del acosador en internet, algo que siempre los caracteriza es que son pacientes, aunque no siempre tolerantes.*"⁴⁹

Por su parte Lucía Fernández, disminuye las etapas mencionadas por García y Colmenares en una serie de actos que concretiza en tres: *"a) contactar con el menor de dieciséis años, b) proponer concertar un encuentro con el mismo, a fin de cometer*

⁴⁶ Julio César García & Luis Enrique Colmenares, Op. Cit., p. 33.

⁴⁷ *Ibíd*em, p. 33.

⁴⁸ *Ibíd*em p. 34.

⁴⁹ *Ibíd*em, p. 34.

determinados delitos de significación sexual, y c) realizar actos encaminados al acercamiento.⁵⁰

Asimismo, Carolina Villacampa Estiarte concuerda con el autor O'Connell, sobre las fases del delito de "grooming", quien identificó en el año 2003, cinco fases, entre las cuales se encuentran:

“– La fase de establecimiento de amistad, que implica que el ofensor conoce al niño.

– Fase de conformación de la relación, que es una extensión de la primera fase en la cual el adulto puede iniciar conversaciones sobre cuestiones relacionadas con la vida del menor, como el colegio o cuestiones domésticas, entablado a menudo una relación de amistad con él.

– Fase de valoración del riesgo, en aquellos casos en que el ofensor pasa a preguntas para obtener información acerca de las posibilidades de detección de su conducta por parte de los padres o cuidadores del menor, así sobre cuestiones como en qué lugar de la casa tiene el ordenador y cuáles son los otros usuarios del ordenador.

– Fase de exclusividad, cuando la conversación se torna más personal o privada y el niño es incitado a revelar problemas personales y secretos.

– Fase sexual, que se inicia cuando el adulto conduce la conversación hacia un terreno en que la confianza entre ambos parece ya instalada. Normalmente en esta fase es cuando se producen la mayor parte de

⁵⁰ Lucía Fernández Sousa, Op. Cit., p. 23.

cambios caracterizadores de estas conductas en la conversación. El marco relacional de mutua confianza que ha creado el adulto conduce a que el niño lo perciba como un mentor o como un posible futuro amante.”⁵¹

En definitiva, podemos decir que, aunque los autores difieren sobre la cantidad y diferentes etapas del “grooming” todas ellas van encaminadas a un mismo método en donde se plantea establecer un contacto con el menor, obtener su confianza, proponer un encuentro y realizar actos dirigidos al aprovechamiento sexual de la persona menor de edad.

d) Sujeto manipulado:

La mayoría de la doctrina refiere que el sujeto manipulado es una persona menor de edad, esto dependiendo de lo que se considere como minoría de edad en los diferentes países, sin embargo, es clara al señalar que *“debe ser un menor de edad o incapaz, cuyo eventual consentimiento a la realización de la conducta típica es del todo irrelevante.”⁵²*

Ahora bien, Norma Bouyssou señala que no solo la diferencia etaria significa un factor de vulnerabilidad para las víctimas de esta clase de delitos, sino, que también *“El género es otro de los factores de riesgo a considerar, toda vez que diversos estudios señalan una proporción de entre dos y tres niñas víctimas de abuso sexual intrafamiliar por cada varón. La explicación dada a este fenómeno radica en que la mayor parte de los agresores son hombres, predominantemente heterosexuales.”⁵³*

⁵¹ Carolina Villacampa Estiarte, Op. Cit., p. 647.

⁵² Norma Bouyssou, Op. Cit., p. 367.

⁵³ Ibídem, p. 368.

En este sentido, es menester mencionar que, *“Un sector doctrinal considera que el intervalo más peligroso en atención al riesgo de realización de tales conductas pornográficas va desde los seis a los ocho años. Morillas Fernández afirma que se estima que cuantitativamente existe una mayor tasa de victimización conocida en menores de entre nueve-diez y trece años”*.⁵⁴ Edad que, si bien puede parecer un poco precipitada, la realidad social ante la que nos encontramos demuestra que en la actualidad estas generaciones tienen un acceso casi irrestricto a los medios de comunicación y con ello un mayor riesgo y vulnerabilidad ante esta clase de figuras delictivas. En ese sentido, Gabriela Salas manifiesta que *“En nuestro país conforme sondeo hecho por CID Gallup para Radiográfica Costarricense “el 90% de los estudiantes utilizan correo electrónico, cifra que sube hasta un 99%, edades comprendidas entre los 21 y 24. Asimismo, en el país un 10% de los navegantes son personas menores de edad entre diez y 15 años y un 30%, tienen entre 16 y 25 años.”*⁵⁵

⁵⁴ Norma Bouyssou, Op. Cit., p. 368.

⁵⁵ Gabriela Salas Zamora, “Formas de protección jurídica del derecho a la imagen y a la dignidad de las personas menores de edad en internet y redes sociales”, Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia no.10 (2013): 9, (Consultado el 03 de setiembre de 2019) <http://www.poder-udicial.go.cr/salasegunda/images/documentos/revistas/revista10/05proteccion_menores_redes.pdf>

1.2 Derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la figura conocida en inglés como “grooming”

Como mencionamos anteriormente, los niños, niñas y adolescentes se encuentran en una situación de vulnerabilidad ante el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación ya que se encuentran mayormente predispuestos a compartir datos personales en el internet debido a su interés por socializar.

Es importante mencionar que los derechos de las personas menores de edad se encuentran regulados en diferentes cuerpos normativos, tanto a nivel nacional como internacional; dentro de ellos podemos mencionar la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Código de la Niñez y la Adolescencia, e incluso la Declaración Universal de los Derechos Sexuales (Declaración de Valencia).

Por su parte, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la cual fue ratificada por Costa Rica en 1970, regula los derechos del niño de forma general en su artículo 19 al señalar *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”*⁵⁶ Estableciendo de esta manera la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas necesarias para la protección de las personas menores de edad.

Asimismo, la Declaración Universal de los Derechos Sexuales en su preámbulo hace hincapié en que *“La sexualidad es una parte integral de la personalidad de todo*

⁵⁶ O.E.A. Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Aprobado por Ley No. 4534 del 23 de febrero de 1970.

ser humano. Su desarrollo pleno depende de la satisfacción de necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, intimidad, expresión emocional, placer, ternura y amor. La sexualidad se construye a través de la interacción entre el individuo y las estructuras sociales. El desarrollo pleno de la sexualidad es esencial para el bienestar individual, interpersonal y social. Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos. Dado que la salud es un derecho humano fundamental, la salud sexual debe ser un derecho humano básico.”⁵⁷ Además, el Código de la Niñez y la Adolescencia a través de su articulado obliga a ciertas instituciones públicas a garantizar el desarrollo y creación de programas sobre salud sexual y reproductiva.

De la misma forma, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Costa Rica en 1990, protege los derechos de las personas menores de edad a lo largo de su redacción, siendo de importancia para el tema tratado el artículo 34, el cual señala:

"Los Estados-Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados-Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;

⁵⁷ Ministerio de Salud Pública, "Declaración Universal de los derechos sexuales," XIII Congreso Mundial de Sexología (no indica): 1 (Consultado el 07 de junio de 2020) https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/sexualidad/decladerecsexu.pdf

b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;

*c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.*⁵⁸

Ahora bien, en esta sección abarcaremos los derechos de las personas menores de edad e incapaces que a nuestro parecer se encuentran estrechamente ligados con el bien jurídico tutelado en esta clase de delito.

1.2.1 Derecho al honor

Es menester mencionar que el derecho al honor es definido de manera general por el Diccionario de la Real Academia Española, la cual entiende como “*Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se las granjea.*”⁵⁹ En otras palabras, el honor desde este punto de vista es la buena reputación que obtiene una persona con base en las acciones o méritos realizados por ella de manera que también puede ampliarse a sus familiares.

Asimismo, Odilón Méndez define el honor como la “*Cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos.*” Esto es, entiende el honor como el atributo moral que posee una

⁵⁸ O.N.U. Convención sobre los Derechos del Niño. Aprobado por Ley No. 7184 del 18 de julio de 1990. La Gaceta No. 149 del 09 de agosto de 1990.

⁵⁹ Real Academia Española, Op. Cit., <<https://dle.rae.es/honor>>

persona a razón de la ejecución de acciones en favor de las demás personas y de el mismo.

Aunado a esto, debe mencionarse que dentro de la doctrina se habla de dos vertientes del honor, la subjetiva y la objetiva, así Soler citado por Fernández Mata, concibe que *“para que exista una lesión al honor subjetivo, cuando se produce un dolor moral a la víctima en su propia dignidad, y el honor objetivo consiste en la reputación del individuo ante la sociedad.”*⁶⁰ De manera que, a nuestro parecer, el delito de grooming lesionaría el honor en su vertiente subjetiva en virtud de que este genera un dolor moral a la víctima en su esfera interna, aunque también puede verse lesionado el honor en su vertiente objetiva si se llegara a afectar la reputación del individuo ante la sociedad, verbigracia con la publicación de fotos íntimas, no obstante, según nuestro criterio esta conducta ya no se vería enmarcada en el delito de grooming, sino que podría verse enmarcada en otro tipo de delito establecido en la legislación nacional.

Ahora bien, según el Código Procesal Penal costarricense en su artículo 19 inciso a) los delitos contra el honor son delitos de acción privada, siendo que *“El ordenamiento jurídico costarricense le ha dado desarrollo a estos delitos en tanto que se clasifican como delitos de acción privada y no cuentan con penas privativas de libertad, su única sanción son días multa, siendo que quien tiene la carga probatoria es la víctima y quien debe promoverlos es ella exclusivamente.”*⁶¹ De manera que los delitos contra el honor son difíciles de defender y acusar, más si son cometidos por medios cibernéticos ya que es la víctima quien debe obtener la prueba pertinente y

⁶⁰ Wendy Fernández Mata, “Análisis del manejo dado por el ordenamiento jurídico costarricense a los delitos contra el honor cometidos por medio de redes sociales”, (Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2013): 26.

⁶¹ Wendy Fernández Mata, Op. Cit., p. 131.

además debe tener los medios económicos para costearse un profesional en derecho, dado que para el proceso se requiere de patrocinio letrado tal y como lo establece la legislación procesal penal.

En conclusión, a nuestro parecer el delito de grooming no podría tener como bien jurídico tutelado el derecho al honor, en virtud de que los delitos contra el honor por normativa expresa, son contemplados como ilícitos de acción privada lo que implica penas no privativas de libertad; mientras que el delito de “grooming” contemplado en el Código Penal contiene como única pena la privación de libertad, y además, esta clase de delitos acarrearán una dificultad probatoria que puede imposibilitar la persecución por parte de la víctima, siendo que en el caso de este delito estas son poblaciones vulnerables, como lo son las personas menores de edad e incapaces; aunque podría lesionar el honor subjetivo no siendo este el bien jurídico tutelado del delito en estudio.

1.2.2 Libertad sexual

Con respecto a la libertad sexual debemos indicar que este puede pensarse que es uno de los derechos íntimamente ligados al bien jurídico tutelado en el delito de “grooming”. Conviene subrayar que, *“La libertad sexual abarca la posibilidad de la plena expresión del potencial sexual de los individuos. Sin embargo, esto excluye toda forma de coerción, explotación y abuso sexuales en cualquier tiempo y situación de*

*vida.*⁶² Dicho de otra manera, Iván Fernández define la libertad sexual “*como el derecho de toda persona a autodeterminarse en el ámbito de la sexualidad, esto es, su derecho a mantener relaciones sexuales o, en general, a realizar o tolerar actividades de naturaleza sexual sólo con su expreso consentimiento. En un sentido más amplio, podría definirse también como el derecho de todo individuo a no verse inmiscuido en contextos de naturaleza sexual en contra de su voluntad.*”⁶³

A propósito de la libertad sexual, debe analizarse lo que esta puede implicar en una persona menor de edad o incapaz, pues con esta, *“el menor tiene la libertad total por el simple hecho de ser persona, el tema es que con esa libertad debe poder desarrollar su sexualidad gradualmente, y en forma que no se vea precozmente estimulada ni distorsionada, circunstancia esta que afectaría su normal desarrollo psicosexual.”*⁶⁴ Es decir, la libertad sexual es el derecho de toda persona a crecer libremente en el ámbito sexual lo cual implica la autodeterminación sexual según su desarrollo personal.

En este punto hay que hacer notar que, persona incapaz es aquella que “*no tiene cumplida personalidad para actos civiles, que carece de aptitud legal para algo determinado*”⁶⁵ y la persona menor de edad es aquella “*persona que no ha cumplido todavía la edad que la ley establece para gozar de la plena capacidad jurídica normal*”⁶⁶, en el ordenamiento jurídico costarricense la edad para obtener esta plena capacidad es a los 18 años. Asimismo, debe tomarse en cuenta la Declaración de los

⁶² Ministerio de Salud Pública, Op. Cit., <https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/sexualidad/decladerecsexu.pdf>

⁶³ Iván Fernández Rebordinos, “La influencia de las nuevas tecnologías en la esfera penal: especial atención al delito de Online Child Grooming”, (Tesis de grado en Derecho, Universidad de León, 2016): 24.

⁶⁴ Norma Bouyssou, Op. Cit., p. 401.

⁶⁵ Real Academia Española, Op. Cit., <<https://dle.rae.es/incapaz>>

⁶⁶ Guillermo Cabanellas de Torres, “*Diccionario Jurídico Elemental*”, (19° ed. Editorial Heliasta S.R.L, 2008), p.242.

Derechos del Niño, en cuanto señala, *“Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento...”*⁶⁷

En consecuencia, la libertad sexual como bien jurídico tutelado se ve limitada en el caso de las personas menores de edad o incapaces, siendo que estos tienen un nivel de madurez mental y física inferior al de una persona adulta, así lo señala Norma Bouyssou al expresar:

*“En relación con la libertad sexual como la objetividad jurídica lesionada, con independencia de la minoría de edad afectada. Pero precisamente la condición de persona menor de edad o incapaz, en la que se sustenta la presunción de falta de consentimiento o la ineficacia jurídica del mismo; pues no la pueden ejercer efectivamente; es en lo que se han fundado algunos autores para sostener que en realidad, son personas carentes de libertad sexual y, por lo tanto, carentes de poder ejercerla libremente y, lo que en verdad se tutela es su “indemnidad sexual” entendida como el derecho de esas personas de quedar libres de todo daño de naturaleza sexual.”*⁶⁸

En este sentido, a nuestro juicio no puede considerarse la libertad sexual como el bien jurídico tutelado en el delito de “grooming” pues esta comprende la capacidad de la persona de autodeterminarse sexualmente y como señalamos anteriormente tanto la persona menor de edad como la persona incapaz carecen de la capacidad

⁶⁷ ONU, “Declaración de los Derechos del Niño,” Asamblea General (1959), (Consultado el 19 de junio de 2020) <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Repub%20lica%20Dominicana.pdf>

⁶⁸ Norma Bouyssou, Op. Cit., pp. 389- 390.

necesaria para ejercer libremente su sexualidad debido a su intrínseca inmadurez física y mental en contraste con la de una persona adulta.

1.2.3 Indemnidad sexual

En cuanto a indemnidad sexual, o intangibilidad sexual debe pensarse que es, *“el interés en un adecuado desarrollo y formación de la personalidad y sexualidad del menor. Por “adecuado” habrá que interpretar aquel desarrollo libre de injerencias contrarias a los intereses del menor y que permita su proceso de socialización.”*⁶⁹ A saber:

*“La intangibilidad sexual se fundamenta en la especial protección que la ley dispensa a individuos que, estando incapacitados para ejercer la libertad sexual, por encontrarse en determinadas circunstancias especiales se hallan más desamparados que el resto de la comunidad. Es decir, deben permanecer completamente al margen de experiencias sexuales. Es el bien jurídico protegido, como modalidad específica del valor libre autodeterminación de conducta sexual cuando la víctima o sujeto pasivo es un menor o incapaz.”*⁷⁰

Comparado con la libertad sexual, ambas figuras se asemejan en el sentido de que *“aquella indemnidad se vincularía a la idea de libertad sexual en fase de consolidación que, según la legislación penal, se protegería hasta que el menor*

⁶⁹ Elena Górriz, Op. Cit., p.12

⁷⁰ Norma Bouyssou, Op. Cit., p. 402.

tuviera capacidad para consentir en el ámbito de la sexualidad."⁷¹ En efecto, ambas figuras son muy similares pero su diferencia radica en que la libertad sexual tal y como se indicó supra requiere de una capacidad de autodeterminación sexual que las personas incapaces o menores de edad no poseen y por lo tanto, requieren de una mayor protección la cual encuentran en la indemnidad sexual.

En el mismo orden de ideas, la indemnidad sexual se puede ver como una protección al menor de edad de su libertad sexual futura, la cual puede alcanzar cuando este cumpla la mayoría de edad, así lo señala Bouyssou al manifestar que *"suele ser tradicional que respecto de los menores, al procurarse la preservación de las condiciones fundamentales que permitan a éstos ejercer en el futuro sus facultades sexuales, esto es, impidiéndoles la vivencia de experiencias que lo puedan afectar en su desarrollo sexual posterior, se afirme, como objeto de tutela, la libertad sexual potencial o indemnidad sexual. Es así que, tratándose de los menores, que carecen de la suficiente capacidad para decidir responsablemente sus alternativas sexuales, no podría hablarse, respecto de ellos, de que ejercen plenamente su libertad sexual, más bien resulta claro que lo que se pretende tutelar es su libertad futura."*⁷²

En resumen, la indemnidad sexual o intangibilidad sexual se refiere a la protección especial que la ley otorga a la persona menor de edad por su estado de vulnerabilidad, siendo que estos no tienen la capacidad para decidir sobre su sexualidad ampliamente, buscando de esta manera mantener a estos individuos al margen de las experiencias sexuales contrarias a su edad evolutiva o aquellas

⁷¹ Elena Górriz, Op. Cit., p. 12.

⁷² Norma Bouyssou, Op. Cit., p. 400.

injerencias que truncan una normal formación de la personalidad y sexualidad de la persona menor de edad, adecuada a la edad de este.

En el caso concreto del delito de “child grooming” la protección de la indemnidad sexual busca proteger al menor de edad de aquellas ofensas que pretenden quebrar o abusar de la confianza adquirida con el menor o incapaz de modo que lo condicione a llevar a cabo determinadas conductas sexuales que, de lo contrario, no hubiera aceptado; violentando de esta forma el desarrollo normal de su sexualidad.

CAPÍTULO II: El delito conocido en inglés como “grooming” en la esfera internacional

El delito de “grooming” conocido así por su término en inglés, tal y como mencionamos anteriormente, surge en el derecho anglosajón y es adoptado con el paso del tiempo en las diferentes naciones, sufriendo modificaciones según las necesidades de cada país, de manera tal que, pese a que se intente tipificar una misma acción las figuras delictivas establecidas son diferentes en cada cuerpo normativo, pues estas varían las agravantes, sujetos activos, concursos, entre otros. Por esta razón, resulta de suma importancia analizar estas figuras delictivas y como estas son aplicadas en los diferentes Estados.

En la presente investigación se analiza la figura delictiva del “grooming” en el derecho argentino, el derecho español y el derecho mexicano, ordenamientos jurídicos distintos, ya sea por la ubicación geográfica de estas naciones que varía la realidad social de cada una de ellas, o por el desarrollo cultural de cada uno de estos países, lo cual sirve para contrastar tres figuras delictivas diferentes en tres realidades distintas y con ello la aplicabilidad de esta clase de delito en comparación con la regulación que se da de este en la esfera costarricense.

2.1 Estudio comparado del delito conocido en inglés como “grooming”

En la presente sección se analiza la figura delictiva del “grooming” establecida en tres diferentes ordenamientos jurídicos, los cuales son, el mexicano, el argentino y el español, así como también, el surgimiento de estas figuras, sus problemas o límites en cuanto a su aplicación, y los distintos planteamientos doctrinarios referentes a las mismas.

En este sentido, se abarca lo referente a elementos de la figura delictiva propiamente, como el sujeto pasivo, el sujeto activo, bien jurídico tutelado, agravantes, la existencia o no de concursos, de la misma forma que los problemas que pueden acarrear estas figuras en su aplicación debido a su tipificación.

Conviene subrayar que, en España el delito “grooming” es regulado de manera distinta a como se regula este delito en Argentina o México, siendo que en este último país no existe propiamente una figura delictiva que regule este delito, lo cual no solo evidencia que no existe una posición común entre los estados sobre este tema, sino que además, nos permite contrastar tres métodos legislativos diferentes respecto de una misma conducta, y esto a su vez nos brinda una visión más amplia de este injusto penal, la cual nos permite analizar en el siguiente apartado la regulación de esta figura en el ordenamiento jurídico costarricense.

2.1.1 La figura de “grooming” en el derecho español

En España, el fenómeno del “online child grooming” tuvo su origen en el año 2010 con base en las recomendaciones que realiza el Consejo de Europa a propósito de la utilización segura de las TIC y especialmente internet, siendo que en su Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, exactamente en su artículo 23, bajo el encabezado proposiciones con fines sexuales (Solicitation of children for sexual purposes), establece la necesidad de castigar penalmente al adulto que se sirve de las tecnologías de la información y de la comunicación como medio para proponer un encuentro con un niño con el propósito de cometer delitos de abuso y explotación sexual contra este.

No obstante, previamente, el 22 de diciembre de 2003 surge la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de Europa, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, busca que se adopten las medidas necesarias para castigar determinadas conductas relativas a la prostitución y pornografía infantil, sin embargo, tal y como señala Norma *“Lo que parece ocurrir es que aunque el legislador apela formalmente a la Decisión Marco 2004/68/JAI para justificar la introducción del art. 183 bis del CP, materialmente este artículo contiene casi de forma literal lo establecido en el art. 23 del Convenio N°201 del Consejo de Europa para la protección de los niños frente a la explotación sexual y abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado por España el 22 de julio de 2010.”*⁷³

⁷³ Norma Bouyssou, Op. Cit., p. 117.

Aunado a esto, junto con las recomendaciones del Consejo de Europa, España siguió las pautas de la Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. En este sentido señala Fernández Rebordinos; *“Con la aprobación de dichos documentos y atendiendo a sus mandatos, esto es, a la obligatoriedad de incriminar ciertas conductas, muchos de los países europeos, incluido España, abogan por la adecuación de los ordenamientos internos a dichos imperativos y, por tanto, a la reforma de las legislaciones penales en materia de protección de la indemnidad sexual.”*⁷⁴

A propósito de las recomendaciones del Consejo Europeo y las decisiones marco realizadas por este, el 22 de junio del año 2010, mediante la Ley Orgánica 5/2010 la cual modifico el Código Penal español LO 10/1995 introdujo el capítulo II bis dentro del Título VIII “Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales” del Libro II, llamado “de los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años” incluyendo en este momento el artículo 183 bis el cual regula la figura del acceso a menores de 13 años con fines sexuales a través de las TIC.

