

**El “Child Grooming” como conducta típica en el Código Penal: su
regulación legislativa en Costa Rica.**

**"Child Grooming" as a typical conduct in the Criminal Code: its
legislative regulation in Costa Rica**

Manuel Rojas Salas¹

(Recibido 01/03/2023 • Aceptado 1/09/2023)

¹ Investigador independiente, San José, Costa Rica. Juez jubilado y docente universitario de la Universidad de Costa Rica, Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares, miembro docente titular del Tribunal Electoral Universitario. Correo electrónico marojas23@gmail.com 2511-4096.
ORCID: 0009-0002-2835-8197

Resumen: La utilización de nuevas tecnologías de información y comunicación se ha diversificado y extendido por el mundo entero y gran parte de la población mundial las emplea, lo que trae consigo situaciones que de modo imperativo deben ser reguladas por el Derecho. En el caso de situaciones entre adultos y personas menores de edad, el Derecho Penal ha intervenido, aunque no de la mejor manera, por lo que se estudiará la reacción legislativa en Costa Rica desde el punto de vista de la técnica legislativa empleada en relación con los principios rectores del *Ius Puniendi*.

Palabras clave: Derecho Penal, Menores de edad, Ciberespacio, Child Grooming, Tipo Penal.

Abstract: The use of new information and communication technologies has diversified and spread throughout the world. Therefore, a large part of the world population uses them, which brings with it situations that must be regulated by law urgently. In the case of situations between adults and minors, Criminal Law has intervened, though not in the best way; thus, the legislative reaction to repressive regulations will be analyzed.

Keywords: Criminal Law, Ius Puniendi, minors, cyberspace, Child Grooming, criminal classification, typical conduct.

Índice

Introducción

- 1- El denominado Child Grooming y la era tecnológica.
- 2- Bien jurídico tutelado en las conductas que integran el denominado *child grooming*.
- 3- La conducta típica en el Código Penal Costarricense.

4- Duplicidad de protección. El caso de la Corrupción de Menores.

Conclusión

Bibliografía

Introducción

En el momento actual, en donde las denominadas tecnologías de información y comunicación, mejor conocidas como TIC², han venido a revolucionar el mundo entero³, sobre todo en lo relativo al intercambio de información, facilitándose la interacción entre las personas, no cabe la menor duda de que se abre un espacio de importancia para el estudio del Derecho.

Cuando se declaró la pandemia por el COVID-19 en el año 2020, las denominadas TIC fueron las grandes protagonistas en el difícil tiempo de los confinamientos decretados por los distintos Estados. Esto motivó que se implementara aún más su utilización por parte de las personas, al extremo de que la actividad docente debió “transformarse” de presencial a “virtual”, tal y conforme ha sido un hecho público y notorio, sobre todo durante el primer año y medio de vigencia de la pandemia.

A pesar de que no se discute la importancia y la esencialidad tanto de Internet como de las TIC, el panorama actual y el acceso que cualquier persona puede tener a dichas herramientas y recursos, revelan que el tema del contenido de la información que pueda circular en el denominado ciber espacio, conlleva la necesidad de su regulación precisamente porque en muchas ocasiones se puede compartir información de carácter privado o bien de índole sensible⁴. No es un secreto para nadie que el correr de los tiempos y los cambios que tienen lugar en las sociedades, hacen que se identifiquen nuevos ámbitos de regulación por parte del Derecho, sin que el Derecho Penal sea ajeno a dicho panorama.

La necesidad de regulación en un ámbito que sin duda resultaba totalmente desconocido en la década de los setenta, resulta imperativa sobre todo cuando hay menores

² Se les seguirá denominando de esta manera en el curso de la presente investigación.

³ Victoriano Panizo Galente. El ciber acoso con intención sexual y el grooming. En Cuadernos de Criminología, Revista de criminología y Ciencias forenses. 15, 2011. 22

⁴ Se les considera derechos de cuarta generación. Así, Marta Ortega Balanza y Luis Ramírez Romero. “Amistades peligrosas. El delito de child grooming”. Portal de Revistas Wolters Kluwer, 5 (2014) 1.

de edad que utilizan constantemente Internet como otras TIC que resultan ser parte de su actividad cotidiana.