Así pues, Lucía Fernández manifiesta que, *“el legislador español introdujo a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el llamado delito child grooming en nuestra legislación penal. No obstante, cabe destacar que no fue en el Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal remitido por el Gobierno a las Cortes en noviembre de 2009 donde se contempló la inclusión del citado delito, sino que fue la enmienda número 351 del Grupo Parlamentario Popular en el senado en la que instaban al Gobierno a la lucha contra el denominado “child grooming” (...)*⁷⁵

⁷⁴ Iván Fernández Rebordinos, Op. Cit., p. 19.

⁷⁵ Lucía Fernández Sousa, Op. Cit., p. 7.

En suma, la figura delictiva llamada “grooming” surge en el Derecho español gracias a las recomendaciones del Consejo de Europa y a la ratificación de esta Nación del Convenio de Lanzarote, así como también a la enmienda número 351 del Grupo Parlamentario Popular en el senado, siendo así como España resuelve tipificar este delito mediante la Ley Orgánica 5/2010 específicamente en el artículo 183 bis.

Ahora bien, el artículo 183 bis establece de manera textual lo siguiente:

“El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.”⁷⁶

A nuestro parecer este artículo al no precisar la edad del sujeto activo engloba a los menores de edad que sean mayores de 13 años, de manera que un adolescente mayor de 13 años al contactar con un menor de 13 años proponiendo un encuentro de contenido sexual estaría cometiendo este delito pese a que podría tener un desarrollo psico-social similar al del sujeto pasivo menor de 13 años, y en este caso se estaría entonces limitando la libertad sexual que tienen las personas menores de

⁷⁶ **Código Penal Español.** Ley Orgánica N°10/1995 de 23 de noviembre de 1995, España, No indica, No indica. <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&b=266&tn=1&p=20100623#a183bis>>

edad involucradas. Asimismo, se habla de actos materiales encaminados al acercamiento, pero no se precisan esos actos materiales de los cuales habla el artículo, de manera, que podría cualquier acto catalogarse de esta forma, dejando el tipo penal abierto a interpretación del juez, provocando de esta forma algunos problemas en su aplicación. Así también, lo manifiesta el Tribunal Supremo Sala II de lo Penal al indicar *“El legislador sólo ha concretado en cuanto a la naturaleza del acto que tiene que ser material y no meramente formal y su finalidad encaminada al acercamiento. Estamos ante un numerus apertus de actos que el legislador no ha querido acotar en función de las ilimitadas formas de realizar estos actos.”*⁷⁷

Por otro lado, en el año 2015 el legislador español busca corregir los problemas que acarrearón en su aplicación el artículo 183 bis reformando el 30 de marzo de 2015 el artículo 183 bis mediante la Ley Orgánica 1/2015, pasando el delito de grooming a ubicarse en el artículo 183 ter inciso 1, el cual establece lo siguiente:

“El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se

⁷⁷ **Tribunal Supremo Sala II de lo Penal.** Recurso N° 109/2016 de 22 de febrero de 2017. Procedimiento Abreviado de Casación.

impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.”⁷⁸

De manera que, este artículo castiga al que a través de internet o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de 16 años, siendo esta la primera modificación a la figura delictiva, dado que en la versión anterior el sujeto pasivo era un menor de 13 años. Además de eliminar el artículo 178 como uno de los supuestos que debe pretender el sujeto activo para configurar el delito.

Conviene subrayar que la doctrina ha catalogado este artículo como un delito de peligro abstracto ya que ve a este como un adelantamiento en la actuación del Derecho Penal, en virtud de que este debería ser la última ratio y no castigar actos preparatorios que no representan una vulneración ipso facto, sino que podría representar una eventual afectación al bien jurídico tutelado. Tal como lo refiere Elena Górriz; *“podría calificarse de peligro abstracto pues, abundando en lo dicho, en una escala ideal, aquella ofensa representa un adelantamiento de la intervención penal a estadios tan iniciales respecto a la lesión de la indemnidad sexual como la que comportan los actos preparatorios. A ello hay que unir que no estaríamos ante un delito de resultado sino de mera actividad, de modo que la pura constatación de un iter o acción típica bastaría para entender consumado el delito.”⁷⁹*

En cuanto al sujeto activo de este delito, debemos señalar que el legislador español tiene una visión más amplia que la contenida en los textos internacionales pues mantiene en la figura delictiva la frase “el que...” no estableciendo ninguna restricción a quien pueda ser el sujeto activo, dejando de esta manera la posibilidad

⁷⁸ **Código Penal Español**, Op. Cit., <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&p=20190302&tn=1#a183ter>>

⁷⁹ Elena Górriz, Op. Cit., p. 17.

de que el delito sea cometido tanto por una persona mayor de edad como por una persona menor de edad, pero mayor de 16 años. En este sentido Fernández Souza enuncia que, *“en un primer momento y lejos de las acotaciones realizadas tanto en el Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de los niños contra la explotación sexual del 25 de octubre de 2007 en cuyo artículo 23 hace alusión al término "adultos", como en 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 en cuyo artículo 6 se cita como sujetos potenciales a los "mayores de edad", el legislador español había dejado la puerta abierta a la hora de concretar dicho sujeto activo.”*⁸⁰

Respecto a este punto el legislador español contempla una exclusión de la responsabilidad penal al manifestar en su artículo 183 quarter que *“El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.”*⁸¹ Consideramos que esto puede a su vez originar problemas en su aplicación pues no limita estas causas de exculpabilidad, toda vez que no se determina que tan próxima debe ser la edad del sujeto activo con la del sujeto pasivo, ni como se establece el grado de desarrollo o madurez de ambos; además de reconocerle a la persona menor de edad la capacidad para decidir sobre su libertad sexual si se cumple con los presupuestos anteriormente mencionados.

Así pues, el Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal respecto a este extremo ha señalado que, *“Es cierto que la conducta desplegada por el autor ante un niño de*

⁸⁰ Lucía Fernández Sousa, Op. Cit., p. 21.

⁸¹ **Código Penal Español**, Op. Cit., <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&p=20190302&tn=1#a183quarter>>

edad superior a los 13 años (ahora 16), no es grave si el afectado consiente en recibir las imágenes. Pero el legislador ha sido claro y ha admitido que objetivamente puede resultar perturbador en la evolución psicológica en el plano sexual del menor percibir imágenes que pueden influir negativamente en el desarrollo educacional o psicológico futuro. De ahí que, junto a una pena mínima de 6 meses a 1 año, incluya alternativamente una multa de 12 a 24 meses.”⁸² Esto evidencia que el juzgador español interpreta de manera distinta el artículo 183 quarter en virtud de que considera como atenuante conductas que el legislador español planteo como exculpantes.

Por otra parte, respecto al sujeto pasivo, el legislador ha dispuesto que el mismo debe ser una persona menor de 16 años, elevando de esta manera tras la reforma la edad contemplada en un primer momento. Así lo señala Lucia Fernández al expresar *“ha sido una de las modificaciones más relevantes ya que, siguiendo la línea de lo plasmado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén 113/2015, de 11 de mayo, “la creación de este tipo es otra muestra de ese espíritu del legislador de protección a los sujetos pasivos más desvalidos ante los ataques a su indemnidad sexual.”⁸³*

De otro modo, en relación con el bien jurídico tutelado debe indicarse que este varía según las diferentes posturas, en primer lugar la que reconoce que este es un delito pluriofensivo y se ven afectados 2 bienes jurídicos, así señala *“Como bien jurídico individual e inmediateamente protegido; la indemnidad sexual del concreto menor, sobre el que el sujeto activo realiza la conducta descrita en el tipo; y como*

⁸² **Tribunal Supremo Sala de lo Penal.** Recurso N° 777/2017 de 30 de noviembre de 2017. Procedimiento abreviado de Casación.

⁸³ Lucía Fernández Sousa, Op. Cit., pp. 22-23.

bien jurídico colectivo y mediatamente protegido, la seguridad de la infancia en la utilización de las TICs."⁸⁴

La segunda postura por su parte considera que nos encontramos ante un delito que afecta a un único bien jurídico, pero este no es la indemnidad sexual, esta señala que *"parece que el bien jurídico protegido por este delito no pertenece al ámbito de la sexualidad, sino que se identificaría con el derecho a la dignidad o a la integridad moral del menor, que resultaría lesionado en el momento en que el sujeto activo completa la conducta descrita por este tipo penal."*⁸⁵

Finalmente, una tercera postura considera que esta figura delictiva protege como único bien jurídico la indemnidad sexual de la persona menor de edad, siendo esta última postura la mayormente seguida por la doctrina y por la cual nos decantamos en virtud de que, tal y como señalamos en el capítulo anterior, la indemnidad sexual se refiere a la protección especial que le confiere la ley a la persona menor de edad buscando de esta manera mantener a estos individuos al margen de las experiencias sexuales contrarias a su edad evolutiva o aquellas injerencias que truncan una normal formación de su personalidad y sexualidad.

Además, a nuestro criterio esta figura delictiva al señalar que *"(...) sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos (...)"*⁸⁶ permite la posibilidad de apreciar un concurso de este delito con otras figuras cuando el sujeto activo llega a materializar los actos de contenido sexual que pretendía; así lo ejemplifica Marta González al manifestar que *"es perfectamente factible que la*

⁸⁴ Norma Bouyssou, Op. Cit., p. 120.

⁸⁵ Ibídem, p. 120.

⁸⁶ **Código Penal Español**, Op. Cit., <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&p=20190302&tn=1#a183ter>>

realización del tipo del artículo 183 bis, entre además en concurso con delitos de diversa naturaleza, distintos de aquellos que forman parte del fin último que guía al sujeto; posiblemente en concurso medial con aquel.”⁸⁷

Contrario a la postura de Marta González, Iván Fernández manifiesta:

“Cuando tras la solicitud destinada al acercamiento se comete otro delito de naturaleza sexual, produce en la práctica una situación problemática para juzgar al responsable de la comisión de ambos delitos ya que, ambas conductas tipificadas en el CP lo son respecto del mismo bien jurídico (indemnidad sexual) y, parece razonable la exclusión del concurso de delitos, pudiendo en caso contrario afectar al principio del non bis in idem, siendo más preciso por ello aplicar un concurso de normas dado que, los abusos o agresiones sexuales producidos como consecuencia del acercamiento y aproximación obtenidos por medio de las conductas tipificadas en el art. 183 ter CP absorben a éste ya que, dicho ilícito penal es considerado un delito de riesgo que, quedará absorbido cuando el resultado que se pretende prevenir se llega a producir (...)”⁸⁸

Respecto a este tema, las resoluciones judiciales no tienen una línea jurisprudencial definida, sino que las interpretaciones varían de un caso a otro, así lo ejemplifica al señalar en un primer momento el Tribunal Supremo Sala II que *“la aplicación de la cláusula concursal que recoge el propio artículo 183 bis del C. Penal, si no queremos que se infrinja el principio non bis in ídem (art. 25 CE), ha de reservarse para los supuestos en que los actos que contempla la norma sean*

⁸⁷ María Marta González Tascón, Op. Cit., 255.

⁸⁸ Iván Fernández Rebordinos, Op. Cit., p. 63.

ejecutados de una forma o con unas circunstancias específicas que acaben menoscabando otros bienes jurídicos diferentes de la indemnidad sexual del menor.”⁸⁹

Y posteriormente, manifestando el Tribunal Supremo Sala de lo Penal en ese mismo año que *“la relación entre el art. 183 ter, considerando acto preparatorio, se halle en conexión a los delitos fin, allí descritos (art. 183 y 189) en una relación de concurso de delitos, que deberán merecer cada uno de ellos las condenas procedentes (concurso real de delitos).”⁹⁰*

Vale la pena decir que no existe la penalización de conductas cara a cara o el llamado grooming tradicional siendo que *“la Directiva en su artículo 19 hace referencia tanto al embaucamiento a través de las nuevas tecnologías como al realizarlo al margen de estas. En cambio, en el artículo que regula el Código Penal sobre esta materia no existe ni una referencia al grooming tradicional, dándole más importancia al realizado a través del ciberespacio, un error, puesto que el grooming tradicional es el más peligroso.”⁹¹*

En conclusión, el Derecho Español pese a ser pionero en el habla hispana sobre la incorporación del delito de “grooming” y haber reformulado el artículo mediante el cual tipifica esta figura no ha realizado grandes correcciones o cambios a los problemas que se venían presentando desde que se regulo por primera vez en el año 2010, siendo que estos problemas persisten en la actualidad y es evidente la

⁸⁹ Tribunal Supremo Sala II de lo Penal. Op. Cit.

⁹⁰ Tribunal Supremo Sala de lo Penal. Op. Cit.

⁹¹ Marta Martínez Amorós, “Delitos contra menores en internet”, (Tesis de Grado, Universitat Jaume I, 2016): 35.

necesidad de una reforma que brinde seguridad y a su vez una aplicación judicialmente viable.

2.1.2 La figura de “grooming” en el derecho argentino

En el derecho argentino, el delito de “grooming” surge en virtud del afán de Argentina por cumplir con los diferentes instrumentos internacionales como lo son, la Convención sobre los Derechos del niño, el Protocolo Opcional sobre los Derechos del Niño, la Convención del Consejo de Europa sobre Ciberdelitos, la Convención del Consejo de Europa sobre la Protección de los niños ante la explotación y el abuso sexuales y el Memorándum de Montevideo sobre la protección de datos personales y vida privada en las redes sociales en internet. De esta manera, en el año 2008 Argentina “(...)sancionó la Ley 26.388 y adaptó su legislación al Convenio sobre Cibercriminalidad de Budapest de 2001. Luego, se adhirió al Convenio. En el ámbito de la Unión Europea, fue surgiendo también interés en la incorporación de otros tipos legales, y es en ese marco, que se puede mencionar el grooming.”⁹²

Es así como el Código Penal Argentino tipificó mediante la reforma establecida por la ley 26.904 votada el 13 de noviembre de 2013, promulgada el 04 de diciembre de 2013 y publicada en el Boletín Oficial el 11 de diciembre de 2013, la nueva figura delictiva conocida internacionalmente como “grooming”.

El tipo penal ha quedado redactado de la siguiente forma:

⁹² Norma Bouyssou, Op. Cit., p. 174.

“Art. 131: Será penado con prisión de seis meses a cuatro años al que por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones cualquier otra tecnología de transmisión de datos contactare a una persona menor de edad con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.⁹³

En este delito, según su redacción literal podemos entender que el sujeto activo puede ser una persona mayor de edad o una persona menor de edad, que puede ser tanto mujer como hombre, sin requerir ninguna calificación especial; contrario a esto, según manifiesta Norma Bouyssou: *“el sujeto activo es una persona mayor de edad, de sexo femenino o masculino. No constituye una exigencia típica el ocultamiento de identidad del autor –como contemplaban algunos proyectos legislativos-, aunque ello puede suceder en la práctica.”⁹⁴*

Por su parte, el sujeto pasivo es una persona menor de edad, la cual, en el caso de Argentina, al igual que en Costa Rica, sería una persona menor de 18 años; y a su vez, este puede ser tanto del sexo femenino como del sexo masculino, así lo señala Avendaño al manifestar que *“El sujeto pasivo es un menor de edad, o sea, menor de 18 años de uno u otro sexo según lo establece el artículo 25 del actual Código Civil y Comercial de la Nación.”⁹⁵*

Además, el bien jurídico tutelado en este tipo penal se refiere a la integridad sexual de la persona menor de edad, tal y como expresa Bouyssou *“El bien jurídico tutelado en la especie está constituido en términos globales por la “integridad sexual”,*

⁹³ Norma Bouyssou, Op. Cit., p. 174.

⁹⁴ Ibídem, p. 182.

⁹⁵ Graciela Viaña de Avendaño, “Simposio Argentino de Informática y Derecho: La importancia de la incorporación de la figura delictiva denominada Grooming.” Universidad Nacional de Santiago del Estero (2016), 2. <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/01/doctrina44759.pdf>>

cuyo concepto es bastante abstracto y difícil de precisar. Aunque ha sido entendido por la mayoría de la doctrina como el equivalente a la reserva sexual o a la libertad sexual."⁹⁶

En virtud de que la figura delictiva no establece ninguna disposición respecto al concurso con otras normas, puede interpretarse que *"para la aplicabilidad de esta figura, es necesario que no se haya producido ninguno de los delitos contra la integridad sexual (abusos, violación, estupro, etc.) puesto que tratándose de un acto preparatorio, el delito final cometido o tentado desplazará por la vigencia del concurso aparente de leyes a aquel que representa la fase menos avanzada en el iter criminis. El parámetro interpretativo de la consunción forja la unidad punitiva y la selección típica antes mencionada.*"⁹⁷

En este sentido, en la práctica argentina se ha determinado que el delito de "grooming", *"se trata de un delito doloso, autónomo, de peligro, en el que el legislador adelanta la barrera de protección tipificando actos preparatorios de un eventual abuso sexual, a fin de prevenir la comisión de estos delitos en perjuicio de los menores, dada su vulnerabilidad.*"⁹⁸

En esta figura, al señalar que la acción la comete quien "contactare" a un menor de edad por medio de comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones hace referencia a la acción de contactar, la cual según la Real Academia Española se refiere a *"establecer contacto o comunicación con alguien"*⁹⁹, entendida comunicación

⁹⁶ Norma Bouyssou, Op. Cit., p. 176.

⁹⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, "Estructura básica del Derecho penal", (Ed. Ediar, 2009): 187-188.

⁹⁸ **Cámara Nacional de Apelaciones en lo criminal y correccional Sala 7**. Expediente 1060/15 de 1 de setiembre de 2015. "FARAONI José María S/ CORRUPCION MEDIANTE GROOMING".

⁹⁹ Real Academia Española, Op. Cit., <<https://dle.rae.es/contactar?m=form>>

como el "*trato, correspondencia entre dos o más personas*"¹⁰⁰, siendo de esta manera que, "*la acción típica no se concreta únicamente con la mera comunicación 'sin contacto', esto es, sin la recepción por parte de la víctima, sino que requiere la realización de una segunda conducta a cargo de ésta, esto es, receptar la comunicación, vale decir que la primera acción (a cargo del sujeto activo) necesita indefectiblemente de la segunda (a cargo del sujeto pasivo); una necesita de la otra, como las dos caras de la misma medalla, lo cual permite inferir que la conducta se configura como una acción de doble tramo, de doble paso, 'comunicación/recepción', debiéndose dar ambas para que el delito se consume.*"¹⁰¹

A su vez, la redacción de esta figura delictiva determina que el contacto con la persona menor de edad debe ser con el propósito de cometer un delito que atente contra la integridad sexual, pues como se mencionó en líneas anteriores este es un delito preparatorio y, "*Por eso, el contacto virtual con el menor no basta para configurar el delito sino que es necesaria la presencia de un elemento subjetivo ultra intencional distinto del dolo, un propósito subyacente del autor, que aparece redactado por la ley de la siguiente forma: "...con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.*"¹⁰²

En relación con el tema probatorio de este delito, introducido en la expresión "con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma" este se encuentra estrechamente ligado al iter crimis de la persona, el cual, según la jurisprudencia argentina, este propósito de cometer otro delito contra la integridad sexual debe inferirse de las conversaciones o actos del sujeto activo, así lo señala la

¹⁰⁰ Real Academia Española, Op. Cit., <<https://dle.rae.es/comunicación?m=form>>

¹⁰¹ Jorge Eduardo Boumpadre, "Violencia de género en la era digital", (Buenos Aires: ed. Astrea, 2016), 198-199.

¹⁰² **Cámara Nacional de Apelaciones en lo criminal y correccional Sala 7**, Op. Cit."

Cámara Nacional de Apelaciones en lo criminal y correccional al implicar *“salvo que las conversaciones virtuales fueran muy explícitas, esta finalidad deberá inferirse, leyendo entre líneas las comunicaciones, teniendo en cuenta la introducción de temas sexuales, con mayor o menor sutileza, y la propuesta de un encuentro personal y directo.”*¹⁰³

Según la doctrina, esta figura delictiva acarrea algunos problemas en su aplicación; respecto al principio de proporcionalidad podemos mencionar que el Código Penal argentino según nuestro criterio establece penas con igual sanción para delitos con diferentes niveles de reprochabilidad, de esta forma lo manifiesta Riquert al señalar que *“el acto preparatorio incriminado autónomamente que se lleva a cabo en el espacio virtual (grooming) tenga la misma sanción que delitos de lesión consumados en el mundo real afectando el mismo bien jurídico (...)”*¹⁰⁴ Por ejemplo, podemos mencionar el delito de grooming tipificado en el artículo 131 en comparación con el delito de pornografía infantil tipificado en el artículo 128, los cuales tienen la misma pena.

Es importante, mencionar que la redacción de esta figura no contempla, al igual que la legislación española, el delito cometido en perjuicio de personas incapaces, lo cual según nuestra opinión deja de lado a una población que al igual que las personas menores de edad es vulnerable y susceptible a ser víctima de esta clase de delitos.

En resumen, en la legislación argentina, el delito de grooming es de reciente data al igual que en el caso costarricense, se encuentra regulado en el artículo 131

¹⁰³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo criminal y correccional Sala 7, Op. Cit.

¹⁰⁴ Marcelo A. Riquert, “Ciberacoso sexual infantil (“cibergrooming”)”, *Código Penal Comentado* (no indica): 8, (Consultado el 02 de agosto de 2020) <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20141108_02.pdf>

del Código Penal argentino dentro de los delitos contra la integridad sexual, es un delito que puede ser cometido por cualquier persona en perjuicio de una persona menor de edad sin distinción alguna respecto de su sexo y edad; este delito requiere para ser consumado que se dé una comunicación por medios electrónicos del sujeto activo con el sujeto pasivo, en donde, el sujeto activo tenga como propósito cometer otros delitos de índole sexual. Asimismo, es menester mencionar que esta figura jurídica trae consigo algunos problemas respecto a su aplicación, como por ejemplo en temas probatorios, concursos con otras figuras y proporcionalidad de la pena respecto a otros delitos consumados.

2.1.3 La figura de “grooming” en el derecho mexicano

En los Estados Unidos Mexicanos, el delito de “grooming” no se encuentra actualmente tipificado en el Código Penal Federal, tal y como comenta Lucio López y Sánchez Sosa *“en México nada sabemos sobre medidas legislativas para afrontar el grooming en el ciberespacio y mucho menos de estudios que den a conocer la realidad que viven los alumnos de escuelas del Nivel Medio Superior, con respecto a este fenómeno, que como hemos demostrado afecta no sólo a menor de 13 años sino también a alumnos de 14 a 17 años.”*¹⁰⁵

Pese a que México participa como observador del Consejo de Europa desde el 1º de diciembre de 1999, y en el cual el Convenio del Consejo de Europa relativo a

¹⁰⁵ Luis Antonio Lucio López & Juan Carlos Sánchez Sosa “Citas a ciegas y otras conductas de riesgo en Internet: El Grooming en Estudiantes de Nivel Medio superior en México”, XI Congreso Nacional de Investigación Educativa (No indica): 2-3 (Consultado el 02 de Setiembre de 2020) <http://www.comie.org.mx/congreso/memoriaelectronica/v11/docs/area_17/2254.pdf>

la protección de niños contra la explotación sexual, y el abuso sexual del 25 de octubre de 2007 estableció en su artículo 23, que:

“Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro”, es decir, cuando un adulto tenga como finalidad llevar a cabo actividades sexuales con un menor de edad, esta será penalizada.”¹⁰⁶

Adicional a esto, México ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño el 21 de septiembre de 1990, por lo que quedó obligado a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en ella a favor de todos los niños, niñas y adolescentes.

Aunado a esto, en el año 2016 la diputada Norma Edith Martínez Guzmán, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Encuentro Social en la LXIII Legislatura de la Cámara de Diputados somete a consideración de dicha asamblea el proyecto de decreto mediante el cual se pretende adicionar el artículo 260 bis y 260 ter al Código Penal Federal, estableciendo como objetivo hacer frente a los delitos

¹⁰⁶ Consejo de Europa. Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual. Del 25 de octubre de 2007. (Consultado el 09 de setiembre de 2020) <<https://www.humanium.org/es/convenio-del-consejo-de-europa-para-la-proteccion-de-los-ninos-contra-la-explotacion-y-el-abuso-sexual/>>

que surgen por el mal uso de las tecnologías de la comunicación y de la información. En este proyecto se pretende regular la figura del “grooming” y se define este como *“el conjunto de estrategias que una persona adulta desarrolla para ganarse la confianza del menor a través del Internet con el fin último de obtener concesiones de índole sexual.”*¹⁰⁷ Asimismo, es importante destacar que este proyecto toma en cuenta el Convenio del Consejo de Europa, sobre la protección de niños contra la explotación sexual y el abuso sexual, específicamente el artículo 23, y a su vez, la legislación existente en España y el proyecto de ley de Costa Rica.

Por su parte, este proyecto plantea que se agreguen los artículos 260 Bis y 260 Ter, dentro del título decimoquinto de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, en el capítulo I, los cuales rezan:

“Art 260 Bis. Quien a través de las tecnologías de la información y la comunicación, contacte con personas menores de dieciocho años, o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, con el fin de cometer cualquiera de los delitos previstos en el presente capítulo, siempre que tal propuesta se acompañe de los elementos de prueba, se le impondrá prisión de siete a doce años, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos.

Artículo 260 Ter. Quien a través de las tecnologías de la información y la comunicación contacte con personas menores de dieciocho años, o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del

¹⁰⁷ Norma Edith Martínez Guzmán, “Decreto que adiciona los artículos 260 Bis y 260 Ter del Código Penal Federal” (México): No indica, (Consultado el 09 de setiembre de 2020) http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2016/09/asun_3410046_20160914_1473868200.pdf

hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, con el fin de que mediante el engaño, intimidación, amenaza, violencia, seducción o cualquier otra presión, obtenga fotos y/o vídeos mostrando sus partes íntimas, desnudo, en actividades sexuales explícitas o implícitas, se le impondrá prisión de siete a doce años, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos.”¹⁰⁸

De la redacción supra citada, podemos indicar que ambos artículos planteados establecen un sujeto activo genérico, es decir, una persona indiferentemente este sea hombre o mujer. En cuanto al sujeto pasivo, ambos apartados hablan de que este se constituye en personas menores de edad o en personas incapaces. Por su parte, el bien jurídico tutelado contemplado en ambos enunciados es la integridad sexual del sujeto pasivo. Aunado a esto, el artículo 260 ter tiene en cuenta el uso de engaño, intimidación, amenaza, violencia, seducción o cualquier otra presión sobre el menor de edad o incapaz para obtener videos o fotografías de índole sexual; lo cual a nuestro parecer podía incluirse dentro del mismo artículo.

De lo anteriormente mencionado, en el caso de México podemos contemplar la ausencia de una regulación sobre el delito de grooming propiamente, aunque puede apreciarse el interés que existe a nivel parlamentario por regular esta figura; lo cierto es que actualmente México pena actuaciones que pueden contemplarse dentro de la figura de grooming mediante otras figuras delictivas como es el caso de pornografía infantil, violación y corrupción de menores, ya que dichas actuaciones incluyen en su etapa preparatoria las acciones o conductas que son consideradas como constitutivas del delito de “grooming”. En este sentido López y Sosa manifiestan que: “*es deseable*

¹⁰⁸ Norma Edith Martínez Guzmán, Op. Cit., http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2016/09/asun_3410046_20160914_1473868200.pdf

que los cuerpos legislativos que deben velar por la salud física y mental de sus representados sean permeados por la inquietud europea y en un futuro cercano se elaboren leyes que protejan a los menores del acoso de depredadores sexuales.”¹⁰⁹

En conclusión, luego del análisis de la figura delictiva de “grooming” en 3 diferentes normativas internacionales, como lo son la argentina, la mexicana y la española, logramos dilucidar que, a pesar de las diferentes técnicas legislativas existentes en cada país, todas ellas acarrearán problemas similares en cuanto a su aplicación; en el caso de la legislación argentina y la legislación española en donde se contemplan figuras delictivas específicas para el delito de “grooming” podemos mencionar problemas en la aplicación de dichas figuras como por ejemplo, que el sujeto activo es general en ambos casos, este puede ser una persona menor de edad o una persona mayor de edad; asimismo, respecto a la existencia o no de un concurso entre esta figura y otros delitos, en virtud de que en ambos sistemas legislativos se considera este delito como un delito preparatorio; además de que no existe la penalización de conductas cara a cara o el llamado grooming tradicional; contrario al caso mexicano donde a la fecha no existe un delito que englobe propiamente la figura de “grooming” sino que se pueden percibir estas acciones como parte de otros delitos en donde se penaliza, según nuestra opinión, cuando los resultados son más gravosos como por ejemplo, una violación a una menor de edad en donde el contacto inicial realizado por el sujeto activo fue por medio de redes sociales, solicitando un posterior encuentro con la persona menor de edad.

¹⁰⁹ Luis Antonio Lucio López & Juan Carlos Sánchez Sosa, Op. Cit., p. 8,
<http://www.comie.org.mx/congreso/memoriaelectronica/v11/docs/area_17/2254.pdf>

CAPÍTULO III: El delito conocido en inglés como “grooming” en la esfera nacional

Tal y como hemos visto anteriormente el delito conocido por su término en inglés “grooming” surge en un primer momento en la esfera internacional, específicamente en el derecho anglosajón, posteriormente puede decirse que este se introduce a nivel nacional el 24 de abril del año 2013 mediante la ley número 9135, como resultado del proyecto de ley “Reforma de los tipos penales establecidos en los artículos 167, 196, 196 bis, 231, 236 y 288 del Código Penal, Ley N°4573, publicada en el Alcance 120 de La Gaceta 257 del 15 de noviembre de 1970 y sus reformas”.¹¹⁰

Con este artículo los legisladores pretendían modificar la reforma realizada en el año 2012 al artículo 167 y desprender lo que sería el delito de “grooming” de las condiciones establecidas en dicho artículo para la configuración del delito de corrupción, otorgándole de esta forma independencia al delito de “grooming” del delito de corrupción. Asimismo, puede pensarse que el artículo 167 del Código Penal fue derogado de forma tácita parcial o totalmente por el artículo 167 bis, sin embargo, a nuestro criterio la redacción de estas figuras no permite una derogatoria tácita total, sino que lo que se podría dar es una derogatoria parcial en cuanto al párrafo segundo del artículo 167, esto debido a que, el artículo 167 bis, que es ley posterior, regula más íntegramente la acción. De igual forma, podría pensarse también en un concurso

¹¹⁰ Actas de la Asamblea Legislativa, 2010, Comisión Permanente Especial de Derechos Humanos, Op. Cit., <<http://imagenes.asamblea.go.cr/EINTEGRATOR4/Index.aspx?app=1001&doctype=1008&query=1009¶m1=9135>>

aparente de normas entre ambas figuras; situación que se analizara en apartados posteriores. Por esta razón es indispensable analizar ambos artículos tanto el 167 como el 167 bis del Código Penal costarricense para tener una idea clara de cómo el delito de “grooming” se encuentra regulado en nuestro país, cuáles son los alcances de este tipo penal y cuáles son algunos de los problemas que puede acarrear esta figura delictiva.

3.1 La figura delictiva de “grooming” contemplada en el Código Penal frente a las convenciones internacionales

Tal y como señalamos anteriormente, según nuestra opinión la figura doctrinaria de “grooming” se encuentra regulada en la esfera nacional costarricense a través del delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos contemplado en el artículo 167 bis del Código Penal. Costa Rica al igual que otras naciones forma parte de diferentes convenios y tratados internacionales los cuales han sido firmados y ratificados a lo largo del tiempo y por ello se encuentra en la obligación de incorporarlos en su normativa interna. Dentro de estos tratados y convenios concernientes a la materia que nos incumbe podemos mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los derechos del niño, el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía.

En un primer momento, debe mencionarse que todos los niños, niñas y adolescentes requieren de una protección especial por parte de diferentes instituciones, de esta manera lo señala la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 19 relativo a los derechos del niño al manifestar que *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”*¹¹¹ De ahí radica la importancia de que el Estado contemple a través del Derecho Penal distintas figuras delictivas que protejan a los menores de edad de las diferentes conductas que pueden llegar a lesionar sus intereses, tal y como lo son las actuaciones que configuran el delito de “grooming”.

Adicionado a esto, Costa Rica en su afán de proteger a las personas menores de edad ha adoptado ciertos tratados internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño, la cual en su artículo 19 señala:

“1. Los Estados-Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la

¹¹¹ O.E.A, Op. Cit., Convención Americana sobre Derechos Humanos.

identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.”¹¹²

Según el artículo mencionado supra, Costa Rica tiene la obligación de adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas adecuadas para brindar una protección a los niños, niñas y adolescentes de los diferentes daños que podrían sufrir, dentro de estos se contemplan los concernientes a su desarrollo sexual como lo son las conductas referidas en el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos y por lo tanto a nivel legislativo deben existir diferentes figuras que brinden esta protección.

Asimismo, esta Convención contempla en sus artículos 34 y 36 el compromiso adoptado por los diferentes Estados-Partes de proteger a los niños, niñas y adolescentes de todas las formas de explotación y abusos sexuales, para lo cual deben tomar todas las medidas nacionales, bilaterales y multilaterales necesarias.

Aunado a esto, el artículo 40 de dicha Convención señala que:

“1 . Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido a la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia

¹¹² O.N.U, Op. Cit. Convención sobre los Derechos del Niño

*de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad (...)*¹¹³

De manera que, este artículo contempla la posibilidad de que un menor de edad pueda constituirse como sujeto activo en diferentes delitos, razón por la que este podría ser sujeto activo en el delito en estudio, además, este artículo refiere a que debe tratarse en dichos casos a la persona menor edad de manera digna, con respeto y teniendo en cuenta su edad, buscando promover la reintegración del niño. A nuestro parecer Costa Rica cumple con esta pauta ya que cuenta con Tribunales y Juzgados Penales Juveniles y la comisión de los diferentes tipos delictivos en caso de personas menores de edad cuentan con sanciones diferentes a la pena privativa de libertad, ya que buscan la integración, de los mismos dentro de la sociedad.

En el mismo orden de ideas, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía en su artículo 3 indica:

"1.- Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:

a) En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2º:

¹¹³ O.N.U, Op., Cit., Convención sobre los Derechos del Niño.

i) Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de:

a) Explotación sexual del niño;

b) Transferencia con fines de lucro de órganos del niño;

c) Trabajo forzoso del niño;

ii) Inducir indebidamente, en calidad de Intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción;

b) La oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo 2º;

c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2º.

2.- Con sujeción a los preceptos de la legislación de los Estados-Partes, estas disposiciones se aplicarán también en los casos de tentativa de cometer cualquiera de estos actos y de complicidad o participación en cualquiera de estos actos.

3.- Todo Estado Parte castigará estos delitos con penas adecuadas a su gravedad.

4.- Con sujeción a los preceptos de su legislación, los Estados-Partes adoptarán, cuando proceda, disposiciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo. Con sujeción a los principios jurídicos

aplicables en el Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa.

5.- Los Estados-Partes adoptarán todas las disposiciones legales y administrativas pertinentes para que todas las personas que intervengan en la adopción de un niño actúen de conformidad con los instrumentos jurídicos internacionales aplicables.”¹¹⁴

Lo anteriormente mencionado, resulta de suma importancia pues el delito de “grooming” o las conductas señaladas en el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos regulada en el artículo 167 bis del Código Penal es un delito de peligro con el cual se da un adelantamiento del derecho penal y resulta una figura útil para prevenir la configuración de conductas más gravosas como las mencionadas en el artículo anterior.

Además, cabe señalar el Convenio de Budapest o Convenio Europeo sobre ciberdelincuencia, el cual fue aprobado y ratificado por Costa Rica, en el cual se procura desarrollar una política penal en los Estados miembros destinada a proteger a la sociedad frente a la ciberdelincuencia, mediante la adopción de legislación apropiada. Debe resaltarse el artículo 9 relativo a delitos relacionados con la pornografía infantil, en el cual se manifiesta:

“1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito penal en su derecho interno, la comisión deliberada e ilegítima de los siguientes actos:

¹¹⁴ O.N.U. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía. Aprobado por ley N°8172 del 07 de diciembre de 2001. La Gaceta N°29 del 11 de febrero de 2002.

- a. la producción de pornografía infantil con vistas a su difusión por medio de un sistema informático;*
- b. la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil por medio de un sistema informático;*
- c. la difusión o transmisión de pornografía infantil por medio de un sistema informático;*
- d. la adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema informático para uno mismo o para otra persona;*
- e. la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos (...)."¹¹⁵*

Aunado a esto el artículo 11 de este convenio, relativo a la tentativa y complicidad, designa que:

“ (...) 2. Cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno toda tentativa deliberada de cometer alguno de los delitos previstos en aplicación de los artículos 3 a 5, 7, 8, 9.1.a) y 9.1.c) del presente Convenio.”¹¹⁶

Esto resulta relevante, pues el artículo 167 bis en su primer párrafo permite la tentativa ya que este corresponde a un delito de peligro en concreto al tener como verbo rector “establecer”, lo que permite fraccionar el hecho delictivo en

¹¹⁵ Consejo de Europa. Convenio de Europa sobre Ciberdelincuencia. Aprobado por ley N° 9452 del 26 de mayo de 2017. La Gaceta N°125 del 03 de julio de 2017.

¹¹⁶ Ibidem, Convenio de Europa sobre Ciberdelincuencia.

diferentes momentos, siendo estos, el enviar las comunicaciones y el obtener una respuesta o contacto por parte del sujeto pasivo.

Los artículos anteriores resultan importantes debido a que los Estados miembros deben regular en su legislación delitos que se produzcan mediante el uso de medios informáticos y en el caso específico de Costa Rica, el derecho interno va más allá de lo señalado por este convenio internacional en virtud de que el derecho penal sanciona delitos como la fabricación, producción o reproducción de pornografía, la tenencia de material pornográfico y la difusión de pornografía y además incluye otras figuras relacionadas a la protección del mismo bien jurídico, verbigracia el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos.

En conclusión, Costa Rica cumple a grandes rasgos con los convenios internacionales suscritos respecto a esta materia y va más allá de las barreras protectoras establecidas por estos instrumentos internacionales puesto a que se da un adelantamiento del derecho penal al contemplar delitos de peligro que buscan proteger a las personas menores de edad e incapaces en razón de la vulnerabilidad que engloba a estos sujetos, buscando de esta manera evitar resultados más dañosos respecto al bien jurídico protegido en los mismos. Por esto, consideramos que el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos no solo engloba las conductas establecidas en la figura doctrinaria de "grooming", sino, que, además, se apega a los preceptos señalados en los diferentes convenios y tratados señalados anteriormente.

3.2 Análisis dogmático de la tipicidad de la figura delictiva seducción o encuentros de personas menores de edad por medios electrónicos, artículo 167 bis del Código Penal costarricense

La presente sección se dedica a analizar los preceptos establecidos en la normativa costarricense sobre el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos, así como los elementos individualizantes que lo componen tanto en su fase externa como en su fase interna. Para esto vamos a fundamentar este apartado en el tipo penal contenido en el artículo 167 bis del Código Penal costarricense.

Se pretende definir los distintos elementos que integran el tipo penal en estudio, tal y como son el elemento objetivo, el elemento subjetivo y el iter criminis de esta figura delictiva, así, como también, los componentes de dichos elementos, es decir, el sujeto activo, el sujeto pasivo, la acción, el bien jurídico tutelado y el dolo, además, de las fases correspondientes al iter criminis.

3.2.1 Elemento objetivo del tipo penal

El elemento objetivo hace referencia a la parte externa del hecho, el cual da origen al tipo penal, tal y como señala Muñoz Conde, “*Generalmente, en el tipo se*

incluyen todas las características de la conducta prohibida que fundamentan positivamente su antijuridicidad."¹¹⁷

Es decir, el elemento objetivo se refiere a las características extrínsecas, que son perceptibles a los sentidos humanos, de la conducta o acción que justifican su tipificación, tal y como lo son el sujeto (activo y pasivo), el bien jurídico y la conducta.

a) Sujeto activo

El sujeto activo forma parte indispensable del elemento objetivo del tipo penal, este se refiere al individuo que realiza la acción prohibida u omite realizar la acción que podía y tenía la obligación de realizar; por su parte Cabanellas de Torres lo define como *"El autor, cómplice o encubridor; el delincuente en general."*¹¹⁸ Y Muñoz Conde, es más amplio y concreto al especificar, que: *"El delito como obra humana siempre tiene un autor, aquel que precisamente realiza la acción prohibida u omite la acción esperada. Normalmente en el tipo se alude a dicho sujeto con expresiones impersonales como "el que" o "quien"."*¹¹⁹

En Costa Rica, el autor se encuentra definido en el artículo 45 del Código Penal, el cual establece que *"es autor del hecho punible tipificado como tal, quien lo realizare por sí o sirviéndose de otro u otros y, coautores lo que lo realizaren en conjunto con el autor."*¹²⁰

Entendido lo anterior, el sujeto activo en el caso del delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos está definido claramente al señalar

¹¹⁷ Francisco Muñoz Conde, "Teoría General del Delito", (3ra edición, Editorial Temis S.A., Colombia: 2012), p. 41.

¹¹⁸ Guillermo Cabanellas de Torres, Op. Cit., Diccionario Jurídico Elemental.

¹¹⁹ Francisco Muñoz Conde, Op. Cit., p. 46.

¹²⁰ Código Penal, Op. Cit., Art. 45

la norma: *“quien, por cualquier medio, establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico (...)”*¹²¹ de manera que en esta figura delictiva el sujeto puede ser cualquier individuo que realice la acción antijurídica, convirtiéndose de esta manera en un delito común, ya que no se requiere de una característica especial por parte del sujeto activo para ser considerado como tal, como por ejemplo la condición de padre, adoptante, tutor o guardador en el delito de incumplimiento del deber alimentario contenido en el artículo 185 del Código Penal.

Aunado a esto debemos mencionar que el artículo 167 bis, el cual regula la conducta a la que consideramos se refiere el delito de “grooming” específicamente, no establece un límite etario para el sujeto activo, ya que el mismo solo hace referencia al sujeto activo como “quién”, de forma que cualquier persona podría cometer esta acción. Por su parte el Código Penal en su artículo 17 señala que *“este Código se aplicará a las personas de dieciocho años cumplidos”*¹²², mientras que, por otro lado, el artículo 1 de la Ley de Justicia Penal Juvenil establece que *“Serán sujetos de esta ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención en el Código Penal o leyes especiales”*¹²³. Tomando en cuenta, lo establecido por ambas leyes y el principio de prevalencia de la ley especial sobre la ley general, llegamos a la conclusión de que el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos podría ser cometido por una persona mayor de 12 años, pero menor de 18 años, al igual que podría ser cometido por una persona mayor de edad, aunque las penas establecidas en este tipo penal serían distintas a

¹²¹ Código Penal, Op. Cit., Art. 167 bis.

¹²² *Ibidem*, Art 17.

¹²³ **Ley de Justicia Penal Juvenil**. Ley N°7576 de 8 marzo de 1996, San José, Investigaciones Jurídicas, 2013. Art. 1.

las establecidas en el caso de que el sujeto activo sea una persona menor de edad, dado que a estos últimos los ampara la Ley de Justicia Penal Juvenil, la cual dispone sanciones distintas en virtud del principio de interés superior del menor.

Por otro lado, resulta importante mencionar, la presunción *iure et de iure* que protege la libertad e indemnidad sexual de las personas menores de trece años, según la cual, a los sujetos menores de trece años, de edad no se les reconoce capacidad para autodeterminarse ni de participar en ninguna práctica sexual, así lo señala en diferentes ocasiones el Tribunal de Apelación de sentencia Penal Juvenil del II Circuito Judicial de San José:

“La anterior limitación a la libertad sexual se fundamenta en la presunción de pleno derecho de que las personas menores de trece años de edad carecen del desarrollo psico-biológico necesario para entender y comprender los alcances y naturaleza de la conducta sexual ejercida frente a otras personas y de poder ejercer responsablemente la misma, frente a sí misma y los demás, todo lo anterior con la finalidad de garantizar la indemnidad sexual y el sano desarrollo sexual de las personas menores de trece años, de edad con respecto a terceras personas.”¹²⁴

También, con la entrada, en vigencia de la Ley de Fortalecimiento de la protección legal de las niñas y adolescentes mujeres ante situaciones de violencia de género asociadas a relaciones abusivas, reforma Código Penal, Código Familia, Ley Orgánica TSE y Registro Civil, y Código Civil, ley N°9406 del 30 de noviembre del

¹²⁴ **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del II Circuito Judicial de San José.** Resolución N°0116-2019 de las 9 horas y 40 minutos del 10 de mayo de 2019. Recurso de Apelación.