Es por eso que existe una tendencia a nivel mundial a establecer mecanismos de seguridad que garanticen tanto la integridad al igual que la no afectación de las personas intervinientes en el uso de las distintas TIC, ya que la realidad muestra que resultan ser indispensables en muchos ámbitos de la vida. El tema adquiere particular relevancia en razón de que existe un deber de los Estados de brindar protección a las personas menores de edad, que precisamente por su condición de tales, se encuentran en una situación especial en donde podría señalarse una mayor exposición a eventos que conlleven riesgo o peligro.

La parte positiva de las TIC cuenta también con otra que bien puede ser considerada como “oscura”.⁵ Este “reverso de la medalla” referente a Internet y las TIC, tiene que ver con que el relativo anonimato que permite esta nueva realidad, facilita que se presenten nuevas formas de criminalidad o mejor dicho, situaciones que revelan lesión a bienes jurídicos susceptibles de tutela, o al menos la puesta en peligro.

Lo apuntado anteriormente se maximiza cuando se trata de contextos que involucran a una persona adulta respecto de un menor de edad, en donde el contacto tiene lugar a través de la utilización de las TIC, porque es factible que la interacción se preste para que tengan lugar conductas lesivas a la integridad de las personas menores de edad, por encontrarse mayormente expuestos y también porque se trata de situaciones que, hasta cierto punto, resultan ser parcialmente desconocidas⁶.

De ahí que revista importancia el análisis de la respuesta legislativa dada por Costa Rica a la protección de los sujetos menores de edad, frente a las posibles acciones de

⁵ Alejandro García Alonso. EL “CHILD GROOMING” EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL. Análisis de la figura delictiva del artículo 183 ter 1 del Código Penal Español. Trabajo Final de graduación, Universidad de Almería, España 2018, 3. Consultable en http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/7218/TFG_ALEJANDRO%20GARCIA%20ALONSO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁶ Manuel Gámez-Guadix y otros. “Creencias erróneas sobre el abuso sexual online de menores (“child grooming”) y evaluación de un programa de prevención” en *Psicología Conductual / Psicología Conductual*, Vol. 29, Nº 2, 2021, 2.85

personas adultas, en el uso constante de las distintas tecnologías a su alcance. Si tal respuesta involucra limitación de Derechos desde el punto de vista del *Ius Puniendi*, deberá ser apropiada, proporcional y, además, con absoluto y estricto respeto a los principios básicos y elementales del Derecho Penal.

Me permito señalar esto porque lamentablemente la producción legislativa en lo que se refiere a la creación de tipos penales, ha sido bastante deficiente en cuanto a la técnica empleada⁷ y por ello, resulta de importancia que desde la Academia, se realice un estudio sobre el tema desde una perspectiva crítica, que permita, si ello resulta posible, una mejor comprensión del contenido y alcance de las conductas prohibidas, ya que ciertamente es una de las funciones de la Dogmática Jurídica en relación con la Política Criminal diseñada y desarrollada por el poder Legislativo.

De ahí que se realizará un análisis de la normativa existente a nivel de la legislación nacional, en específico en el Código Penal de Costa Rica, para desentrañar si existe un adecuado ámbito de protección, a partir del diseño de tipos penales claros y armónicos con los fines que justifican la aplicación del *Ius Puniendi*.

1.El denominado Child Grooming y la era tecnológica:

Conforme se señaló *supra*, la tecnología ha ido avanzando a pasos agigantados y en la actualidad existe la posibilidad de que cualquier persona pueda encontrarse permanentemente conectada, tanto a Internet como a cualquier red social de comunicación, sin que exista alguna cercanía de tipo físico con quienes se encuentran en el otro extremo

⁷ A modo de ejemplo, Ley 9458 de 11 de junio de 2017 publicado en La Gaceta 120, Alcance 152 del 26 de junio de 2017, conocida como la Ley contra el Maltrato Animal, que se incluyó dentro de los “delitos contra la Seguridad Común”, cuando no parece existir relación entre las acciones que se puedan ejecutar en perjuicio de animales y en donde se incluyeron artículos “segmentados” del 279, que se denominaron “bis”, “ter” y así hasta “sexies”. La Ley 9048 de 10 de julio de 2012 mejor conocida como Ley de Delitos Informáticos insertó una sección en el Código Penal y “corrió” la numeración de los tipos penales que se incluían en otras secciones, con lo que dejó carentes de contenido a diversos tipos penales en donde se hacía remisión expresa a un número de artículo como parte del contenido para integrar la tipicidad. En el mismo sentido la Ley 9048 de 10 de julio de 2012 que reformó el tipo penal de Corrupción de Menores contemplado en el numeral 167, incluyó en el párrafo segundo, el término “actor”, expresión absolutamente desafortunada y que resulta más acorde con una puesta en escena que con una expresión esperable en el contenido de un tipo penal. El artículo 167 fue nuevamente reformado mediante el artículo 8 de la Ley N° 10020 del 9 de setiembre de 2021, que mantuvo la expresión aludida, revelándose con esto una absoluta falta de cuidado mínimo en la redacción del contenido de tipos penales.

de la comunicación y sin que necesariamente concurren en un mismo momento en el tiempo y espacio.

Las noticias sobre una catástrofe o bien sobre el fallecimiento de alguna persona que pueda ser considerada de interés público o bien las actuaciones de líderes mundiales, pueden ser conocidas a lo largo del globo terráqueo en cuestión de minutos, gracias precisamente a los mencionados avances tecnológicos. Atrás quedaron los tiempos en que había que esperar horas e incluso días para que en nuestra tierra conociéramos lo que sucedía en otros sitios del continente o del mundo.

El panorama ha cambiado de tal manera que se señala que la existencia de las TIC ha propiciado un rotundo cambio en las formas de relacionamiento que existen entre los seres humanos, pero que se acrecienta de manera muy especial entre quienes se denominan los nativos digitales⁸.

Es así como el conocimiento de lo que sucede en otras latitudes, así como el acceso a sitios y páginas web se encuentran a un “*click*” de cualquier persona en los distintos dispositivos habilitados para ello como podrían ser televisores, tabletas o incluso teléfonos celulares. Esto incluye a quienes son menores de edad, y para quienes tales artefactos les resultan sumamente familiares, lo que hace que los Estados y particularmente el Derecho Penal no puedan permanecer ajenos a lo que sucede, precisamente porque se encuentra presente tanto lo relativo a la integridad física y emocional de las personas menores de edad, que pueden ser perfectamente manipulables por parte de personas adultas.⁹

La experiencia ha enseñado que el hecho de que la comunicación y la interacción de quienes intervienen en una conversación a través de una TIC no tenga lugar en un mismo espacio físico, sino en el denominado “ciberespacio”, que se define como un ámbito virtual

⁸ Asunción Colás Turégano, “Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica” en Menores y redes sociales. Cyberbullying, Cyberstalking, Cibergrooming, pornografía, radicalización y otras formas de violencia en la red. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2016. 68

⁹ Mónica Agosto Piñeiro. El delito online child grooming: alcances y limitaciones. Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico, volumen 50, 2020- 2021, 503.

creado por medios informáticos¹⁰, hace que esa clase de “distancia” pueda ser asumida como una circunstancia que brinda una sensación de seguridad.

Se suma a lo expuesto, que lamentablemente la problemática derivada de los abusos de carácter sexual en perjuicio de personas menores de edad constituye un tema en donde no puede señalarse que se trate de situaciones exclusivas de un determinado grupo social o bien que dependa de un determinado nivel socioeconómico. Es por eso que si esta lamentable realidad se hace presente en situaciones que podríamos determinar o denominar como “usuales”, a partir de contactos de naturaleza física, con mucha mayor razón pueden presentarse a partir de la sensación de seguridad que puede aparejar para personas que incurran en comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico.

Al no poder ignorarse la presencia de las TIC en la vida de las personas menores de edad, los distintos ordenamientos jurídicos han apostado por brindar una cobertura adecuada y oportuna en el nuevo ámbito de posibles acciones lesivas para dicha población.

Surge entonces el término *child grooming* que se encarga de englobar una serie de conductas ejecutadas por una persona adulta por medio de Internet o distintas redes sociales para poder granjearse la cercanía o la amistad con una persona menor de edad, con una finalidad de índole sexual¹¹. Hay otros términos similares como *grooming on line* que es preferido por algunos autores por estimar que brinda una mayor precisión¹². El término proviene del inglés y aunque no hay plena seguridad sobre su origen, se señala que la primera vez que se utilizó, lo fue por un agente del FBI durante la década de los 70¹³.

¹⁰ Así lo define <https://dle.rae.es/ciberespacio>, consultado el día 31-12-2022.