2016 se modificó el artículo 159 y 161 del Código Penal. Siendo que, a modo de ejemplo, el artículo 159 del Código Penal actualmente señala que:

“Artículo 159.- Relaciones sexuales con personas menores de edad.

Será sancionado con pena de prisión, quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona menor de edad, siempre que no constituya delito de violación, en los siguientes supuestos:

1) Con pena de prisión de tres a seis años, cuando la víctima sea mayor de trece y menor de quince años, de edad, y el autor sea cinco o más años mayor que ésta en edad.

2) Con pena de prisión de dos a tres años, cuando la víctima sea mayor de quince y menor de dieciocho años, y el autor sea siete o más años mayor que ésta en edad.

3) Con pena de prisión de cuatro a diez años, siempre que el autor tenga, respecto de la víctima, la condición de ascendiente, tío, tía, hermano o hermana, primo o prima por consanguinidad o afinidad sea tutor o guardador, o se encuentre en una posición de confianza o autoridad con respecto de la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.

Los mismos supuestos operarán si la acción consiste en la introducción de uno o varios dedos, objetos o animales por la vía vaginal o anal.”¹²⁵

¹²⁵ Código Penal. Op. Cit., Art. 159.

Ahora bien, tomando en consideración el cambio planteado por esta nueva ley y el principio general del derecho de “quien puede lo más puede lo menos”, podríamos entender que al aplicarse como requisito en los delitos de violación y de relaciones sexuales con personas menores de edad una diferencia etaria de al menos cinco años de edad cuando la persona tiene entre trece y quince años de edad para que pueda aplicarse el delito, y de al menos siete años de diferencia cuando la persona tiene entre quince y dieciocho años de edad, debería ser necesario que para la realización del delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos se aplique esta misma regla en virtud de que este corresponde a un delito de peligro en el que se da un adelantamiento del derecho penal precisamente para evitar que se comenten esta clase de delitos más gravosos. Sin embargo, el legislador al regular el artículo 167 bis no previó esta posibilidad y actualmente cualquier sujeto mayor de 12 años puede constituirse como sujeto activo de este delito.

Entendido lo anterior, a nuestro parecer, el artículo 167 bis corresponde a un delito común y en su redacción señala que el sujeto activo puede ser constituido por cualquier persona, lo cual podría acarrear problemas respecto a la aplicación de este delito, ya que la falta de un límite etario en el tipo penal posibilita la realización de esta conducta por parte de una persona menor de edad, y consideramos que, al momento de su aplicación debe tenerse en cuenta que en la jurisprudencia se limita el sujeto a una persona mayor de 13 años debido a la ausencia de autodeterminación sexual de los menores de esta edad. Verbigracia, cuando una persona de 14 años de edad establece comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona de 13 años de edad, existiría delito debido a que al no establecerse un límite etario ambos sujetos constituirían simultáneamente el sujeto pasivo y el sujeto activo, y en cuyo caso el juzgador deberá analizar cada caso en concreto y si debería entenderse que el sujeto

activo es quien dio inicio a estas comunicaciones o si basta la realización de estas conductas por ambos sujetos de forma bilateral para que ambos se constituyan en sujetos activos.

En dicho caso, según nuestro criterio, sería el juez en el caso concreto el encargado de interpretar la norma y establecer si la acción constituye o no delito, dejando el tipo penal abierto respecto al sujeto activo. A título personal, consideramos que es indispensable el establecimiento de una diferencia etaria en este tipo penal, en aras de brindar mayor claridad a esta figura delictiva; sin embargo, el legislador no lo dispuso de esta manera, sino que solamente estableció una diferencia entre las edades del sujeto pasivo del párrafo primero y del párrafo segundo.

Aunado a esto, debemos mencionar que, a nuestro parecer el delito en estudio permite la posibilidad de coautoría, complicidad e instigación contemplados en los artículos 45, 46 y 47 del Código Penal costarricense. Por su parte el artículo 45 del CP señala *“Es autor del hecho punible tipificado como tal, quien lo realizare por sí o sirviéndose de otro u otros y, coautores los que lo realizaren en conjunto con el autor.”*¹²⁶ Esto permitiría que el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos sea cometido en coautoría, por ejemplo, cuando dos amigos establecieran mediante un perfil falso comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona menor de quince años.

Por otro lado, el artículo 46 del mismo cuerpo normativo manifiesta que *“Son instigadores, quienes intencionalmente determinen a otro a cometer el hecho punible.”*¹²⁷ Verbigracia, cuando una persona intencionalmente convence a otra de

¹²⁶ Código Penal. Op. Cit., Art. 45.

¹²⁷ *Ibidem*, Art. 46.

establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona menor de edad para procurarse un encuentro con la misma en un lugar físico.

Además, el artículo 47 del CP establece que *“son cómplices los que presten al autor o autores cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible.”*¹²⁸ Esto puede ocurrir, a modo de ejemplo, cuando una persona conociendo las intenciones de otra con una persona menor de edad o incapaz, le facilita los medios para que esta pueda establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico con la persona menor de quince años o incapaz, los cuales podrían ser el número de teléfono, la cuenta en redes sociales, la computadora, el celular, etc.

b) Sujeto pasivo

El sujeto pasivo, por su parte es aquel individuo sobre el que recae la acción delictiva, Muñoz Conde expresa sobre este tema que, *“En realidad, el concepto de sujeto pasivo es poco preciso y solo tiene interés para saber quién es el titular del bien jurídico protegido en el tipo penal, en aquellos casos en que quepa disponer libremente de él (por ejemplo, la propiedad).”*¹²⁹, es decir, el sujeto pasivo es la persona a la que su bien jurídico protegido ha sido lesionado o puesto en peligro por la acción realizada por el sujeto activo.

Por su parte, Cabanellas de Torres define el sujeto pasivo del delito como *“su víctima; quién en su persona, derechos o bienes, o en los de los suyos, ha padecido ofensa penada en la ley y punible por el sujeto activo.”*¹³⁰ De manera tal que se

¹²⁸ Código Penal. Op. Cit., Art. 47.

¹²⁹ Francisco Muñoz Conde, Op. Cit., p. 49.

¹³⁰ Guillermo Cabanellas de Torres, Op. Cit., p. 355.

desprende de los conceptos anteriores, que el sujeto pasivo se refiere a la persona titular del bien jurídico que es lesionado con la acción u omisión.

Entendido lo anterior, en el caso concreto del artículo 167 bis, el sujeto pasivo resulta ser “una persona menor de quince años o incapaz”¹³¹ si se establecen comunicaciones de contenido sexual o erótico; o “una persona menor de edad o incapaz”¹³², si se procura establecer dichas comunicaciones mediante la suplantación de identidad o el uso de identidad falsa, o si con el establecimiento o cuando se procurare el establecimiento de estas comunicaciones y con ellas se procure un encuentro personal en un lugar físico. De manera que el sujeto pasivo varía dependiendo de los medios comisivos utilizados por el sujeto activo, siendo que en el caso de suplantación de identidad o uso de una identidad falsa se amplía a una persona menor de edad sin limitar la misma hasta los 15 años.

Aunado a esto, debemos considerar el caso de que se establezcan comunicaciones por medios electrónicos con personas menores de edad, pero mayores de 15 años sin hacer uso de una identidad falsa o suplantando la identidad de un tercero, los cuales no resultarían protegidos según el artículo 167 bis a menos de que se procure un encuentro en un lugar físico; en cuyo caso podrían llegar a ampararse en el artículo 167 párrafo segundo, pues con esta conducta configura también el delito de corrupción, y este artículo manifiesta:

“(...) La pena será de cuatro a diez años de prisión, si el actor, utilizando las redes sociales o cualquier otro medio informático o telemático, u otro medio de comunicación, busca encuentros de carácter

¹³¹ Código Penal, Op. Cit., Art. 167 bis.

¹³² Ibidem, Art 167.

sexual para sí, para otro o para grupos, con una persona menor de edad o incapaz; utiliza a estas personas para promover la corrupción o las obliga a realizar actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, aunque la víctima consienta participar en ellos o verlos ejecutar."¹³³

Es de importancia considerar lo señalado por el Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José en la resolución 667 del año 2012, la cual respecto a promover la corrupción ha señalado que:

“Corrupción es la acción y efecto de corromper. Denota la deformación, alteración, o vicio que se introduce al estado o desarrollo sexual natural y sano del menor, ya sea por lo prematuro de la evolución (con respecto a la edad y condiciones de la víctima) o porque el sujeto pasivo llega a aceptar o asimilar como normal -para su propia conducta- la depravación o excesividad de la actividad sexual (...) Promover sería iniciar, incitar, persuadir, convencer o procurar que quien no está corrompido llegue a ese estado, distorsionando el sentido natural y sano de la sexualidad en la víctima, al adoptar o inclinarse esta hacia una conducta sexual prematura, depravada o excesiva. La promoción mediante engaño, violencia, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción agravan el delito (...) La promoción típica se logra a través de actos sexuales, los cuales son hechos, comportamientos o acciones materiales (por ejemplo actos de bestialidad, sadismo, sodomía, coito, sexo oral, etc.) o intelectuales (enseñanzas, consejos, exposiciones de imágenes, etc.) de significación sexual que el autor realiza con la víctima

¹³³ Código Penal, Op. Cit., Art. 167.

o que ejecuta solo o con un tercero ante ella, objetivamente eficaces o aptos para promover la corrupción y que, según la descripción típica, deben ser perversos, prematuros o excesivos (la promoción puede producirse por un acto único o por una reiteración de actos, pues hay unidad de acción y única lesión si en un corto tiempo se realizan varios actos de estas características sobre el sujeto pasivo).¹³⁴

Sin embargo, según nuestro punto de vista el artículo 167 bis podría derogar tácitamente de forma parcial el párrafo segundo del artículo 167 por lo que sería posible en un caso similar al expuesto anteriormente ampararse en el artículo 167 párrafo segundo. No obstante, al no existir una derogatoria expresa se podría interpretar que existe un concurso aparente entre ambas normas, que hay una derogatoria tacita e incluso aplicar ambos artículos indistintamente, de ahí la importancia en reformar estos artículos del Código Penal, pues el legislador al realizar la reforma a estos artículos no comprendió lo que estaba haciendo y al no separar la corrupción del grooming generó, lo que consideramos puede ser, un grave problema interpretativo.

Tal y como se señaló con anterioridad, el establecimiento de comunicaciones de contenido sexual o erótico que no procuren un encuentro en un lugar físico o que no utilicen una identidad falsa o suplanten la identidad de un tercero, pese a no estar las personas mayores de 15 años y menores de 18 protegidas por el artículo 167 bis, en ese supuesto, estas acciones sí resultarían contempladas en el artículo 167 del Código Penal, de no existir una derogatoria del mismo.

¹³⁴ Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José. Resolución N°0667-2012 de las 11 horas y 10 minutos del 12 de abril de 2012. Recurso de Casación.

c) Acción

La acción entendida como la conducta humana relevante para el derecho penal, resulta imprescindible para la definición de la tipicidad del delito, por su parte Cabanellas de Torres define la acción penal como *"la originada por un delito o falta; y dirigida a la persecución de uno u otra con la imposición de la pena que por ley corresponda"*.¹³⁵ Por otro lado, Muñoz Conde se refiere a la acción como *"comportamiento humano (acción u omisión), que constituye el núcleo del tipo, es decir, su elemento más importante. La conducta viene descrita generalmente por un verbo rector ("matarse", "causare a otro una lesión", etc.), que puede indicar una acción positiva o una omisión."*¹³⁶

Aunado a esto, José Arnoldo González Castro refiriéndose a los elementos que identifican la acción señala que *"en primer lugar, se trata de una acción humana voluntaria. Como segundo aspecto, se considera que la acción humana al ser voluntaria persigue una finalidad determinada. En este sentido, es claro para alcanzar una finalidad determinada, es necesario conocer y querer el resultado que se obtendrá con tal conducta."*¹³⁷ Por lo tanto, la acción constituye el núcleo fundamental del tipo penal consiste en una conducta humana, sea un hacer o un no hacer, de forma que, el comportamiento descrito en el tipo penal puede ser llevado a cabo por comisión o por omisión.

Entendido lo anterior, en el caso concreto del artículo 167 bis la acción realizada por el sujeto activo en el primer párrafo consiste en establecer

¹³⁵ Guillermo Cabanellas de Torres, Op. Cit., p.18.

¹³⁶ Francisco Muñoz Conde, Op. Cit., p. 47.

¹³⁷ José Arnoldo González Castro, "Teoría del Delito", (1ª Edición, Poder Judicial, 2008): 82, (Consultado el 25 de febrero de 2021) <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/27646.pdf>>

comunicaciones de contenido sexual o erótico, ya sea que incluyan o no imágenes, videos, textos o audios con una persona menor de quince años o incapaz; mientras que en el segundo párrafo la acción realizada por el sujeto activo consiste en procurar establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico utilizando una identidad falsa o suplantando la identidad de un tercero con una persona menor de edad o incapaz.

En ese mismo sentido el artículo plantea una pena mayor cuando la acción sea procurar un encuentro personal en un lugar físico estableciendo comunicaciones o procurando establecer comunicaciones mediante el uso de una identidad falsa o suplantando la identidad de un tercero, de manera que en este último párrafo plantea una agravante al tipo penal.

Ahora bien, respecto al concepto establecer al que se refiere este artículo, debemos aclarar que este se refiere a ordenar o mandar lo que se debe hacer. Según la Real Academia de la Lengua Española este término se define como “Ordenar, mandar, decretar”¹³⁸ y a su vez esta define ordenar como “encaminar y dirigir algo a un fin”¹³⁹. De manera que la acción en este artículo hace referencia a dirigir comunicaciones de contenido sexual o erótico a una persona menor de quince años o incapaz.

Aunado a esto, debemos referirnos al concepto de comunicación anteriormente mencionado en el capítulo dos del presente trabajo investigativo, en el cual se define este concepto como “trato, correspondencia entre dos o más personas”¹⁴⁰ Siendo así

¹³⁸ Real Academia Española, Op. Cit., <<https://dle.rae.es/establecer?m=form>>

¹³⁹ Real Academia Española, Op. Cit., <<https://dle.rae.es/ordenar?m=form>>

¹⁴⁰ Ibídem, <<https://dle.rae.es/comunicación?m=form>>

que, resulta necesaria la existencia de una respuesta por parte del sujeto pasivo para que se genere la comunicación y por lo tanto se configure la acción.

En virtud de que en esta figura delictiva en sus párrafos segundo y tercero lo que se hace es procurar establecer comunicaciones o procurar un encuentro en un lugar físico, resulta de suma importancia mencionar que se trata de un delito de peligro en abstracto, pues tal y como lo señala la Sala Tercera:

“Cuando se afirma que un delito es de peligro lo que se quiere indicar es que para la configuración del tipo penal basta con que el bien jurídico se ponga en peligro, y en eso consiste el resultado lesivo, sin que sea necesario que dicho bien sea lesionado en forma efectiva a diferencia de los delitos de daño. Y cuando se indica que el delito es de peligro abstracto, para diferenciarlo de los de peligro concreto, lo que se quiere indicar es que en la causa específica no es necesario ofrecer una prueba directa y concreta para demostrar que la realización de la conducta efectivamente puso en riesgo el bien jurídico tutelado, porque en estos ilícitos el legislador ha realizado una valoración político-jurídica y ha establecido en forma anticipada que la realización de ese tipo de conductas en efecto pone en peligro el bien jurídico, sin necesidad de estarlo demostrando en cada uno de los procesos.”¹⁴¹

Es decir, esta figura en sus párrafos segundo y tercero corresponde a un delito de peligro en abstracto y por lo tanto, el delito se configura con el envío de las comunicaciones, sin ser necesario que se genere un resultado, pues basta con solo enviar las comunicaciones para que se ponga en peligro el bien jurídico y con ello se

¹⁴¹ **Sala Tercera De La Corte Suprema De Justicia.** Resolución N°097-F-93 de las catorce horas con veinticinco minutos del veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y tres. Recurso de Casación.

configure el delito, en el caso del párrafo segundo y cuando con dichas comunicaciones se procure un encuentro en un lugar físico en el caso del párrafo tercero sin exigirse que dicho encuentro se materialice.

Por su parte el párrafo primero corresponde a un delito de peligro en concreto ya que, el verbo rector es “establecer las comunicaciones”, por lo que se exige que se dé una respuesta o contacto por parte del sujeto pasivo con el sujeto activo para que se configure el delito. En este sentido, “(...) *en los delitos de peligro concreto es indispensable acreditar en cada asunto específico la afectación (peligro) al bien jurídico como sucede, por ejemplo, en algunas infracciones contra el ambiente, cuando debe acreditarse la puesta en peligro para las especies protegidas.*”¹⁴²

Por otro lado, el contenido sexual o erótico de dichas comunicaciones hace referencia a que esta correspondencia debe versar sobre “condiciones anatómicas y fisiológicas que caracterizan a cada sexo”¹⁴³ como, por ejemplo, el envío de fotografías, videos, textos, audios o imágenes de las partes íntimas, así como también la solicitud de fotografías, videos, audios, textos o imágenes de las partes íntimas de la persona menor de edad o incapaz, o cualquier otra comunicación que ponga en peligro la indemnidad sexual de la persona menor de edad o incapaz. Además de aquellas comunicaciones de contenido erótico entendido este como, “Perteneiente o relativo al amor o al placer sexuales.”¹⁴⁴ Lo cual incluiría cualquier imagen, texto, audio, video o fotografía que contenga tocamientos, desnudos, actos sexuales,

¹⁴² Sala Tercera De La Corte Suprema De Justicia, Op. Cit., Resolución N°097-F-93 de las catorce horas con veinticinco minutos del veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y tres.

¹⁴³ Real Academia Española, Op. Cit., <<https://dle.rae.es/sexualidad?m=form>>

¹⁴⁴ Real Academia Española, Op. Cit., <<https://dle.rae.es/erótico>>

espectáculos, textos o grabaciones que produzcan la pornografía, entendida esta como *“Presentación abierta y cruda del sexo que busca producir excitación.”*¹⁴⁵

Por lo tanto, aunque las posibilidades son muchas, no cualquier comunicación con una persona menor de edad o incapaz configuraría el tipo penal sino que estas deben poner en peligro la indemnidad sexual de la persona menor de edad o incapaz y deben abarcar el sexo, el erotismo, las identidades y roles de género, la orientación sexual, la reproducción, el placer y la intimidad, que se experimenta y se expresa en pensamientos, actitudes, fantasías, conductas, deseos, creencias, valores, prácticas, roles y relaciones.

Asimismo, el artículo 167 bis contempla la posibilidad de que el sujeto activo utilice la suplantación de identidad para lograr establecer estas comunicaciones, por lo que debemos entender que esta implica *“el uso de la información personal para hacerse pasar por otra persona con el fin de obtener un beneficio propio”*¹⁴⁶, siendo importante recalcar que la suplantación de identidad constituye un delito independiente de la figura de “grooming” y se encuentra regulado en el artículo 230 del Código Penal, el cual es castigado con una pena de 1 a 3 años. Verbigracia, en caso de que una persona procure establecer comunicaciones con una persona menor de edad o incapaz suplantando la identidad de un tercero, estaríamos ante un concurso aparente de normas entre el artículo 230 y el artículo 167 bis del Código Penal, en donde debería aplicarse el delito tipificado como seducción o encuentros con menores por medios electrónicos ya que, tal y como señala el artículo 23 del

¹⁴⁵ Real Academia Española, Op. Cit., <<https://dle.rae.es/pornograf%C3%ADa>>

¹⁴⁶ Red.es, “Capacitación en materia de seguridad TIC para padres, madres, tutores y educadores de menores de edad”, Ministerio de Industria, Energía y Turismo de España (No indica): 9 (Consultado el 08 de mayo de 2019) <<https://alumnosayudantes.files.wordpress.com/2018/03/unidades-didacticas-suplantacion-de-identidad-secundaria-red-es-0.pdf>>

mismo cuerpo normativo “*cuando una misma conducta esté descrita en varias disposiciones legales que se excluyan entre sí, sólo se aplicará una de ellas, así: la norma especial prevalece sobre la general, la que contiene íntegramente a otra se prefiere a ésta y aquella que la ley no haya subordinado expresa o tácitamente a otra, se aplica en vez de la accesoria.*”¹⁴⁷ Por lo que, el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos al contener más íntegramente la acción realizada deberá ser el tipo aplicado.

Sin embargo, en caso de que una persona establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona menor de quince años o incapaz sin hacer uso de una identidad falsa, podríamos pensar que estamos ante un concurso aparente de normas entre el artículo 167 y el artículo 167 bis, sin embargo, consideramos que por la forma en la que se encuentran redactados debería aplicarse el artículo 167 bis ya que no habría concurso con otra norma, no obstante, esta disyuntiva no ocurriría de existir una derogatoria expresa del párrafo segundo del artículo 167.

Y en caso de que una persona establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona mayor de quince años menor de dieciocho años no estaría infringiendo el artículo 167 bis, sino que podría infringir el artículo 167 correspondiente al delito de corrupción pues el párrafo segundo señala que “*(...) si el actor, utilizando las redes sociales o cualquier otro medio informático o telemático, u otro medio de comunicación, (...); utiliza a estas personas para promover la corrupción o las obliga a realizar actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, aunque la víctima*

¹⁴⁷ Código Penal, Op. Cit., Art. 23.

consienta participar en ellos o verlos ejecutar.¹⁴⁸ Aunque, de existir una derogatoria, ya sea tácita o expresa, del párrafo segundo del artículo 167, esta protección no existiría y en un caso similar al anterior en donde se establezcan comunicaciones de contenido sexual o erótico con personas mayores de quince años pero menores de dieciocho años sin mediar el uso de identidad falsa o la suplantación de identidad, no se estaría cometiendo delito alguno.