¹¹ En ese sentido consultar: <https://crimipedia.umh.es/files/2015/06/Online-grooming.pdf>. En el mismo sentido: “se confiere al término en el ámbito criminológico y psicológico para describir el proceso en virtud del cual un adulto realiza toda una serie de comportamientos a fin de ganarse la confianza de un menor y conseguir de esta manera mantener relaciones sexuales con el mismo o bien utilizarlo con fines pornográficos o de explotación sexual.” Así se pronuncia José Núñez Fernández en “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”, consultado en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2012-10017900224

¹² Corresponde aclarar que, con independencia de la terminología utilizada para denominar los comportamientos, lo esencial viene a ser que se trata de comportamientos en donde intervienen personas adultas y personas menores de edad. También se utilizan otros términos como ciberacoso a menores o acoso cibernético a menores; cfr. Carolina Villacampa Estiarte. El delito de On Line Child Grooming o propuesta sexual telemática a menores. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015. 11. Se le denomina incluso abuso sexual on line a menores de edad.

¹³ María Alejandra Chacón Salas y Mariam Sofía Leal Chaves. “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. Universidad de Costa Rica. Sede de Occidente, 2021.11-12.

De cualquier forma, debe indicarse que el prisma con el que se debe visualizar una conducta contemplada dentro de la definición anterior es absolutamente diferente de cómo se pueda analizar un comportamiento semejante entre personas adultas, en cuyo caso simplemente bastaría el consentimiento de quienes intervienen y nos encontraríamos ante un acto de autonomía de la voluntad, en donde ni el Estado ni el Derecho Penal deben intervenir¹⁴.

Precisamente a partir de la consideración de que una relación de índole amoroso, erótico o sentimental entre una persona adulta y una persona menor de edad, no es una relación igualitaria, sino que por razones de experiencia vital que claramente se adquiere en razón del mayor tiempo vivido, debe ser un tema regulado. En el momento actual se considera que la relación entre una persona menor de edad y un adulto es considerada “impropia”, de conformidad con lo que al efecto establece el contenido mismo de disposiciones normativas¹⁵.

Sin embargo, corresponde realizar la aclaración de que aunque el ciberespacio o los sitios empleados para lograr concretar la comunicación y el intercambio de información, pueden constituirse en un lugar plausible para que tengan lugar actos de acoso o bien de hostigamiento, en el caso de la figura en la que se centra la presente investigación, siempre debe haber una connotación o motivación de contenido sexual o al menos erótico, en la situación de hostigamiento o de contacto que tenga lugar. Por decirlo de alguna forma, el

¹⁴ Principio contemplado en el numeral 28 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, que señala textualmente: Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.

¹⁵ Consultar al efecto <https://www.mep.go.cr/sites/default/files/ID27-relaciones-impropias-cuando-edad-si-importa.pdf> Conviene destacar que dentro del ordenamiento jurídico nacional, la Ley 9406 del 30 de noviembre de 2016 que reformó diversos artículos del Código Penal, incluidos varios que contenían conductas en donde los sujetos pasivos del hecho eran personas menores de edad, fue denominada Ley de Relaciones Impropias.

acoso en el ciberespacio es una especie de género, en tanto el *Child Grooming* es la especie, pero siempre que se realice en perjuicio de personas menores de edad.

Lo anterior deriva justamente de la mayor concientización existente sobre la vulnerabilidad que ostentan las personas menores de edad respecto de personas adultas, que les aventajan tanto en edad, como en madurez e igualmente en experiencias de vida, como también del hecho de que Costa Rica ha asumido diversos compromisos a nivel internacional, en donde se establece la imperiosa necesidad de tutelar desde diversos ámbitos del ordenamiento jurídico, la integridad tanto física como emocional, de las personas menores de edad¹⁶.

Corresponde igualmente hacer énfasis en que lo relativo al *Child Grooming*, excluye en su totalidad que el contacto sea realizado de la manera convencional o física, con independencia de que si un encuentro de esta naturaleza llega a tener lugar, podría generar un concurso con alguna otra figura típica que se ejecute en perjuicio de la persona receptora.

Se señala por parte de quienes se han acercado a estudiar el fenómeno del *Child Grooming* como una nueva forma de delincuencia, que por regla general se cuenta con tres fases: i) la denominada fase de amistad en donde el sujeto activo procura acercarse a la persona menor de edad con la finalidad de conocer sus gustos para ganarse su confianza; ii) la denominada fase de relación en donde se intercambian algunos datos o confesiones personales y hasta íntimas entre el sujeto y la víctima y iii) la denominada fase sexual o de componente sexual en donde se produciría la descripción de comportamientos esencialmente sexuales y en donde se motivaría a la persona menor de edad para que intervenga en actos de naturaleza sexual o bien, para que proceda a enviar imágenes o vídeos de dicho material¹⁷. Estas fases a su vez pueden subdividirse en otras, sin que haya una regla estándar al respecto.

La definición adoptada por parte de los Estados europeos en el denominado Convenio de Lanzarote, es la siguiente: “Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante

¹⁶ El más importante de ellos viene a ser la Convención de los Derechos del Niño, suscrita por Costa Rica en fecha 26 de enero de 1990 e incorporada al ordenamiento jurídico mediante Ley 7184 del 16 de julio de 1990, publicada en La Gaceta 149 del 9 de agosto de 1990.

¹⁷ Silvia Mendoza Calderón. El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores: bullying, cyberbullying, grooming y sexting. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013. 100

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.”¹⁸. Se resalta que dicho postulado viene a ser el punto de partida para los Estados que regulan el comportamiento que ahí se estipula.

2- Bien jurídico tutelado en las conductas que integran el denominado *child grooming*.

En armonía con los principios inspiradores o legitimantes del Derecho Penal Liberal¹⁹, el denominado *child grooming* en tanto conducta que debe ser prohibida por considerarse lesiva a los intereses de una sociedad en un momento determinado, se tipifica precisamente porque se cuenta con un bien jurídico que se ha hecho merecedor de la tutela desde el punto de vista de *Ius Puniendi* Estatal.

Conviene recordar que el legislador en su tarea de diseñar la Política Criminal de un Estado no crea bienes jurídicos, sino que simplemente identifica y clasifica cuáles son los que en definitiva requieren una respuesta desde la perspectiva de la reacción más severa del ordenamiento jurídico.

Se ha hablado hasta ahora de la protección de personas menores de edad, pero como el presente trabajo procurará un análisis de tipicidad debe delimitarse el contenido y alcance del bien jurídico tutelado en el caso de las conductas contempladas o abarcadas por el *child grooming*.

¹⁸ Artículo 23 del Convenio Europeo para la protección de Niños contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual, suscrito en Lanzarote, Islas Canarias el 25 de octubre de 2007.

¹⁹ Se enuncian como el principio de intervención mínima, el carácter fragmentario y el de *Ultima ratio* del Derecho Penal.

Por bien jurídico se entiende una “situación valiosa” y por ende merecedora de protección jurídica²⁰, estimándose que en definitiva se coincide con quienes lo definen como las condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad²¹.

Es por eso que no es factible concebir en un Derecho Penal democrático, un tipo penal en donde no se cuente con un bien jurídico tutelado, aunque hay algunas voces disidentes que señalan tal posibilidad, lo que cabe señalar es que esa postura deviene en absolutamente inadmisibles para quienes nos adscribimos a una postura de índole democrática y republicana.

En el caso del grooming o del *child grooming*, se considera que el objeto de protección viene a ser el derecho de las personas menores de edad a la utilización de plataformas tecnológicas y de redes, sin exponerse a perturbaciones de carácter sexual por personas adultas.

Se considera que de esta manera se puede acuñar de un modo adecuado el ámbito de protección de las conductas en donde una persona adulta utiliza la tecnología para realizar contactos con menores de edad, con finalidad de índole sexual. En este punto conviene destacar que precisamente por existir una clara asimetría entre las personas involucradas, a partir de reglas de experiencia, el adulto o adulta, primeramente, procura ganarse la confianza del menor y de esta manera relativizar cualquier posible alerta de la persona menor de edad, a la que se le procura dar una condición de “especial”²².

Hay posturas que señalan que la conducta protege el sano desarrollo psicosexual de las personas menores de edad²³, pero me permito discrepar de ello porque estimo que es una definición muy básica que requiere un delineamiento más atinado, tal y conforme fue indicado antes, ya que ciertamente lo relativo a las nuevas tecnologías y formas de

²⁰ Ismael Manuel Arauz Ulloa. El bien jurídico. Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana, Managua, Nicaragua, 6, 2003, 106.