Así pues, resulta importante diferenciar el párrafo primero del párrafo segundo del artículo 167 bis, respecto al verbo rector de estos, ya que el primero refiere a establecer comunicaciones y el segundo hace referencia a procurar establecer comunicaciones. Por su parte el verbo establecer se define como “*fundar, instituir*”¹⁴⁹ por lo que en el supuesto del párrafo primero es necesario un contacto o respuesta por parte del sujeto pasivo menor de quince años o incapaz; mientras que, el verbo procurar se define como “*Hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa.*”¹⁵⁰ Por lo que en el párrafo segundo el sujeto que hace uso de una identidad falsa o una suplantación de la identidad de un tercero no requiere que se dé una respuesta por parte del sujeto pasivo que en este caso sería cualquier persona menor de edad o incapaz para que se configure el delito.

Finalmente, este artículo contempla una agravante cuando se procure un encuentro físico, contrario a otras legislaciones que no previeron esta posibilidad y a nuestro parecer dejaron el tipo penal abierto a interpretación por parte del ente juzgador. Siendo que también puede definirse procurar como “conseguir o adquirir

¹⁴⁸ Código Penal, Op. Cit., Art. 167.

¹⁴⁹ Real Academia Española, Op. Cit., <<https://dle.rae.es/establecer>>

¹⁵⁰ Ibídem, <<https://dle.rae.es/procurar>>

algo”¹⁵¹, de manera que el sujeto activo debe realizar la acción encaminado a obtener un encuentro en un espacio físico con la persona menor de edad o incapaz; aunque no resulta indispensable que se concrete el encuentro físico, siendo que lo único necesario para que el delito se configure es la realización de actos encaminados a un encuentro en un espacio físico con la persona menor de edad o incapaz.

Teniendo en cuenta lo anterior, si se lograra un encuentro físico con la persona menor de edad o incapaz, debería analizarse el caso concreto pues puede haber concurso aparente de normas con otros delitos como, por ejemplo, abuso sexual, violación, fabricación, producción o reproducción de pornografía, etc. Sería entonces el resultado final el encargado de definir cual delito debe primar según lo establecido por el artículo 23 del Código Penal. Verbigracia, en caso de que comunicaciones de contenido sexual o erótico continúen con un encuentro físico y finalmente se de alguno de los presupuestos contemplados en el artículo 173 del Código Penal. Siendo que, en dicho caso debería aplicarse el artículo 173 y no el 167 bis pues el primero abarca de manera más íntegra la conducta, y las comunicaciones de contenido sexual o erótico serían preparatorias del delito de fabricación, producción o reproducción de pornografía.

Asimismo, puede existir concurso aparente de normas del delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos con otras figuras delictivas. Por ejemplo, con el artículo 174 bis del Código Penal, si al realizar las comunicaciones de contenido sexual o erótico se incluyen imágenes pornográficas en las que se emplee una persona adulta que simule ser una persona menor de edad realizando actividades

¹⁵¹ Real Academia Española, Op. Cit., <<https://dle.rae.es/procurar>>

sexuales, las cuales configurarían el delito de pornografía virtual y pseudo pornografía.

Ahora bien, el Tribunal de Apelación de Sentencia Judicial del Segundo Circuito Judicial de San José señala respecto al delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos y el delito de difusión de pornografía que:

“El tipo objetivo del artículo 167 bis del Código Penal, párrafo primero, abarca como uno de los recursos para seducir a la persona menor de edad de quince años mediante un medio electrónico, mensajes de texto y fotografías de contenido sexual o erótico, lo que encuadra perfectamente con la acción desplegada por el justiciable, sin que discrimine la norma en que el tipo de imágenes constituya material pornográfico o no, perdiendo así importancia el reparo esgrimido por el impugnante en cuanto a que los juzgadores se alejaron de un concepto normativo de “pornografía” y que se dejaron llevar por el significado que le dio la víctima. Aunado a lo expuesto, esta cámara considera que, en el presente caso hay una unidad de acción pues el justiciable persiguió un único fin delictivo que generó una sola vulneración al bien jurídico tutelado, sea el normal desarrollo de la sexualidad de [Nombre 001] (que también es el del ilícito de difusión de pornografía), pero, específicamente, para procurar su seducción, y no precisamente para entregarle o exhibir material pornográfico. Si bien ambos tipos penales incorporan conductas similares, el fin ulterior específico de cada uno de ellos importa para su distinción y aplicación, teniendo efectos cruciales a nivel punitivo, desde que la pena es más grave

para el delito de difusión de pornografía que para el de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos.”¹⁵²

En ese mismo orden de ideas, el Tribunal Penal del I Circuito Judicial de San José, refiere:

“En todo caso hay que decir que aun cuando la conducta pudiera quedar comprendida también por el delito de corrupción del numeral 167 párrafo segundo del Código Penal, la misma se descarta al existir norma especial que incluye, como la seducción por medios electrónicos, la utilización de imágenes para ello y porque, en todo caso, el segundo es más favorable al tener un rango punitivo inferior y estar vigente en nuestra legislación desde el año dos mil trece y que tuvo como espíritu legislativo la protección de menores ante delitos sexuales por medios informáticos, siendo norma posterior y específica con respecto al delito de corrupción. Todo lo analizado supra está íntimamente relacionado con el dolo entendido como la tipicidad subjetiva en el actuar de [Nombre 001] para el caso concreto y que se procede a detallar.”¹⁵³

Igualmente, el Tribunal de Apelación Penal del II Circuito Judicial de San José, reitera la posición del Tribunal Penal del I Circuito Judicial de San José en cuanto señala la existencia de un concurso aparente de normas entre los delitos de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos y el delito de difusión

¹⁵² **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José.** Resolución N°01423-2020 de las 14 horas con 53 minutos del 02 de setiembre de dos mil 2020. Recurso de Apelación.

¹⁵³ **Tribunal Penal del I Circuito Judicial de San José.** Resolución N°312-2019 de las 14 horas y 30 minutos del 13 de marzo de 2019.

de pornografía los cuales se encuentran regulados en los artículos 167 bis y 174 del Código Penal respectivamente; la resolución señala al respecto:

“Como se observa, la finalidad del delito de difusión de pornografía es muy distinto al del tipo penal de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos, de modo que, a pesar de que aparentemente hay un concurso de delitos en la especie, realmente, se dio una sola una conducta punible, por cuanto el justiciable no utilizó la imagen de su pene erecto con el fin de entregar, comerciar, difundir, distribuir o exhibir material pornográfico a la agraviada, sino que su objetivo fue la de seducirla mediante o a través de un medio electrónico, el que utilizó para mostrarle una imagen de su miembro viril acompañada de mensajes de texto de contenido sexual, todo ello encaminado a tener relaciones sexuales con la menor [Nombre 002].”¹⁵⁴

d) Bien jurídico

Cuando hacemos referencia al bien jurídico, nos estamos refiriendo a todo bien o valor de la vida de las personas que es protegido por la ley, ya sea tangible o intangible; por su parte Cabanellas de Torres al referirse sobre el bien dispone que *“Dentro del campo estrictamente jurídico, aunque cabe hablar de un bien mueble, inmueble o incorporal, el tecnicismo prefiere emplear el plural (bienes) para referirse a cuánto puede constituir objeto de un patrimonio.(...) Esta expresión se utiliza para*

¹⁵⁴ **Tribunal de Apelación Penal del II Circuito Judicial de San José.** Resolución N°1005-2019 de las 14 horas y 45 minutos del 14 de junio de 2019. Recurso de Apelación.

*indicar aquellos intereses que, por vitales para la colectividad o pueblo, deben ser respetados por todos.*¹⁵⁵

Del mismo modo, Muñoz Conde, define el bien jurídico expresando que: *“es el valor que la ley quiere proteger de las conductas que puedan dañarlo. Este valor es una cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados intereses. La cualidad de bien jurídico es, por tanto, algo que crea la ley y no algo preexistente a ella misma.”*¹⁵⁶ De manera que, debe entenderse como bien jurídico aquellos bienes o valores que el legislador pretende proteger mediante la ley ya sean corpóreos o incorpóreos.

En este sentido, el autor supra citado señala que *“El concepto de bien jurídico se utiliza en derecho penal, además, como criterio de clasificación, aglutinando los distintos tipos delictivos en función del bien jurídico protegido en ellos (delitos contra la vida, contra el honor, contra el patrimonio, etc.). Según este criterio de clasificación se distingue entre bienes jurídicos individuales (vida, libertad, honor) y comunitarios también llamados colectivos o supraindividuales (salud pública, seguridad del Estado, orden público).”*¹⁵⁷ Con base en estos criterios el bien jurídico protegido en el delito contemplado en el artículo 167 bis del Código Penal costarricense podríamos encasillarlo como un bien jurídico personal o personalísimo, pues se afecta un derecho fundamental del ser humano, cual es el de su libertad o indemnidad sexual.

¹⁵⁵ Guillermo Cabanellas de Torres, Op. Cit., p. 48.

¹⁵⁶ Francisco Muñoz Conde, Op. Cit., p. 48.

¹⁵⁷ *Ibíd*em, p. 51.

Ahora bien, por indemnidad sexual, también conocida como intangibilidad sexual, podemos entender, tal y como señalamos en el capítulo I de la presente tesina:

“La intangibilidad sexual se fundamenta en la especial protección que la ley dispensa a individuos que, estando incapacitados para ejercer la libertad sexual, por encontrarse en determinadas circunstancias especiales se hallan más desamparados que el resto de la comunidad. Es decir, deben permanecer completamente al margen de experiencias sexuales. Es el bien jurídico protegido, como modalidad específica del valor libre autodeterminación de conducta sexual cuando la víctima o sujeto pasivo es un menor o incapaz.”¹⁵⁸

Por consiguiente, la indemnidad sexual o intangibilidad sexual se refiere a la protección especial que la ley otorga a la persona menor de edad o incapaz por su estado de vulnerabilidad, en razón de que dichos individuos no tienen la capacidad para decidir sobre su sexualidad ampliamente, tratando de esta forma de mantener a estos sujetos separados de las experiencias sexuales contrarias a su edad evolutiva y su normal desarrollo, siendo que estas experiencias sexuales sean adecuadas a la edad de estos y se proteja su libertad sexual futura, la cual alcanzarían al cumplir la mayoría de edad, y en el caso de las personas incapaces proteger su normal desarrollo.

En conclusión, el elemento objetivo del tipo penal se compone por el sujeto activo, el sujeto pasivo, la acción y el bien jurídico; en el caso concreto del delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos contenido en el artículo

¹⁵⁸ Norma Bouyssou, Op. Cit., p. 402.

167 bis del Código Penal costarricense, el sujeto activo responde a “quien”, es decir, este es un delito común ya que el sujeto no requiere características especiales; el sujeto pasivo por su parte varía dependiendo, si se establecen comunicaciones de contenido sexual o erótico sería una persona menor de quince años o incapaz, y si se procura establecer comunicaciones suplantando la identidad de un tercero o usando una identidad falsa, o si con estas dos acciones se procura a su vez un encuentro en un espacio físico sería una persona menor de edad o incapaz.

Aunado a esto, la acción en este tipo penal hace referencia a dos conductas, establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico con un menor de quince años o incapaz y procurar establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico haciendo uso de una identidad falsa o suplantando una identidad. Además de una agravante cuando con estas acciones se procure un encuentro personal en un lugar físico, de forma que procurar el encuentro depende de establecer en un primer momento comunicaciones de contenido sexual o erótico con un menor de quince años o incapaz o de procurar establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona menor de edad haciendo uso de una identidad falsa o suplantando la identidad de un tercero. Mientras que por su parte el bien jurídico tutelado se refiere a la indemnidad sexual de la persona menor de edad o incapaz.

3.2.2 Elemento subjetivo del tipo penal

El elemento subjetivo del tipo penal se refiere a aquellos elementos de carácter intencional que enmarcan al tipo penal, es decir, aquellos que reflejan la voluntad del sujeto; respecto a las dos vertientes del tipo penal Muñoz Conde señala:

“el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva (el llamado tipo objetivo) como una subjetiva (el llamado tipo subjetivo). En la primera se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan objetivamente el supuesto de hecho de la norma penal, o tipo penal (el sujeto activo, la conducta, las formas y medios de la acción, el resultado, la relación de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado a la conducta, el objeto material, etc.). En la segunda, el contenido de la voluntad que rige la acción (fin, selección de medios y efectos concomitantes).”¹⁵⁹

Con relación al elemento subjetivo, debemos tener en cuenta que *“Esta vertiente subjetiva es, a diferencia de la objetiva, mucho más difusa y difícil de probar, ya que refleja una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir, pero no observar.”*¹⁶⁰ Esta vertiente subjetiva contempla tanto el dolo como la culpa, de los cuales resulta indispensable analizar el dolo en el presente documento.

Ahora bien, el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos solo es posible mediante dolo en virtud de que la naturaleza de la figura

¹⁵⁹ Francisco Muñoz Conde, Op. Cit., p. 51.

¹⁶⁰ *Ibíd*em, p. 51.

delictiva solamente permite que el sujeto activo realice la acción con consciencia y voluntad, es decir, el sujeto activo está consciente de la acción que ejecuta y desea realizar la misma.

En conclusión, el elemento subjetivo del tipo delictivo analizado en esta investigación se compone solamente por el dolo siendo que *“Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible.”*¹⁶¹; toda vez que el artículo 34 del Código Penal establece, *“No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título. Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.”*¹⁶² Por lo que el delito en estudio solamente puede presentarse mediante el dolo dado que el tipo penal establecido no permite que la conducta sea realizada mediante culpa, sino que este exige la voluntad y consciencia por parte del sujeto activo.

¹⁶¹ Código Penal, Op. Cit., Art. 31.

¹⁶² Ibídem, Art. 34.

3.2.3 Fases del iter criminis

El iter criminis hace referencia al desarrollo del delito desde el momento en que se plantea la idea en la mente del sujeto hasta que el mismo se materializa en la esfera física. De esta forma Alejandro Figueroa manifiesta que *“El Iter Criminis es un tema general del derecho penal, que comprende el estudio de todo el proceso cronológico en la concreción del delito, desde su ideación hasta su consumación. Es transversal a la generalidad de crímenes y simples delitos que se cometan dentro del territorio nacional, excluyendo solamente las faltas.”*¹⁶³

Así mismo, este “camino al delito”, tiene dos fases: la fase interna que está compuesta por la ideación, deliberación y decisión; y la fase externa que está compuesta por los actos preparatorios, los actos de ejecución y de consumación. Siendo que la primera fase del iter criminis no es punible porque se encuentra en el fuero interno del individuo, solo puede penarse en algunos casos cuando la persona exterioriza esos pensamientos, en cuyo caso para algunos autores esto constituiría una fase intermedia.

En el caso concreto del delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos las posibilidades de que se dé el mismo son infinitas, dentro de estas podemos mencionar cuando el sujeto envía mensajes a la persona menor de edad o incapaz y no recibe respuesta por parte del sujeto pasivo, cuando el sujeto acuerda un sitio para un encuentro físico pero la otra persona no se presenta, incluso cuando el sujeto activo compra tiquetes de transporte público para dirigirse al lugar

¹⁶³ Alejandro Figueroa Herrera & Felipe Andrés Lozano Valderrama, “El Iter Criminis en el Derecho Penal Chileno”, (Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Finis Terrae, 2017): 14.

de encuentro acordado, pero ocurre un desperfecto en el vehículo y por consiguiente no logra llegar al sitio de encuentro establecido, sin embargo, el tipo penal quedaría configurado sin ser necesario que se dé un resultado en los párrafos segundo y tercero ya que estos corresponden a un delito de peligro en abstracto; no obstante, el párrafo primero del artículo 167 bis se podría dar bajo la modalidad de tentativa ya que este corresponde a un delito de peligro en concreto.

Por su parte, el párrafo tercero constituye una agravante del tipo penal pues se consuma el mismo al procurar un encuentro en un lugar físico, es decir, no es necesario que dicho encuentro se lleve a cabo sino solamente haber establecido comunicaciones o haber procurado establecer dichas comunicaciones con la víctima en donde se procure la realización de un encuentro.

Ahora bien, el párrafo primero del artículo 167 bis como mencionamos en líneas anteriores podría darse en modalidad de tentativa lo cual dependerá de cada acción en concreto, de forma que:

“Primera: la tentativa tiene que contextualizarse en un tipo determinado; si falta el tipo, no hay tentativa. Segundo: la tentativa depende de la modalidad de delito a que se encamina la conducta, lo que significa que el concepto de tentativa es relativo. En la práctica pueden darse las siguientes situaciones:

-determinadas acciones que son consumativas respecto a una figura concreta, pueden ser tentativa de otra;

-un hecho penal puede estar tipificado como infracción más leve y no llegar nunca a ser tentativa de un delito más grave;

-los hechos realizados pueden considerarse como delito, los cuales, sí progresaran, configurarían otro mayor, y, en caso de desistir voluntariamente de la prosecución, no dejaría de serle imputados al agente.”¹⁶⁴

Lo anteriormente mencionado resulta de gran relevancia para este tipo penal en concreto, pues podría pensarse que el delito de suplantación de identidad podría resultar tentativa del delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos y este a su vez podría resultar tentativa del delito de abuso sexual, del de violación e incluso de delitos vinculados con la pornografía, sin embargo, a nuestro criterio, estaríamos ante un concurso aparente de normas en donde el ente juzgador deberá determinar cuál figura delictiva aplicar según las circunstancias en las que se den los hechos.

En ese sentido el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José señala respecto a delitos de índole sexual, en la resolución 0667-2012 que:

“Debe indicarse que el tipo de concurso que puede existir entre figuras como los abusos sexuales, la corrupción agravada e, inclusive, la violación debe analizarse caso por caso, sin que todos ellos puedan tratarse de la misma manera por no ser el plan de autor ni las circunstancias en que se cometen idénticos. Es decir, lo aquí indicado no

¹⁶⁴ Centro de información jurídica en línea. “El iter criminis” (CIJUL en línea, 2021), (Consultado el 06 de marzo de 2021) <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwin7obCwaHvAhViuVkkHVuoDpkQFjABegQIBhAD&url=https%3A%2F%2Fcijulenlinea.ucr.ac.cr%2Fportal%2Fdescargar.php%3Fq%3DMzEw&usq=AOvVaw3veXv-rqGan45PsL9F0WpQ>>

*excluye que en otros casos pueda haber concurso ideal o material entre dichas figuras.*¹⁶⁵

Por otro lado, la consumación “*se da cuando se realiza el verbo rector del tipo penal. Ejemplo: matar, robar, violar, etc. Realizar el verbo rector implica lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido. Cuando no se ha culminado la acción descrita por el verbo rector estamos aún en la fase de tentativa. El delito se consuma cuando se han reunido todas las características de la acción típica, o sea, el hecho cumple todas las exigencias del tipo respectivo.*”¹⁶⁶

En el caso del delito en estudio, este se consuma en diferentes supuestos, según el párrafo primero del artículo 167 bis, se consuma el delito cuando el sujeto activo por cualquier medio establece comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona menor de quince años o incapaz, ya sea que incluya o no imágenes, videos, audios o textos.

Por su parte, según el párrafo segundo, este delito se consuma también, cuando el sujeto activo mediante suplantación de identidad o haciendo uso de una identidad falsa procura establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona menor de edad o incapaz ya sea que incluyan o no videos, imágenes, audios o textos.

Mientras que, el párrafo tercero, tal y como mencionamos con anterioridad, supone una agravante tanto para el párrafo primero como para el párrafo segundo en

¹⁶⁵ Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José, Op. Cit., Resolución N°0667-2012.

¹⁶⁶ Christian Salas Beteta, “El Íter Criminis y los sujetos activos del delito” Revista Internauta de Práctica Jurídica, N°19 (2007): No indica, (Consultado el 08 de marzo de 2021) <https://www.uv.es/ajv/art_icos/art_icos/num19/RIPJ_19/EX/19-11.pdf>

tanto el sujeto además procure un encuentro personal en un lugar físico con una persona menor de edad o incapaz.

Ahora bien, según nuestro criterio, el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos constituye un delito de peligro que ha sido formalizado como un delito, el cual nace como una forma de proteger el interés superior de la persona menor de edad o incapaz en la cual se da un adelantamiento del derecho penal en busca de una salvaguarda a los menores de edad o incapaces ante posibles delitos de abuso sexual, violaciones, etc.

En este sentido tal y como señala Humberto Mejía *“se trata de una excepción a la regla de inimputabilidad de los actos preparatorios. Se trata, pues, de verdaderos actos para preparar el delito, que fueron estructurados en crímenes.”*¹⁶⁷ De forma que, aunque no se consuma un delito de mayor reprochabilidad como podría ser el de violación, penado en Costa Rica en el artículo 156 del Código Penal con prisión de 10 a 16 años, sí se consumaría el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos, sancionado en el artículo 167 bis del mismo cuerpo normativo con prisión de 1 a 3 años o con prisión de 2 a 4 años en caso de procurarse un encuentro en un lugar físico.

En conclusión, el iter criminis o camino del delito se produce en dos etapas, una interna y otra externa, siendo que la etapa interna no acarrea consecuencias penales per se, pero debe tomarse en consideración para la determinación del dolo cuando se ejecuta la fase externa. Esta fase interna se produce en tres momentos, la ideación, la deliberación, y la decisión de delinquir; mientras que la fase externa, por

¹⁶⁷ Humberto Mejía A., “Análisis del Iter Criminis” Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana. N°40 (1966): 23, (Consultado el 06 de marzo de 2021) <<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5852>>

su parte, se produce en dos momentos, mediante actos preparatorios y mediante actos de ejecución. En el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos regulado en el artículo 167 bis del Código Penal costarricense podría darse la tentativa solamente en cuanto al párrafo primero y en caso de realizarse es importante tomar en consideración la fase interna para la determinación del dolo pues es un tipo penal que no permite la realización mediante culpa.

3.3 Acercamiento al delito de “grooming” en el ordenamiento costarricense

A continuación, realizaremos en la presente sección un acercamiento al delito conocido por su término en inglés “grooming” contemplado en el ordenamiento jurídico costarricense, para ello analizaremos el delito de corrupción contenido en el artículo 167 del Código Penal costarricense, concretamente el párrafo segundo de dicho artículo, asimismo, confrontaremos la figura de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos regulada en el artículo 167 bis, que analizamos en la sección anterior, con el delito de corrupción contenido en el artículo 167 y a su vez, ambas figuras con el delito de “grooming” establecido en la doctrina internacional.

Aunado a esto, examinaremos los posibles problemas sustantivos dados en la aplicación de esta figura delictiva a nivel nacional y finalmente realizaremos una propuesta de reformulación del tipo penal que permita una aplicación judicialmente viable y brinde claridad al ente juzgador.