²¹ Diego Manuel Luzón Peña. Curso de Derecho Penal, Parte General, Universitas, Madrid, 1996, 327. En igual sentido se pronuncia Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte General, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000. 65.

²² Livier Gómez Martínez y Eunice Gaxiola Villa. “Child grooming: violencia sexual contra menores por internet como nueva modalidad de delito extendido” en La investigación Jurídica y sus tendencias, capítulo 17, Universidad de Sonora, México, 2014.192,

²³ Alvaro Pérez Roda. “El delito de Seducción o encuentros con menores por medios electrónicos desde la perspectiva Penal Juvenil” en Revista de Ciencias Jurídicas 153, San José, 2020, 238.

comunicación, constituyen un ámbito que hasta hace medio siglo resultaba absolutamente desconocido para cualquier operador del sistema.

En muchas ocasiones, la persona adulta en ese proceso de procurar ganarse la confianza, suele presentarse como alguien en principio, absolutamente inofensivo. Pese a que las personas menores de edad son lo que podría considerarse como “nativos digitales” por haber nacido en la era tecnológica, debe puntualizarse que precisamente su menor cúmulo de experiencias relativas al comportamiento adulto, los pone en una mayor exposición a conductas prohibidas.

Por otra parte, debe quedar claro que la protección se brinda a toda aquella persona que tenga menos de dieciocho años al momento del hecho²⁴, precisamente porque la definición legal y convencional de la minoridad se establece en un instrumento normativo²⁵.

Es importante destacar que, a diferencia de otros Estados, en Costa Rica, el legislador no ha mostrado ninguna preocupación por establecer o, mejor dicho, definir lo relativo a la denominada “edad del consentimiento”²⁶, al punto que esta situación puede originar severas confusiones en razón de que en algún tipo penal pareciera establecerse la edad de 13 años y en otras la de 15²⁷. Sin embargo, no es el objeto del presente trabajo ahondar sobre los efectos de tal omisión legislativa, sino que lo útil de lo expresado viene a

²⁴ Si bien es cierto hay una diferencia entre a quien se considera “niño” o “niña” que tiene como límite generalmente la barrera de los doce años de edad, y “adolescente” a quien supera dicha edad y hasta el momento de cumplir los dieciocho años, conviene señalar que al menos en Costa Rica, la protección se brinda a la totalidad de personas menores de edad, sin que haya alguna situación de excepción.

²⁵ Artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño.

²⁶ La denominada “edad del consentimiento” implica el instante en el que el ordenamiento jurídico de cada país cesa en la protección de la persona menor de edad, por considerarla en aptitud para la toma de decisiones en materia del ejercicio de su sexualidad, quedando excluido eso sí lo relativo al ejercicio de la prostitución o la realización

²⁷ Consultar al efecto los numerales 156 y 162 ambos del Código Penal, que establecen las edades señaladas anteriormente.

ser que, al no establecerse ningún límite de edad, la protección cubre a toda persona menor de edad al momento en que tiene lugar el comportamiento típico²⁸.

Sintetizándose las ideas hasta ahora expuestas, es evidente que los distintos Estados, a partir de la necesidad imperiosa de brindar protección a la situación de personas menores de edad ante eventuales exposiciones que puedan enfrentar en el uso de las TIC, tutelan que tanto la utilización de las TIC como su integridad permanezcan incólumes.

3.La conducta típica en el Código Penal Costarricense

El artículo que contempla el denominado *child grooming* en el ordenamiento represivo nacional, fue incorporado mediante Ley 9135 de 24 de abril de 2013, publicada el día 26 de abril de 2013, como el numeral 167 bis, situándose en la Parte Especial, inmediatamente después del tipo penal de Corrupción de Menores e inmediatamente antes del denominado Corrupción Agravada.

El texto del artículo sufrió una modificación mediante Ley N° 10020 del 9 de setiembre de 2021 en donde se agravó la pena que originalmente era de uno a tres años de prisión para los dos primeros supuestos (de las dos primeras frases), pasando a ser de dos a cuatro años de prisión. La sanción para la conducta de la última frase fue incrementada y pasó de dos a cuatro años de prisión a una sanción de tres a cinco años de prisión.

Hay que indicar que la forma en que se introdujo el tipo penal referido en el ordenamiento represivo, en definitiva, no fue la mejor, ni tampoco la idónea, precisamente porque la técnica legislativa utilizada hace insertar una conducta en medio de dos comportamientos que son figura base y agravada y aunque podría considerarse que se tratan de tipos penales similares, la realidad es que la norma anterior y la posterior son totalmente diferentes.