3.3.1 Análisis del delito de corrupción contemplado en el artículo 167 párrafo segundo del Código Penal

A propósito del delito de “grooming” dentro de la esfera nacional, resulta de gran interés analizar el delito de corrupción contemplado en el artículo 167 del Código Penal costarricense, esto porque en dicha figura se pueden encontrar varias similitudes con el delito de “grooming” establecido en la doctrina internacional, lo que podría llevar a pensar que es este artículo el encargado de regular esta conducta doctrinaria dentro de la esfera costarricense.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos decir que en el delito de corrupción encontramos el elemento objetivo compuesto por el sujeto activo, el sujeto pasivo, la acción y el bien jurídico tutelado.

En el caso del sujeto activo este es un delito común puesto que no necesita un sujeto activo con características especiales y el mismo es designado por la palabra “quien”. Aunado a esto no se limita etariamente de forma que podría ser cualquier persona mayor de 18 años, tal y como se establece en el artículo 17 del Código Penal, aunque también podría ser una persona menor de 18 años y mayor de 12 años según lo establecido por el artículo 1 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, en virtud de la redacción que se da de este tipo penal.

Por otro lado, el sujeto pasivo en el delito de corrupción, tanto en el párrafo primero como en el párrafo segundo corresponde a una persona menor de edad o incapaz, dado que no se especifican edades en concreto de la persona menor de

edad debemos entender que contempla desde los 0 años hasta los 18 años, de edad y en el caso de la persona incapaz comprende cualquier edad.

Aunado a esto, la acción en el delito de corrupción en el párrafo primero del artículo 167 corresponde a mantener o promover la corrupción, así lo señala este artículo expresamente con la siguiente redacción: *“quien mantenga o promueva la corrupción de una persona menor de edad o incapaz, con fines eróticos, pornográficos u obscenos, en exhibiciones o espectáculos públicos o privados, aunque la persona menor de edad o incapaz lo consienta.”*¹⁶⁸ Mientras que por su parte el párrafo segundo señala que *“si el actor, utilizando las redes sociales o cualquier otro medio informático o telemático, otro medio de comunicación, busca encuentros de carácter sexual para sí, para otro o para grupos, con una persona menor de edad o incapaz; utiliza estas personas para promover la corrupción o las obliga a realizar actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, aunque la víctima consienta participar en ellos o verlos ejecutar.”*¹⁶⁹ De manera tal que, respecto a la similitud del delito de corrupción con el delito doctrinario de “grooming” es el párrafo segundo el que nos interesa analizar y la acción en este, hace referencia a buscar encuentros de carácter sexual con una persona menor de edad o incapaz, utilizar a estos para promover la corrupción, obligar a dichos individuos a realizar actos sexuales perversos, prematuros o excesivos. Siendo entonces que, en el delito de corrupción, específicamente en su párrafo segundo, los verbos rectores corresponden a buscar, obligar y utilizar.

¹⁶⁸ Código Penal, Op. Cit., Art. 167.

¹⁶⁹ *Ibidem*, Art. 167.

Ahora bien, respecto a la acción de buscar encuentros de carácter sexual para sí o para otros con una persona menor de edad o incapaz debemos entender que esta se refiere a *“hacer lo necesario para conseguir algo”*¹⁷⁰ en este caso encuentros de carácter sexual, siendo que encuentro se entiende como el *“acto de coincidir en un punto dos o más cosas, a veces chocando una contra otra.”*¹⁷¹ y el carácter sexual se refiere a que debe ser *“perteneiente o relativo al sexo”*¹⁷². Es decir, esta acción debe entenderse a nuestro parecer como, hacer lo necesario para coincidir sexualmente con una persona menor de 18 años, de edad o incapaz ya sea para sí, para otro o para grupos; y a nuestro criterio la redacción del tipo deja abierto a interpretación del juez si este encuentro debe darse en un espacio virtual o en un espacio físico, lo cual puede acarrear problemas para la aplicación de esta figura delictiva.

Por su parte, utilizar a personas menores de edad o incapaces para promover la corrupción, podría entenderse como *“aprovecharse de algo o de alguien”*¹⁷³ en este caso menores de edad o incapaces para *“impulsar el desarrollo o la realización de algo”*¹⁷⁴ la corrupción, siendo esta el *“Delito consistente en promover o favorecer la prostitución de menores o incapaces, su utilización en actividades pornográficas o su participación en actos sexuales que perjudiquen el desarrollo de su personalidad.”*¹⁷⁵ De forma que, podríamos entender esta acción como aprovecharse

¹⁷⁰ Real Academia Española, Op. Cit., <<https://dle.rae.es/buscar>>

¹⁷¹ Ibídem, <<https://dle.rae.es/encuentro?m=form>>

¹⁷² Ibídem, <<https://dle.rae.es/sexual?m=form>>

¹⁷³ Ibídem., <<https://dle.rae.es/utilizar?m=form>>

¹⁷⁴ Ibídem, <<https://dle.rae.es/promover?m=form>>

¹⁷⁵ Ibídem, <<https://dle.rae.es/corrupción?m=form>>

de menores de edad o incapaces para realizar o impulsar actos que alteran el sano desarrollo sexual de la persona menor de edad o incapaz.

Asimismo, la frase “*obliga a realizar actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, aunque la víctima consienta participar en ellos o verlos ejecutar*”¹⁷⁶ podemos entenderla como “*mover e impulsar a hacer o cumplir algo, compeler, ligar*”¹⁷⁷ en este caso pertenecientes al sexo, siendo además que perverso hace referencia a “*que corrompe las costumbre o el orden y estado habitual de las cosas.*”¹⁷⁸ y prematuro por su parte trata de “*que se da antes de tiempo*”¹⁷⁹ mientras que exceder se refiere a “*propasarse, ir más allá de lo lícito o razonable.*”¹⁸⁰

En este mismo orden de ideas, el Tribunal de Apelación de Sentencia del II Circuito Judicial de San José, define expresamente lo siguiente:

*“(...) **acto sexual perverso** es aquel que cualitativamente es depravado o corrupto, porque implica un ejercicio anormal de la sexualidad (homosexualismo, coitos anormales, con manifestaciones de sadismo o masoquismo, etc.). **Acto sexual prematuro** es aquel que ocurre antes de su debido tiempo, porque no está de acuerdo con el desarrollo sexual que es dable esperar según la edad, condiciones y entorno social y cultural de la víctima; no se sanciona aquí la naturaleza propia del comportamiento, sino el tiempo en que se produce (por ejemplo, la enseñanza de actos de onanismo a un niño de cinco años). **Acto sexual excesivo** es el que*

¹⁷⁶ Código Penal, Op. Cit., Art. 167.

¹⁷⁷ Real Academia Española, Op. Cit., <<https://dle.rae.es/perverso>>

¹⁷⁸ Ibídem, <<https://dle.rae.es/perverso>>

¹⁷⁹ Ibídem, <<https://dle.rae.es/prematuro?m=form>>

¹⁸⁰ Ibídem, <<https://dle.rae.es/exceder>>

*cuantitativamente implica una actividad de desmesurada o extraordinaria lujuria, que va más allá de los límites ordinarios de la vida sexual (por ejemplo, intervenir en orgías)."*¹⁸¹

De manera que podríamos entenderla como impulsar a cumplir actos pertenecientes al sexo que corrompen las costumbres o el orden habitual, que se dan antes de tiempo o que van más allá de lo razonable respecto al desarrollo sexual de la persona menor de edad o incapaz ya sea que la víctima este de acuerdo en participar de ellos o de verlos realizarse. Sin embargo, es importante mencionar que esta acción se encuentra enlazada con la referida en el párrafo anterior, es decir, de aprovecharse de menores de edad o incapaces para impulsar actos que alteran el sano desarrollo sexual de los mismos, pero no se encuentra unida a la primera acción, esto es, buscar encuentros de carácter sexual para sí o para otros con una persona menor de edad o incapaz, debido a la redacción del tipo, en donde se separa lo que consideramos una primera acción con “;” de lo que consideramos una segunda y una tercera acción.

Aunado a esto debemos recordar los medios comisivos necesarios para realizar esta primera acción, pues es claro el artículo 167 al señalar en su párrafo segundo que dichas acciones deben realizarse mediante el uso de redes sociales o cualquier otro medio informático o telemático, así como cualquier otro medio de comunicación, para lo cual podemos entender como redes sociales a *“un servicio que permite a los individuos construir un perfil público o semipúblico dentro de un sistema delimitado, articular una lista de otros usuarios con los que comparten una conexión, y ver y recorrer su lista de las conexiones y de las realizadas por otros dentro del*

¹⁸¹ Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José, Op. Cit., Resolución N°0667-2012.

*sistema*¹⁸² Informático, por su parte trata sobre el "Conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de computadoras"¹⁸³ y finalmente telemática versa sobre "un servicio de telecomunicaciones que permite transmitir datos informatizados a distancia a distintos destinos, también se puede decir que es una ciencia que estudia el conjunto de técnicas que son necesarias para poder transmitir datos dentro de un sistema informático o entre puntos de él situados en lugares remotos o usando redes de telecomunicaciones."¹⁸⁴

Por lo tanto, debemos tener claro que este delito se realiza mediante el uso de servicios que permiten a los sujetos construir perfiles públicos o semipúblicos y compartir datos o información con otros usuarios por medio del uso de computadores o dispositivos a distancia, a diferencia del delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos regulado en el artículo 167 bis, que por su redacción permite que las comunicaciones se den por medios electrónicos o no, aunque el título del mismo sí señale los medios electrónicos; esto significa que el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos es más amplio que el delito de corrupción pues permite la posibilidad de cometer los hechos delictivos en un espacio físico o uno virtual.

¹⁸² Juan José Flores Cueto, "Las Redes Sociales" Boletín Electrónico de la Unidad de Virtualización Académica de la Universidad San Martín de Porres. N°1 (2009): 3, (Consultado el 11 de marzo de 2021) <http://files.andresalvarez.webnode.es/200000092-d07c9d2704/redes_sociales.pdf>

¹⁸³ Real Academia Española, Op. Cit., <<https://dle.rae.es/informatico>>

¹⁸⁴ Leyanet González Abreu, "Propuesta de problemas para prácticas de laboratorio de la asignatura Servicios Telemáticos" Trabajo de diploma, Universidad Central" Marta Abreu de las Villas San Clara Cuba, No indica.

Por su parte la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia respecto a los medios utilizados en el delito de corrupción ha señalado:

"(...) se trata de enunciados estrechamente relacionados en cuanto a su sentido, razón por la cual se prefiere el punto y coma sobre el punto y seguido. Este es precisamente el uso que se hace de esta puntuación en el segundo párrafo del artículo 167 del Código Penal. Veamos: "La pena será de cuatro a diez años de prisión, si el actor, (sic) utilizando las redes sociales o cualquier otro medio informático o telemático, u otro medio de comunicación, busca encuentros de carácter sexual para sí, para otro o para grupos, con una persona menor de edad o incapaz; utiliza a estas personas para promover la corrupción o las obliga a realizar actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, aunque la víctima consienta participar en ellos o verlos ejecutar." Basta la lectura de este párrafo para determinar que la razón del punto y coma es justamente una estrecha vinculación entre ambos enunciados. Así, en el primer enunciado se establece una primera acción típica consistente en buscar encuentros de carácter sexual con menores de edad o incapaces, a través de medios tecnológicos específicos (redes sociales, medios informáticos, telemáticos u otro medio de comunicación). Y luego, inmediatamente después de este primer enunciado, separado por el punto y coma, el segundo enunciado inicia vinculando sus dos acciones típicas con los sujetos pasivos del primer enunciado, mediante el uso del pronombre demostrativo "estas personas". Es decir, "estas personas" del segundo enunciado, son las mismas del

primer enunciado, y por ello implica también el medio tecnológico particular por el que fueron contactadas.”¹⁸⁵

Respecto a lo anterior, el Tribunal de Apelación Penal del III Circuito Judicial de Alajuela, indica sobre los medios comisivos del delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos, regulado en el artículo 167 bis del Código Penal costarricense, que *“Si bien nos encontramos ante un delito que involucra en su comisión, la utilización de medios de comunicación (no necesariamente electrónicos), esto no significa que necesariamente este tipo de delitos deba comprobarse a través de dichos medios.”¹⁸⁶*

Asimismo, el bien jurídico tutelado en este delito a nuestro juicio corresponde igualmente a la indemnidad sexual, puesto que, en este es claro que se busca resguardar el sano desarrollo sexual de la persona menor de edad o incapaz.

También, respecto del elemento subjetivo en este tipo penal es importante mencionar que solo es posible mediante dolo, esto es, mediante consciencia y voluntad de parte del sujeto activo ya que por la naturaleza de la figura delictiva no es posible a nuestro criterio realizar la acción mediante culpa.

Finalmente, es valioso señalar que, en este delito, específicamente su párrafo segundo, hace mención a la búsqueda de encuentros de carácter sexual, mientras que por su parte el artículo 167 bis del código penal establece dos supuestos, siendo el primero establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico con personas menores de quince años o incapaces, y el segundo supuesto, procurar el

¹⁸⁵ **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Resolución N°0143-2015 de las 12 horas y 02 minutos del 06 de febrero de 2015. Recurso de Casación.

¹⁸⁶ **Tribunal de Apelación Penal del III Circuito Judicial de Alajuela.** Resolución N°00305-2020 de las 11 horas y 30 minutos del 21 de abril de 2020. Recurso de Apelación.

establecimiento de comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona menor de edad o incapaz haciendo uso de una identidad falsa o suplantando la identidad de un tercero.

La mayor semejanza entre ambos artículos radicaría en la agravante del artículo 167 bis contemplada en el párrafo tercero, la cual señala que, al establecer dichas comunicaciones de contenido sexual o erótico, o al procurar establecer dichas comunicaciones, se procure a su vez un encuentro personal en un lugar físico con una persona menor de edad o incapaz. Por su parte el verbo rector en el artículo 167 corresponde a buscar, el cual se define como “*Hacer algo para hallar a alguien o algo.*”¹⁸⁷ Es decir, hacer algo para hallar un encuentro sexual para sí, para otro o para grupos, mientras que, en la agravante del artículo 167 bis se exige que se establezcan comunicaciones de contenido sexual o erótico, o se procure establecer estas comunicaciones previo a procurar un encuentro en un lugar físico, lo cual diferenciaría ambas figuras delictivas ya que la acción difiere en ambos supuestos.

¹⁸⁷ Real Academia Española, Op. Cit., <<https://dle.rae.es/buscar>>

3.3.2 Problemas sustantivos en la aplicación de la figura delictiva de corrupción contemplada en el artículo 167 párrafo segundo del Código Penal y de la figura delictiva de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos contemplada en el artículo 167 bis del Código Penal

Antes de examinar algunos de los problemas sustantivos que pueden tener el delito de corrupción contenido en el artículo 167 del Código Penal y el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos contenido en el artículo 167 bis del mismo cuerpo normativo resulta de sumo valor realizar una comparación de ambas figuras, y como estas se equiparan con la definición doctrinaria de la figura de “grooming”, para ello, tomaremos en cuenta tanto el elemento objetivo como el subjetivo de estas tres figuras delictivas.

Para empezar, debemos recordar el contenido de estas tres figuras delictivas, por su parte el delito de corrupción contenido en el artículo 167, en lo que nos interesa señala en su párrafo segundo que “(...)la pena será de cuatro a diez años de prisión, si el actor, utilizando las redes sociales o cualquier otro medio informático o telemático, u otro medio de comunicación, busca encuentros de carácter sexual para sí, para otro o para grupos, con una persona menor de edad o incapaz (...)”¹⁸⁸. Por otro lado, el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos contenido en el artículo 167 bis expresa:

“Será reprimido con prisión de uno a tres años a quien, por cualquier medio, establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico, ya sea que

¹⁸⁸ Código Penal, Op. Cit., Art. 167.

incluyan o no imágenes, videos, textos o audios, con una persona menor de quince años o incapaz.

La misma pena se impondrá a quien suplantando la identidad de un tercero o mediante el uso de una identidad falsa, por cualquier medio, procure establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico, ya sea que se incluyan o no imágenes, vídeos, textos o audios, con una persona menor de edad o incapaz.

La pena será de dos a cuatro años, en las conductas descritas en los párrafos anteriores, cuando el actor procure un encuentro personal en algún lugar físico con una persona menor de edad o incapaz.”¹⁸⁹

Ahora bien, la figura doctrinaria conocida por su término en inglés “grooming” a la cual nos referimos en el capítulo primero de esta investigación, debemos definirla de modo general como “*el conjunto de acciones tendientes a conseguir, por parte de un acosador adulto, que un menor de edad, con quien pretende alcanzar una relación de confianza mediante los modernos medios de comunicación, se desnude, realice actos sexuales para su satisfacción, le envíe imágenes de lo anterior, o acceda a un encuentro directo donde mantener relaciones sexuales*”¹⁹⁰. Siendo que los presupuestos anteriores son compartidos por la mayoría de los doctrinarios al definir el delito de “grooming”.

Teniendo en claro lo anterior, estas tres figuras se asemejan respecto a sus conceptos puesto que en rasgos generales podemos apreciar que todas se refieren o tratan de regular cuando un sujeto mayor de edad intenta tener un contacto sexual

¹⁸⁹ Código Penal, Op.Cit., Art. 167 BIS.

¹⁹⁰ Norma Bouyssou, Op. Cit., p. 123.

o erótico con una persona menor de edad o incapaz, y por lo tanto el bien jurídico protegido resultaría ser el mismo, más sin embargo, dichas figuras difieren respecto de otros aspectos que consideramos importantes, como pueden ser la edad específica del sujeto pasivo y del sujeto activo, así, como también la acción o acciones que pueden abarcar como parte de esta protección que pretenden dar al sujeto pasivo, pues en algunas puede ser más amplia.

En primer lugar, debemos referirnos al sujeto activo de estas figuras delictivas; por su parte la figura doctrinaria conocida como “grooming” señala que este debe ser una persona mayor de edad, mientras que en los delitos de corrupción y de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos estos se ven afectados por la normativa interna de Costa Rica y en estos casos el sujeto activo puede ser contenido por una persona menor de edad pero mayor de 12 años según lo establece la Ley de Justicia Penal Juvenil. Es importante señalar que, a nuestro parecer, respecto a este elemento ambas figuras internas cumplen con lo señalado por la doctrina internacional respecto al “grooming”, incluso van más allá de la protección requerida por la figura doctrinaria e incluyen la posibilidad de que esta figura sea realizada por sujetos menores a los 18 años, mayores de 12 años de edad, sin embargo, este no podría ser un elemento de diferenciación para determinar si efectivamente alguno de estos tipos comprende el delito de “grooming”.

Seguidamente, en relación con el sujeto pasivo la figura de “grooming” refiere a que este corresponde a una persona menor de edad; sin embargo, en la esfera nacional en el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos este corresponde a una persona menor de quince años o incapaz en caso de darse solamente comunicaciones de contenido sexual o erótico y a una persona menor de edad o incapaz cuando se procuren establecer comunicaciones de contenido sexual

o erótico suplantando la identidad o usando una identidad falsa, o si al establecer o procurar establecer dichas comunicaciones se procure a su vez un encuentro personal en un lugar físico. Mientras que por su parte en el delito de corrupción el sujeto pasivo es una persona menor de edad o incapaz. Debemos señalar aquí que, a nuestro parecer la figura doctrinaria de “grooming” definida por Norma Bouyssou y otros autores si bien no señala expresamente dentro del sujeto pasivo a las personas incapaces, esta consideración queda abierta a las contemplaciones internas de cada país y en nuestro caso sí pensamos que resulta indispensable incluir a este grupo como parte de los sujetos protegidos en esta figura delictiva, al igual que ha sucedido con otros delitos en nuestro país, debido a su condición de vulnerabilidad, tal y como se encuentran actualmente incluidos en ambos tipos penales costarricenses.

Además, respecto de la acción en estas figuras, debemos señalar que la mayoría de autores doctrinariamente señalan respecto del “grooming” que esta corresponde a establecer comunicaciones de carácter sexual o acceder a un encuentro directo con la persona menor de edad y en el caso del delito de corrupción este tipo hace referencia a utilizar las redes sociales o cualquier otro medio informático o telemático para buscar un encuentro de carácter sexual con una persona menor de edad o incapaz para sí o para otros, dejando de lado a nuestro parecer el establecer comunicaciones de carácter sexual con la persona menor de edad, lo que juzgamos es parte primordial que exista en el delito de “grooming” y nos llevaría a descartar la acción contenida en el párrafo segundo del artículo 167 como la idónea para la regulación del delito de “grooming” en la esfera nacional.

Según nuestro criterio, habría una derogatoria tácita parcial del párrafo segundo del artículo 167 pues la agravante contenida en el artículo 167 bis abarca de una manera más íntegra la acción realizada ya que comprende la posibilidad de que

las comunicaciones de contenido sexual o erótico se establezcan o se procuren establecer tanto en un espacio físico como en uno virtual, mientras que por su parte el artículo 167 requiere que la búsqueda del encuentro sexual se de a través de los medios de comunicación, informáticos o telemáticos y en ese mismo sentido el artículo 167 bis requiere que se den comunicaciones previas, lo cual no exige el artículo 167. Por lo tanto, al generarse una contradicción entre ambas normas que imposibilita su aplicación, debería ser el artículo 167 bis, el aplicado, al ser norma posterior que regula de forma más íntegra la acción realizada; no obstante, consideramos que al no haber una resolución ulterior sobre el tema se podría posibilitar que en casos similares entren en concurso ambos artículos según los diferentes criterios de los entes juzgadores.

Aunado a esto podemos mencionar que el artículo 167 no señala o limita la búsqueda de encuentros de carácter sexual a encuentros en la esfera física o en la esfera virtual, lo que consideramos sí queda limitado en la redacción del artículo 167 bis párrafo tercero.

Respecto a los encuentros de carácter sexual la resolución N°144 señala:

“De la descripción aludida, se aprecia que a diferencia de los restantes eventos descritos en los hechos probados, referentes todos ellos a un delito de corrupción, donde se procuraron encuentros sexuales por medio de redes sociales y WhatsApp, y que dieron pie a la realización de actos de carácter sexual y erótico por parte de la ofendida, quien los registró en fotos y videos, para luego remitirlos al imputado ante la amenaza de la cual fue objeto, se tiene que, más allá de tales actos, y conforme a lo apuntado en los dos eventos aquí aludidos, el encartado insistió, al punto de

*convencer a la ofendida, de llevar a cabo un encuentro personal y en un lugar determinado, propiamente en el [...], lo anterior con la finalidad de procurar mantener relaciones sexuales con ella. Esta última situación, no está contemplada en el artículo 167 del Código Penal (corrupción), si bien, se comprende la posibilidad de "encuentros" en los términos del párrafo segundo, estos se llevan a cabo por redes sociales, soportes informáticos, telemáticos o cualquier otro medio de comunicación, sin embargo, cuando la conducta desplegada -conforme el caso sub examine- va más allá de afectar el normal desarrollo psicosexual de la menor, y se procura el "encuentro personal" en un sitio concreto, ya nos encontraríamos ante un supuesto que, además de resultar diferenciable en tiempo y espacio, también comprende elementos objetivos específicos que no se limitan a contactos a través de dispositivos o medios de comunicación."*¹⁹¹

Personalmente diferimos de la opinión expresada supra por el Tribunal de Apelación Penal del III Circuito Judicial de Alajuela, en virtud de que, a nuestro criterio el artículo 167 no manifiesta que dichos encuentros deban darse a través de medios informáticos o telemáticos, ni tampoco que deban darse en la esfera física, además, según nuestra posición las conductas a las que se refiere la sentencia señalada anteriormente corresponden a hechos contemplados por otros delitos, ya que dentro del tipo se reprimen las comunicaciones de contenido sexual o erótico ya sea que incluyan o no imágenes, vídeos, audios o textos, así como también un posterior encuentro personal y por lo tanto, consideramos que la figura constituida correspondería al delito de corrupción agravada contenido en el artículo 168 debido

¹⁹¹ **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del III Circuito Judicial de Alajuela.** Resolución N°144-2021 de las 15 horas del 08 de febrero de 2021. Recurso de Apelación.

a las amenazas con las que el sujeto activo logra que el sujeto pasivo le remita fotos y videos en concurso aparente con el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos regulada en el artículo 167 bis del Código Penal en cuanto a las comunicaciones de contenido sexual o erótico realizadas en un primer momento, las cuales fueron consentidas por la PME, y en concurso material con el delito de tentativa de violación que no llegó a consumarse debido a la detención del sujeto activo, no obstante, cada caso en concreto debe analizarse independiente ya que según las características de cada uno ellos se va a modificar la interpretación que el ente juzgador pueda dar respecto a los concursos que puedan existir, pues la redacción del artículo 167 bis puede acarrear distintos problemas interpretativos, como el evidenciado en la sentencia mencionada anteriormente.

Además, resulta valioso mencionar sobre los encuentros señalados en el artículo 167 y si estos deben realizarse en la esfera virtual o si también pueden serlo en la esfera física, el voto salvado por el magistrado Chinchilla Sandí en el voto 143-2015 pues evidencia las diferentes posturas interpretativas respecto a este tema:

“El voto de mayoría sostiene, que todos los supuestos previstos en el segundo párrafo del artículo 167 del Código Penal, se encuentran permeados por la modalidad a la que hace referencia la primera hipótesis de corrupción agravada. Es decir, que necesariamente rige para todas las conductas allí descritas, el uso de vías informáticas, telemáticas u otros medios de comunicación. Respetuosamente me aparto de tal lectura, y considero que la interpretación otorgada por el voto de mayoría no corresponde a la literalidad de la norma, sino que dichas modalidades particulares se refieren únicamente a la acción consistente en buscar

“...encuentros de carácter sexual para sí, para otro o para grupos, con una persona menor de edad o incapaz...”¹⁹²

Por su parte el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos señala como hechos constitutivos establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona menor de 15 años o incapaz, procurar establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico con personas menores de edad o incapaces haciendo uso de una identidad falsa o suplantando la identidad de otra persona y cuando posterior a estas acciones se procuren también encuentros personales en un lugar físico con la persona menor de edad o incapaz, conductas que creemos engloban mejor las señaladas en la figura doctrinaria de “grooming”.

En este sentido, la resolución N°01423-2020 dilucida un problema respecto a la aplicación del delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos en relación con el delito de difusión de pornografía cuando se utilizan imágenes de contenido sexual o erótico:

“Aunado a lo expuesto, esta cámara considera que, en el presente caso hay una unidad de acción pues el justiciable persiguió un único fin delictivo que generó una sola vulneración al bien jurídico tutelado, sea el normal desarrollo de la sexualidad de [Nombre 001] (que también es el del ilícito de difusión de pornografía), pero, específicamente, para procurar su seducción, y no precisamente para entregarle o exhibir material pornográfico. Si bien ambos tipos penales incorporan conductas similares, el fin ulterior específico de cada uno de ellos importa para su distinción y aplicación, teniendo efectos cruciales a nivel punitivo, desde que la pena

¹⁹² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Op. Cit., Resolución N°0143-2015.

*es más grave para el delito de difusión de pornografía que para el de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos.*¹⁹³

De manera tal que, en caso de utilizarse imágenes de contenido sexual o erótico en la comisión del delito, pueden configurarse diferentes delitos y para lograr una efectiva aplicación del derecho penal el juzgador debe analizar no solamente la conducta realizada por el sujeto activo, sino, también, la finalidad que persigue el mismo.

Por lo que se refiere al bien jurídico tutelado en las tres figuras se evidencia que lo que pretenden proteger como valor es la indemnidad sexual de las personas menores de edad o incapaces y con ello el adecuado desarrollo sexual de estos sujetos. Aunado a esto, es importante manifestar que estas figuras solamente pueden darse mediante dolo pues en ninguna es posible que el sujeto activo falte al deber de cuidado y con ello cause como resultado dañoso estas acciones.

Como conclusión, en el siguiente cuadro ilustramos lo señalado anteriormente respecto a la comparación de estas tres figuras delictivas:

	Figura doctrinaria de “grooming”	Delito de corrupción	Delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos
Regulación		Artículo 167 del Código Penal costarricense.	Artículo 167 bis del Código Penal costarricense.
Sujeto Activo	Una persona mayor de edad.	Una persona mayor de 12 años de edad.	Una persona mayor de 12 años de edad.

¹⁹³ Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José, Op. Cit., Resolución N°01423-2020.

Sujeto Pasivo	Una persona menor de edad.	Una persona menor de edad o incapaz.	Una persona menor de quince años o incapaz cuando se establezcan comunicaciones de contenido sexual o erótico. Una persona menor de edad o incapaz cuando se procuren estas comunicaciones suplantando la identidad o usando la identidad falsa. Una persona menor de edad o incapaz cuando se establezcan o se procuren establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico y con ello se procure un encuentro en un lugar físico.
Acción	Establecer comunicaciones de carácter sexual o acceder a un encuentro directo.	Buscar un encuentro de carácter sexual para sí o para otros utilizando redes sociales o cualquier medio informático o telemático.	Establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico. Procurar establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico por medio de suplantación de identidad o el uso de identidad falsa. Procurar un encuentro personal en un lugar físico estableciendo o procurando establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico.
Bien jurídico	Indemnidad sexual	Indemnidad sexual	Indemnidad sexual

Elemento subjetivo	Dolo	Dolo	Dolo
--------------------	------	------	------

Otro rasgo importante a considerar en los tipos establecidos en los artículos 167 párrafo segundo y 167 bis del Código Penal costarricense corresponde a la pena instaurada para estas acciones, siendo que en el delito de corrupción se establece en el párrafo segundo una condena de 4 a 10 años de prisión y en el caso del artículo 167 bis se establece un castigo de 1 a 3 años de prisión en el delito base y de 2 a 4 años en la modalidad agravada, entendiendo como modalidad agravada el procurar un encuentro personal en algún lugar físico. Estimamos que estas conductas tratan sobre un adelantamiento del derecho penal en donde algunos actos preparatorios de delitos más graves se formalizan como tipos penales independientes, con el fin de incrementar la protección requerida por parte de estos grupos vulnerables en virtud de la importancia otorgada por la sociedad al bien jurídico protegido en estas dos figuras delictivas, y en donde ambas figuras difieren en cuanto a las sanciones dispuestas, y a nuestro criterio resultaría más adecuada la pena establecida en el artículo 167 bis pues al regularse actos preparatorios la pena no debe ser excesiva, lo cual podría ocurrir en el caso del artículo 167, pues la pena señalada para el delito de corrupción en el caso de uso de medios electrónicos o informáticos sería de 4 a 10 años, mientras que se castiga con una pena de 3 a 8 años si se realiza el tipo de forma tradicional. Lo cual a nuestro juicio consideramos excesivo pues al tratarse de un delito de peligro en donde se castiga la peligrosidad a la indemnidad sexual de las personas menores de edad o incapaces en la que incurre el sujeto activo no tiene la misma reprochabilidad que puede tener la realización de otras conductas como pueden ser las contenidas en otros tipos penales, por ejemplo, relaciones sexuales

con personas menores de edad, abusos sexuales contra personas menores de edad o incapaces, etc.

Finalmente, cabe señalar que en estas figuras pueden darse los diferentes tipos de concursos, en virtud de la naturaleza de estas figuras, en este sentido, la resolución N°01423-2020 dilucida un problema respecto a la aplicación del delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos en relación con el delito de difusión de pornografía cuando se utilizan imágenes de contenido sexual o erótico:

“Este tribunal de alzada considera que la calificación legal de difusión de pornografía que se le dio a los hechos es errada, y que en la especie, el tipo penal aplicable es el previsto en el numeral 167 bis, denominado seducción o encuentros con menores por medios electrónicos. Nótese que el concurso aparente de normas regulado en el artículo 23 del Código Penal, establece que cuando una conducta está descrita en varias disposiciones penales que se excluyen entre sí, solo se aplicará una de ellas, de la siguiente manera: la norma especial prevalece sobre la general; la que contiene íntegramente a otra se prefiere a ésta y; aquella que la ley no haya subordinado expresa o tácitamente a otra, se aplica en vez de la accesoria.”¹⁹⁴

Entendido lo anterior, a nuestra opinión el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos puede encontrarse en concurso aparente con diferentes figuras delictivas, en razón de la naturaleza del mismo, sin embargo, consideramos que en relación con el párrafo segundo del delito de corrupción debería

¹⁹⁴ Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José, Op. Cit., Resolución N°01423-2020.

prevalecer el delito contenido en el artículo 167 bis pues en situaciones contempladas por ambas figuras, el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos engloba más íntegramente el delito en estudio.

En este mismo sentido, la sentencia N°01005-2019 manifiesta en cuanto al delito de corrupción y al delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos que:

“(..) hay que decir que aun cuando la conducta pudiera quedar comprendida también por el delito de corrupción del numeral 167 párrafo segundo del Código Penal, la misma se descarta al existir norma especial que incluye, como la seducción por medios electrónicos, la utilización de imágenes para ello y porque, en todo caso, el segundo es más favorable al tener un rango punitivo inferior y estar vigente en nuestra legislación desde el año dos mil trece y que tuvo como espíritu legislativo la protección de menores ante delitos sexuales por medios informáticos, siendo norma posterior y específica con respecto al delito de corrupción.”¹⁹⁵

Manifestando claramente esta sentencia que, en caso de concurso de ambas figuras delictivas del Código Penal de Costa Rica analizadas en este apartado, debe sobreponerse el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos puesto que es norma posterior y regula más íntegramente las conductas para las que fue creado el delito de “grooming”.

En conclusión, respecto a la comparación de la figura delictiva de corrupción y la figura delictiva de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos

¹⁹⁵ Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José, Op. Cit., Resolución N°01005-2019.

con la figura doctrinaria de “grooming”, nos decantamos porque el tipo que regula más íntegramente esta última figura corresponde al delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos, ello porque abarca las comunicaciones de contenido sexual o erótico y también los encuentros producto de estas comunicaciones, además, especifica que dichos encuentros deben llevarse en un espacio físico; en adición a ello estimamos la pena de este tipo delictivo como una pena más acorde a la correspondiente a un delito de peligro.

Pese a que ambas figuras pueden tener problemas sustantivos en su aplicación, el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos a nuestro criterio encuadra de una forma más exacta la figura doctrinaria de “grooming” aunque ello no significa que no merezca una reformulación en algunos aspectos.

3.3.3 Una propuesta de reformulación del tipo penal de “grooming” (sus alcances y limitaciones)

Tomando en consideración lo anteriormente mencionado a lo largo de esta investigación y entendiendo que la figura doctrinaria de “grooming” se encuentra tipificada en la esfera nacional en el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos contenido en el artículo 167 bis del Código Penal costarricense, resulta indispensable, luego de haber analizado los problemas sustantivos que puede acarrear esta figura, y considerando que no es necesario crear

un nuevo tipo penal, sino, que debe plantearse una reformulación a dicha figura delictiva, de forma que se permita una aplicación judicialmente viable.

En primer lugar, el artículo 167 del Código Penal relativo al delito de corrupción específicamente su párrafo segundo, tal y como vimos anteriormente, contempla lo regulado en el artículo 167 bis, pero a nuestro parecer de una manera menos detallada, además, de ser una norma anterior al artículo 167 bis por lo que debería encontrarse derogado parcialmente de forma expresa, aunque en la realidad esto no sucede y los entes juzgadores se encuentran en la encrucijada de determinar cuál de estos artículos debe aplicar al establecer una sanción.

En este sentido consideramos que la solución más oportuna debería ser la derogación expresa de una parte del párrafo segundo del artículo 167, volviéndose a la redacción anterior a la reforma que se introdujo con la ley N°9048, de manera que este artículo quede de la siguiente forma:

“Artículo 167.- Corrupción de menores o incapaces.

Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años, siempre que no constituya un delito más grave, quien promueva o mantenga la corrupción de una persona menor de edad o incapaz, ejecutando o haciendo ejecutar a otro u otros, actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, aunque la víctima consienta en participar en ellos o en verlos ejecutar.

La misma pena se impondrá a quien utilice a personas menores de edad o incapaces con fines eróticos, pornográficos u obscenos, sean efectuados

o no en exhibiciones o espectáculos, públicos o privados, de esa naturaleza, aunque las personas menores de edad lo consientan."¹⁹⁶

Aunado a esto, el artículo 167 bis requiere a nuestro criterio de una reformulación que haga judicialmente viable su aplicación, se debe tomar en consideración que estas conductas delictivas se realizan a través de medios electrónicos y si bien el título del tipo penal se refiere a este supuesto, lo cierto es que dentro del tipo penal no se incluye dicha consideración causando de esta manera que el ente juzgador deba deducir del título de este tipo el medio por el cual se debe cometer el injusto penal, lo que puede causar una confusión respecto a la aplicación del artículo 167 o el artículo 167 bis según el caso en concreto.

Por este motivo consideramos indispensable que dentro de la redacción del artículo 167 bis se incluya que dichas conductas deben realizarse a través de medios electrónicos, ya que según nuestra opinión la finalidad primordial de esta figura delictiva es proteger a la persona menor de edad frente a los peligros que se enfrenta en la esfera virtual.

Asimismo, en el caso de ambos tipos penales apreciamos esencial que se establezca de forma expresa el límite etario necesario para la configuración del sujeto activo, ya que con la redacción actual se posibilita que se constituya como sujeto activo una persona menor de edad, que podría o no tener el mismo desarrollo sexual del sujeto pasivo.

¹⁹⁶ Actas de la Asamblea Legislativa, Comisión Permanente Especial de Derechos Humanos, Op. Cit., <http://imagenes.asamblea.go.cr/EINTEGRATOR4/Index.aspx?app=1001&doctype=1008&query=1009¶m1=9135>

Teniendo en cuenta lo anterior, juzgamos que el artículo 167 bis debería redactarse de la siguiente manera, esto para dar mayor claridad tanto a los entes juzgadores como a los demás juristas:

“Artículo 167 bis. Seducción o encuentros con menores o incapaces por medios electrónicos.

Será reprimido con prisión de uno a tres años a quien, siendo mayor de edad, por cualquier medio electrónico o telemático, establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico, ya sea que incluyan o no imágenes, vídeos, textos o audios, con una persona menor de quince años o incapaz.

La misma pena se impondrá a quien suplantando la identidad de un tercero o mediante el uso de una identidad falsa, por cualquier medio electrónico o telemático, procure establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico, ya sea que se incluyan o no imágenes, vídeos, textos o audios, con una persona menor de edad o incapaz.

La misma pena se impondrá a quien siendo mayor de trece años, pero menor de dieciocho años realice las conductas descritas en los párrafos anteriores con una persona menor de trece años o incapaz.

La pena será de dos a cuatro años, en las conductas descritas en los dos párrafos anteriores, cuando el actor procure un encuentro personal en algún lugar físico con una persona menor de edad o incapaz.”¹⁹⁷

A nuestro criterio, con la redacción anterior el artículo 167 bis resultaría corregido sustancialmente y en conjunto con la derogatoria parcial del actual artículo 167 del Código Penal restituyéndose el mismo a la redacción anterior del tipo, agregándole algunas correcciones, resultaría en una reforma judicialmente viable respecto a la aplicación de estas figuras delictivas, puesto que sanearía algunos de los errores considerables que se presentan actualmente.

¹⁹⁷ Lo subrayado es redacción propia.

Conclusiones

De acuerdo a lo analizado anteriormente consideramos que, la reforma del artículo 167 del Código Penal y la posterior inclusión del artículo 167 bis realizadas por el legislador en los años 2012 y 2013 lejos de aumentar la protección de la indemnidad sexual de la persona menor de edad o incapaz complicaron la misma, pues el legislador no comprendió lo que realizaba y los alcances de ello y con estas reformas generó lo que consideramos es un problema grave en la aplicación de estas figuras pues la redacción de estas produce problemas interpretativos importantes que afectan la aplicación judicial de las mismas. La reforma al artículo es una verdadera calamidad, ya que, debió separar lo que era la corrupción del "grooming" y no como se realizó en el año 2012 cuando se introdujeron características del "grooming" en el delito de corrupción, específicamente, en su párrafo segundo.

Aunado a esto, entendemos como "grooming" todas las acciones realizadas por una persona mayor de edad buscando persuadir a una persona menor de edad o incapaz utilizando comunicaciones de contenido sexual por medios electrónicos, con el fin de lograr un encuentro con esta, encuentro que puede darse, tanto en la esfera electrónica como en un lugar físico.

Asimismo, en el delito de seducción y encuentros con menores por medios electrónicos el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual pues esta busca proteger al menor de edad o incapaz de aquellas ofensas que pretenden quebrar o abusar de la confianza adquirida con el menor o incapaz de modo que lo condicione a llevar a cabo determinadas conductas sexuales que, de lo contrario, no hubiera aceptado; violentando de esta forma el desarrollo normal de su sexualidad. Siendo

imposible que el bien jurídico protegido sea el honor debido a que los delitos contra el honor por normativa expresa, son contemplados como ilícitos de acción privada lo que implica penas no privativas de libertad; mientras que el delito de seducción o encuentros por medios electrónicos contemplado en el Código Penal contiene como única pena la privación de libertad; ni tampoco podría ser la libertad sexual debido a que esta comprende la capacidad de la persona de autodeterminarse sexualmente y como señalamos anteriormente tanto la persona menor de edad como la persona incapaz carecen de la capacidad necesaria para ejercer libremente su sexualidad debido a su intrínseca inmadurez física y mental en contraste con la de una persona adulta.

También, luego del análisis de la figura delictiva de “grooming” en 3 diferentes normativas internacionales, como lo son la argentina, la mexicana y la española, logramos dilucidar que, a pesar de las diferentes técnicas legislativas existentes en cada país, en el caso de la legislación argentina y la legislación española en donde se contemplan figuras delictivas específicas para el delito de “grooming” estas acarrear problemas similares en cuanto a su aplicación; contrario al caso mexicano donde a la fecha no existe un delito que englobe propiamente la figura de “grooming”, sino que se pueden percibir estas acciones como parte de otros delitos en donde se penaliza, según nuestra opinión, cuando los resultados son más gravosos.

Igualmente, Costa Rica cumple a grandes rasgos con los convenios internacionales suscritos respecto a esta materia y va más allá de las barreras protectoras establecidas por estos instrumentos internacionales puesto a que se da un adelantamiento del derecho penal al contemplar delitos de peligro que buscan proteger a las personas menores de edad e incapaces en razón de la vulnerabilidad

que engloba a estos sujetos, buscando de esta manera evitar resultados más dañosos respecto al bien jurídico protegido en los mismos.

Adicionado a esto, el elemento objetivo del delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos se compone por el sujeto activo el cual responde a “quien”, es decir, este es un delito común ya que el sujeto no requiere características especiales; el sujeto pasivo por su parte varía dependiendo, si se establecen comunicaciones de contenido sexual o erótico sería una persona menor de quince años o incapaz, y si se procura establecer comunicaciones suplantando la identidad de un tercero o usando una identidad falsa, o si con estas dos acciones se procura a su vez un encuentro en un espacio físico sería una persona menor de edad o incapaz.

Por su parte, la acción en este tipo penal hace referencia a dos conductas, establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico con un menor de quince años o incapaz y procurar establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico haciendo uso de una identidad falsa o suplantando una identidad. Además de una agravante cuando con estas acciones se procure un encuentro personal en un lugar físico, de forma que procurar el encuentro depende de establecer en un primer momento comunicaciones de contenido sexual o erótico con un menor de quince años o incapaz o de procurar establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona menor de edad haciendo uso de una identidad falsa o suplantando la identidad de un tercero. Y este tipo penal solamente permite ser realizado mediante dolo.

En el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos regulado en el artículo 167 bis del Código Penal costarricense podría darse la

tentativa solamente en cuanto al párrafo primero ya que este corresponde a un delito de peligro en concreto, mientras que, por su parte, los párrafos segundo y tercero corresponden a un delito de peligro en abstracto, por lo tanto, no podría darse la tentativa en estos.

Otro punto es que, habría una derogatoria tácita parcial del párrafo segundo del artículo 167 pues la agravante contenida en el artículo 167 bis abarca de una manera más íntegra la acción realizada ya que comprende la posibilidad de que las comunicaciones de contenido sexual o erótico se establezcan o se procuren establecer tanto en un espacio físico como en uno virtual, aunque en el título se mencione que la figura se realiza por medios electrónicos el texto del artículo no lo contempla así, mientras que por su parte el artículo 167 requiere que la búsqueda del encuentro sexual se de a través de los medios de comunicación, informáticos o telemáticos y en ese mismo sentido el artículo 167 bis requiere que se den comunicaciones previas, lo cual no exige el artículo 167. Esto significa que el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos es más amplio que el delito de corrupción pues permite la posibilidad de cometer los hechos delictivos en un espacio físico o uno virtual.

Aunado a esto, el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos puede encontrarse en concurso aparente con diferentes figuras delictivas, en razón de la naturaleza del mismo, sin embargo, consideramos que en relación con el párrafo segundo del delito de corrupción debería prevalecer el delito contenido en el artículo 167 bis pues en situaciones contempladas por ambas figuras, el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos engloba más íntegramente el delito en estudio.

Finalmente, entendiendo que la figura doctrinaria de “grooming” se encuentra tipificada en la esfera nacional en el delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos contenido en el artículo 167 bis del Código Penal costarricense, resulta indispensable, luego de haber analizado los problemas sustantivos que puede acarrear esta figura, se considera que no es necesario crear un nuevo tipo penal sino que debe plantearse una reformulación al artículo 167 bis y al artículo 167 del CP, de forma que se permita una aplicación judicialmente viable.

En virtud de lo expresado anteriormente, en esta investigación se ha propuesto una reforma legislativa con la cual estimamos que se superarían los errores interpretativos que se presentan actualmente, la cual en lo que interesa, señala:

“Artículo 167.- Corrupción de menores o incapaces.

Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años, siempre que no constituya un delito más grave, quien promueva o mantenga la corrupción de una persona menor de edad o incapaz, ejecutando o haciendo ejecutar a otro u otros, actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, aunque la víctima consienta en participar en ellos o en verlos ejecutar.

La misma pena se impondrá a quien utilice a personas menores de edad o incapaces con fines eróticos, pornográficos u obscenos, sean efectuados o no en exhibiciones o espectáculos, públicos o privados, de esa naturaleza, aunque las personas menores de edad lo consientan.”¹⁹⁸

¹⁹⁸ Actas de la Asamblea Legislativa, Comisión Permanente Especial de Derechos Humanos, Op. Cit., <<http://imagenes.asamblea.go.cr/EINTEGRATOR4/document.aspx?query=1009&doc=1019413>>

“Artículo 167 bis. Seducción o encuentros con menores o incapaces por medios electrónicos.

Será reprimido con prisión de uno a tres años a quien, siendo mayor de edad, por cualquier medio electrónico o telemático, establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico, ya sea que incluyan o no imágenes, vídeos, textos o audios, con una persona menor de quince años o incapaz.

La misma pena se impondrá a quien suplantando la identidad de un tercero o mediante el uso de una identidad falsa, por cualquier medio electrónico o telemático, procure establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico, ya sea que se incluyan o no imágenes, vídeos, textos o audios, con una persona menor de edad o incapaz.

La misma pena se impondrá a quien siendo mayor de trece años, pero menor de dieciocho años realice las conductas descritas en los párrafos anteriores con una persona menor de trece años o incapaz.

Bibliografía

Constituciones

Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, San José, Investigaciones Jurídicas, 2013.

Leyes

Código Penal Español. Ley Orgánica N°10/1995 de 23 de noviembre de 1995, España, No indica, No indica. <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&b=266&tn=1&p=20100623#a183bis>>

Código Penal. Ley N°4573 de 4 de mayo de 1970, San José, Investigaciones Jurídicas, 2013.

Ley de Justicia Penal Juvenil. Ley N°7576 de 8 marzo de 1996, San José, Investigaciones Jurídicas, 2013.

O.E.A. **Convención Americana Sobre Derechos Humanos.** Aprobado por Ley No. 4534 del 23 de febrero de 1970.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía. Ley N°8172 de 11 de febrero de 2002, San José, Investigaciones Jurídicas, 2013.

Libros

Boumpadre, Jorge Eduardo. "Violencia de género en la era digital". Buenos Aires: ed. Astrea, 2016.

Jordi Alberich, Antoni Roig, Manuel Campo. "Comunicación audiovisual, digital, nuevos medios, nuevos usos y nuevas formas." España: Editorial UOC, 2005.

Sampieri, Roberto Hernández. "Metodología de la investigación". México: McGraw-Hill/Interamericana Editores, 2014.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Estructura básica del Derecho penal". Argentina: Ed. Ediar, 2009.

Tesis

Bouyssou, Norma. "Los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil." Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2015.

Fernández Mata, Wendy. "Análisis del manejo dado por el ordenamiento jurídico costarricense a los delitos contra el honor cometidos por medio de redes sociales." Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2013.

Fernández Rebordinos, Iván. "La influencia de las nuevas tecnologías en la esfera penal: especial atención al delito de Online Child Grooming". Tesis de grado en Derecho, Universidad de León, 2016.

Fernández Sousa, Lucía. "El delito de Online Child Grooming." Tesis de Licenciatura en abogacía, Universidad de Oviedo España, 2016.

Figuerola Herrera, Alejandro & Lozano Valderrama, Felipe Andrés. "El Iter Criminis en el Derecho Penal Chileno". Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Finis Terrae, 2017.

González Abreu, Leyanet "Propuesta de problemas para prácticas de laboratorio de la asignatura Servicios Telemáticos". Trabajo de diploma, Universidad Central" Marta Abreu" de las Villas San Clara Cuba, No indica.

Martínez Amorós, Marta. "Delitos contra menores en internet." Tesis de Grado, Universitat Jaume I, 2016.

Rita Lapuente, Norma Elena. "Características Psicosociales de las personas involucradas en delitos contra la integridad sexual." Tesis de maestría en psiquiatría forense, Universidad Nacional de la Plata, 2012.

Sierra Contreras, Ismael Salvador. "Análisis crítico del tipo penal de abusos sexuales y de la figura del child grooming a partir de una interpretación jurisprudencial del artículo 366 quarter del código penal." Tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2011.

Silva, María Elena. "El child grooming como delito informático en la realidad y legislación ecuatorianas." Tesis de Licenciatura en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2014.

Tiffer Hangen, Paola. "Análisis de la figura del ciberacoso entre personas menores de edad, contenido en el proyecto de ley N. 18230, con el fin de realizar una propuesta al delito en Costa Rica, dentro de la óptica del derecho penal juvenil y la justicia restaurativa." Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2017.

Artículos de Revista

García, Julio Cesar & Colmenares, Luis Enrique. "Pornografía y explotación sexual infantil, efectos sociales y la tecnología". *Visión Criminológica-Criminalística*, no. 11. (2015).

González Tascón, María Marta. "El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC". *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXI. (2011): 207-258.

Górriz, Elena. "On-line child grooming en Derecho Penal español. El delito de preparación on-line de menores con fines sexuales, art. 183 ter. 1° CP (conforme a la LO 1/2015, 30 de marzo)". *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, no. 3. (2016).

Núñez Fernández, José. "Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código Penal de 2012 y 2013". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXV. (2012): 179 –224.

Scheechler Corona, Christian. "El child grooming en la legislación chilena: sobre los cambios al artículo 366 quáter del Código Penal introducidos por la Ley N°20.526". *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 3, no. 1. (2012): 55-78.

Villacampa Estiarte, Carolina. "Propuesta sexual telemática a menores u Online Child Grooming: configuración del presente delito y perspectivas de modificación". *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV. (2014): 639-712.

Fuentes electrónicas

Arocena, Gustavo A. “La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal Argentino. Introducción a la Ley Nacional N°26.388.” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 45, N°135 (2011).
 <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332012000300002>

Asociación Americana de Psiquiatría. “Manual Diagnostico-Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-IV)” (1952)
<http://www.mdp.edu.ar/psicologia/psico/cendoc/archivos/Dsm-IV.Castellano.1995.pdf>

Baita, Sandra & Moreno, Paula. “Abuso sexual infantil. Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia.” UNICEF (2015). <https://www.unicef.org/uruguay/spanish/Abuso_sexual_infantil_digital.pdf>

Centro de información jurídica en línea. “Delitos que afectan la libertad sexual de la persona incapaz.” *CIJUL en línea* (2013).
 <<https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MzYwNQ==>>

Centro de información jurídica en línea. “El iter criminis”. *CIJUL en línea*, 2021.
 <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUK Ewjn7obCwaHvAhViuVkkHVuoDpkQFjABegQIBhAD&url=https%3A%2F%2Fcijulenlinea.ucr.ac.cr%2Fportal%2Fdescargar.php%3Fq%3DMzEw&usq=AOvVaw3veXv-rqGan45PsL9F0WpQ>>

Chacón Mata, Alfonso. “El concepto de Dignidad Humana como fundamento axiológico y ético de los derechos humanos.” *Revista Latinoamericana de Derechos*

Humanos Volumen 26 (2015).

<<http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/7062/7274>>

Consejo de Europa. Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual. Del 25 de octubre de 2007. (Consultado el 09 de setiembre de 2020) <<https://www.humanium.org/es/convenio-del-consejo-de-europa-para-la-proteccion-de-los-ninos-contr-la-explotacion-y-el-abuso-sexual/>>

Corona, Pablo. “¿Qué es ciberbullying?”. Asociación de Internet México (2016).” <<https://www.gob.mx/ciberbullying/articulos/que-es-el-ciberbullying>>

Cumbre Judicial Iberoamericana. “Compendio Normativo sobre Ciberdelincuencia.”

Cumbre Iberoamericana XIX Edición. (2018).

<<http://www.cumbrejudicial.org/asamblea-plenaria/documentacion-posterior-asamblea-plenaria-edicion-xix/download/1003/673/15>>

Díaz Cortés, Lina Mariola. “El denominado “Child grooming” del artículo 183 BIS del código penal: una aproximación a su estudio.” Boletín del Ministerio de Justicia del Gobierno de España (2012).

<<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3915271.pdf>>

Espinoza Cortez, Barbara. “El child grooming: Acoso sexual de niños a través de internet, en la legislación chilena.” Universidad Andrés Bello (2013).

<http://repositorio.unab.cl/xmlui/bitstream/handle/ria/1268/Espinoza_B_El%20Child%20Grooming_2013.pdf?sequence=1>

Flores Cueto, Juan José. “Las Redes Sociales”. Boletín Electrónico de la Unidad de Virtualización Académica de la Universidad San Martín de Porres. N°1, 2009.

<http://files.andresalvarez.webnode.es/200000092-d07c9d2704/redes_sociales.pdf>

González Castro, José Arnoldo. "Teoría del Delito". 1ª Edición, Poder Judicial, 2008.
<<https://www.corteidh.or.cr/tablas/27646.pdf>>

Grillo, Milena & Esquivel, Walter. "Adolescencia y TIC en Costa Rica: Nuevas oportunidades, nuevos desafíos. Revista de ciberseguridad." Programa Sociedad de la Información y el Conocimiento (PROSIC). Universidad de Costa Rica (2010)."
<http://www.prosic.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/ciberseguridad_2010.pdf>

Internacional Centre for missing & exploited children. "Grooming por internet de niños, niñas, y adolescentes con fines sexuales: Modelo de legislación y revisión global". ICMEC (2017). <https://www.icmec.org/wp-content/uploads/2017/09/Grooming-Por-Internet-de-Ninos_FINAL_9-18-17_ES_FINAL.pdf>

Josué, Alvarado. "Se dispara cifra de denuncias por seducir a menores en línea." Crhoy, 15 de noviembre de 2018. <<https://www.crhoy.com/tecnologia/se-dispara-cifra-de-denuncias-por-seducir-a-menores-en-linea/>>

Luis Antonio Lucio López & Juan Carlos Sánchez Sosa "Citas a ciegas y otras conductas de riesgo en Internet: El Grooming en Estudiantes de Nivel Medio superior en México", XI Congreso Nacional de Investigación Educativa (No indica): 2-3 (Consultado el 02 de Setiembre de 2020) <http://www.comie.org.mx/congreso/memoriaelectronica/v11/docs/area_17/2254.pdf>

Martínez Moya, Laura Rebeca. "El abuso sexual infantil en México: limitaciones de la intervención estatal." Universidad Nacional Autónoma de México (2016). <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4240/3.pdf>>

Martínez, María Ana & otros. "Abuso sexual, explotación sexual comercial y grooming contra niños, niñas y adolescentes." Consejo provincial de niñez y adolescencia de Buenos Aires (2015). <<http://www.grupopharos.org/wp-content/uploads/2016/11/abuso-sexual-explotacion-sexual-y-grooming.pdf>>

Martorell, Remis & Alonso, Sergio. "Prevención de la Violencia Sexual por Medios Cibernéticos." Revista de la Fundación Justicia y Género (2018). <<http://fundacionjyg.org/wp-content/uploads/2018/08/Delitos-Ciberneticos-.pdf>>

Mejía A., Humberto. "Análisis del Iter Criminis". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana. N° 40, 1966. <<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5852>>

Ministerio de Salud Pública. "Declaración Universal de los derechos sexuales," XIII Congreso Mundial de Sexología (no indica) <https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/sexualidad/decladerecsexu.pdf>

Norma Edith Martínez Guzmán, "Decreto que adiciona los artículos 260 Bis y 260 Ter del Código Penal Federal" (México): No indica, (Consultado el 09 de Setiembre de 2020) <http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2016/09/asun_3410046_20160914_1473868200.pdf>

Ossorio, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales." 1° Edición Electrónica. Datascan S.A. (No indica). <<http://www.herrerapenalozca.com/images/biblioteca/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicasy-Sociales---Manuel-Ossorio.pdf>>

Oxford University, Oxford Learner's Dictionaries (no indica), (Consultado el 13 de mayo de 2020)

<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/groom_1?q=groom>

PANIAMOR. "Expresiones de violencia interpersonal y social en el ciberespacio desde la vivencia adolescente: Estado del arte de la investigación." (No indica).

<http://pep.ieepo.oaxaca.gob.mx/recursos/multimedia/DMAI_Clicseguro/archivos/Informe_Costa_Rica.pdf>

PANIAMOR. "Marco Referencial", Red Natic. (2011).

<<http://www.iin.oea.org/boletines/boletin10/esp/pdf/Marco.pdf>>

Programa sociedad de la información y el conocimiento (PROSIC). "Hacia la sociedad de la información y el conocimiento en Costa Rica: Informe 2018." Universidad de Costa Rica (2018). <<http://www.prosic.ucr.ac.cr/informe-hacia-la-sociedad-de-la-informacion-y-el-conocimiento-2018>>

Real Academia Española. "Diccionario de la Lengua Española." Real Academia Española (No indica). <<http://dle.rae.es/srv/fetch?id=XTrgHXd>>

Red.es. "Capacitación en materia de seguridad TIC para padres, madres, tutores y educadores de menores de edad." Ministerio de Industria, Energía y Turismo de España (No indica)

<https://alumnosayudantes.files.wordpress.com/2018/03/unidades-didacticas-suplantacion-de-identidad_secundaria_red-es_0.pdf>

Riquert, Marcelo A. "Ciberacoso sexual infantil ("cibergrooming")". *Código Penal Comentado* (no indica).

<http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20141108_02.pdf>

Roibón, María Milagros. “El delito de grooming en la legislación argentina”. Revista Científica Virtual de la Red de Capacitación del Ministerio Público Iberoamericano (2017). <http://escueladefiscales.mp.gob.ve/userfiles/file/revistavirtual/Recampi_revista_virtual_5.pdf>

Sagastume Gemmell, Marco Antonio. “¿Qué son los derechos Humanos? Evolución histórica.” Organización de Naciones Unidas (No indica). <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/15872r.pdf>>

Salas Beteta, Christian. “El Íter Criminis y los sujetos activos del delito”. Revista Internauta de Práctica Jurídica. N° 19, 2007: No indica. <https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-11.pdf>

Salas Zamora, Gabriela. “Formas de protección jurídica del derecho a la imagen y a la dignidad de las personas menores de edad en internet y redes sociales.” Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia no.10 (2013). <http://www.poderjudicial.go.cr/salasegunda/images/documentos/revistas/revista10/05proteccion_menores_redes.pdf>

Spitzberg, Brian H; Gregory Hoobler. “Cyberstalking and the technologies of interpersonal terrorism.” New Media & Society. (2002). <https://pdfs.semanticscholar.org/a641/b82ab3dc9610341fce4e3187f982b1d40e2a.pdf?_ga=2.162115966.357520318.1578621466-213788871.1578621466>

UNICEF LACRO & ICMEC. “Abuso y Explotación Sexual Infantil en Línea: Orientaciones para la adecuación de la Legislación Nacional en Latinoamérica.”

UNICEF (2016). <https://www.icmec.org/wp-content/uploads/2016/11/ICMEC_UNICEF_ES.pdf>

Universidad de Alicante. "Identidad digital." Biblioteca Universitaria (No indica). <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/79589/2/ci2_basico_2017-18_La_identidad_digital.pdf>

VI Jornadas de Sociología. "Métodos comparativos en Ciencias Sociales: algunas reflexiones en relación a sus ventajas y limitaciones". Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires (no indica). <<http://cdsa.aacademica.org/000-045/665.pdf>>

Viaña de Avendaño, Graciela. "Simposio Argentino de Informática y Derecho: La importancia de la incorporación de la figura delictiva denominada Grooming." Universidad Nacional de Santiago del Estero (2016). <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/01/doctrina44759.pdf>>

Wolbert Burgess, Ann & Hartman, Carol R. "On the origin of grooming". *Journal of Interpersonal Violence*. Vol. 33 (2018) <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0886260517742048>.

Diccionarios

Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. 19° ed. Editorial Heliasta S.R.L., 2008.

Diccionario Jurídico Espasa. Madrid: Editorial Espasa Calpe, S.A., 1999.

Convenios Internacionales

Consejo de Europa. Convenio sobre la Ciberdelincuencia Budapest 2001. Aprobado por Ley No. 9452 del 26 de mayo de 2017. La Gaceta No. 156 del 18 de agosto de 2017.

OEA. Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal. Aprobado por Ley No. 9006 del 31 de octubre de 2011. La Gaceta No. 224 del 22 de noviembre de 2011.

ONU. Convención sobre los Derechos del Niño. Aprobado por Ley No. 7184 del 18 de julio de 1990. La Gaceta No. 149 del 09 de agosto de 1990.

ONU. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía. Aprobado por Ley No. 8172 del 07 de diciembre de 2001. La Gaceta No. 29 del 11 de febrero de 2002.

Sentencias

Audiencia Provincial de Madrid Sección 1. Sentencia N°80/2017 DE 27 DE MARZO DE 2017. Recurso de apelación. España.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo criminal y correccional Sala 7. Expediente 1060/15 de 1 de setiembre de 2015. "FARAONI José María S/ CORRUPCION MEDIANTE GROOMING". Argentina.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo criminal y correccional Sala 6. Expediente 12758/2016/CA1 de 6 de noviembre de 2017. No indica. Argentina.

Juzgado de Menores Sección 1 de Ourense. Recurso N°171/2012 de 13 de mayo de 2013. Procedimiento abreviado/sumario. España.

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N°3 de Tudela. Recurso N°260/2016 de 23 de marzo de 2016. Procedimiento de diligencias urgentes. España.

Sala Tercera De La Corte Suprema De Justicia. Resolución N°097-F-93 de las catorce horas con veinticinco minutos del veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y tres. Recurso de Casación. Costa Rica.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N°0143-2015 de las 12 horas y 02 minutos del 06 de febrero de 2015. Recurso de Casación. Costa Rica.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José. Resolución N°0667-2012 de las 11 horas y 10 minutos del 12 de abril de 2012. Recurso de Casación. Costa Rica.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José. Resolución N°01423-2020 de las 14 horas con 53 minutos del 02 de setiembre de dos mil 2020. Recurso de Apelación. Costa Rica.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del III Circuito Judicial de Alajuela. Resolución N°144-2021 de las 15 horas del 08 de febrero de 2021. Recurso de Apelación. Costa Rica.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N°2019-1005 de catorce de junio de dos mil diecinueve. Recurso de apelación de sentencia. Costa Rica.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, Sección Primera, Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N°2019-0116 de las nueve horas y cuarenta minutos del diez de mayo del dos mil diecinueve. Recurso de apelación de sentencia. Costa Rica.

Tribunal de Apelación Penal del III Circuito Judicial de Alajuela. Resolución N°00305-2020 de las 11 horas y 30 minutos del 21 de abril de 2020. Recurso de Apelación. Costa Rica.

Tribunal de Impugnación Sala IV de Salta. Expediente N°JUI 125162/16 de 15 de mayo de 2017. "Arias, Dante Omar por los delitos de grooming y abuso sexual con acceso carnal en concurso real en perjuicio de D.M.Y". Argentina.

Tribunal de Juicio Oral Penal del Estado de Nuevo León. Sentencia N°41 de 6 de diciembre de 2017. Juicio Penal. México.

Tribunal de Juicio Oral Penal del Estado de Nuevo León. Sentencia N°40 de 21 de junio de 2018. Juicio Penal. México.

Tribunal en lo Criminal N°1. Expediente N°4924-0244 de 5 de junio de 2013. "Fragosa, Leandro Nicolas s/ Corrupción de menores agravada". Argentina.

Tribunal Penal del I Circuito Judicial de San José. Resolución N°312-2019 de las 14 horas y 30 minutos del 13 de marzo de 2019. Costa Rica.

Tribunal Supremo Sala de lo Penal. Recurso N°10322/2017 de 30 de noviembre de 2017. Procedimiento abreviado de Casación. España.

Tribunal Supremo Sala de lo Penal. Recurso N°777/2017 de 30 de noviembre de 2017. Procedimiento abreviado de Casación. España.

Tribunal Supremo Sala II de lo Penal. Recurso N°10439/2016 de 22 de febrero de 2017. Procedimiento Abreviado de Casación. España.

Tribunal Supremo Sala II de lo Penal. Recurso N°109/2016 de 22 de febrero de 2017. Procedimiento Abreviado de Casación. España.

Actas de la Asamblea legislativa

Actas de la Asamblea Legislativa, 2010, Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico, sesión extraordinaria N°8 del 24 de agosto de 2010, (Consultado el 20 de mayo de 2020)
<http://imagenes.asamblea.go.cr/EINTEGRATOR4/document.aspx?query=1009&doc=1019051>

Actas de la Asamblea Legislativa, 2012, Comisión Permanente Especial de Derechos Humanos, sesión ordinaria 18 del 21 de noviembre de 2012, (Consultado el 16 de enero de 2020)
<[http://www.asamblea.go.cr/sd/Documents/referencia%20y%20prestamos/BOLETIN ES/BOLETIN%2003/18824.%20%20Proyectos%20relacionados/16887.%20%20Audiencia%20Sra.%20M°%20del%20Pilar%20Calva%20Mercado.pdf](http://www.asamblea.go.cr/sd/Documents/referencia%20y%20prestamos/BOLETIN%20ES/BOLETIN%2003/18824.%20%20Proyectos%20relacionados/16887.%20%20Audiencia%20Sra.%20M°%20del%20Pilar%20Calva%20Mercado.pdf)>