Tal vez habría sido oportuno no incluir el artículo en el Código Penal, o bien realizar una reforma completa a los denominados “Delitos Sexuales”, e incluso, debido a

²⁸ La falta de regulación sobre la denominada edad del consentimiento provoca que en múltiples ocasiones, se someta a proceso penal a personas menores de edad por comportamientos de índole sexual realizados a través de las TIC: Así lo menciona expresamente Alvaro Pérez Roda. “El delito de Seducción o encuentros con menores por medios electrónicos desde la perspectiva Penal Juvenil” en Revista de Ciencias Jurídicas 153, San José, 2020, 240-243.

que hay quienes han considerado el *Child Grooming*, por conllevar el uso de las TIC, un delito de carácter informático, incluirlo en la Sección correspondiente, mediante una reforma a alguno de los tipos existentes desde el año 2012. Incluso pudo haberse incluido la figura aprovechándose la reforma para derogar las anacrónicas figuras del rapto, que de manera increíble aún permanecen vigentes en la legislación nacional²⁹.

El artículo 167 bis señala:

Sedución o encuentros con menores por medios electrónicos.

“Será reprimido con prisión de dos a cuatro años a quien, por cualquier medio, establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico, ya sea que incluyan o no imágenes, videos, textos o audios, con una persona menor de edad 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, videos, textos o audios, con una persona menor de edad o incapaz.

La pena será de tres a cinco 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 incapaz”

En realidad, si analizamos el tipo penal, vemos que se establecen tres modalidades comisivas respecto del tipo, aunque se encuentran estrechamente relacionadas entre sí. Si se analiza con detalle, se verá que cada frase contempla un comportamiento distinto que puede separarse de los demás.

²⁹ Artículos 163 a 166 del Código Penal. El rapto como figura típica, de conformidad con su construcción legislativa, constituía una especie de antesala en relación con la desaparecida figura del Estupro, pero aparejaba graves sesgos de género respecto de la población víctima. Como detalle, señalo que, en el caso de la labor docente, cuando en lecciones se ha discutido el contenido de tales tipos penales, es más que palpable el evidente desagrado entre la población femenina de estudiantes por la vigencia de tales normas. De ahí que habría sido una valiosa oportunidad para derogar regulaciones arcaicas y sustituirlas de una forma un poco más adecuada con los tiempos actuales.

El problema desde mi punto de vista, radica en que si se quería tipificar adecuadamente el *Child Grooming*, lo mejor habría sido hacer referencia puntual a la utilización de medios tecnológicos como Internet, redes sociales o dispositivos electrónicos, ya que es precisamente lo que se procuraba tipificar, sin hacer referencia al término de “comunicaciones”, que desde la perspectiva de las nuevas tecnologías, en mi opinión, resulta ser obsoleto.

Además, el tipo penal contempla la expresión “por cualquier medio”, lo que implica que el recurso al que acudió el legislador fue plasmar una conducta que, en vez de cumplir plenamente con el principio de tipicidad, contiene una apertura del tipo penal, que no es aceptable en el contexto de una adecuada técnica legislativa³⁰. La apertura, si bien no es “completa”, está referida precisamente a un punto crucial en el tipo penal, como lo es el medio por el que se establece el contacto entre los involucrados. Es evidente que por el tipo de conducta que se está criminalizando, la enumeración de los medios -que debe entenderse-no resultan ser tantos tampoco, debió ser expresa.

El comportamiento de la primera modalidad comisiva, contenido en la primera frase, debe ejecutarse con una persona menor de edad o bien una persona incapaz. El término “incapaz” no es precisamente el más comprensible y más bien puede considerarse de índole despectivo. Es claro que se procuró proteger a personas con alguna forma de discapacidad de índole cognitivo, pero pudo haberse usado un término que no resulte tan estigmatizante, a pesar de estar aceptado y utilizado³¹.

Se sanciona a quien establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico. El vocablo comunicación se deriva del verbo comunicar, que se define como: “Conversar, tratar con alguien de palabra o por escrito”.³²

La construcción legislativa implica que el mensaje o los mensajes deben ser conocidos por la persona destinataria, ya que esto es lo que puede y debe entenderse de una

³⁰ Los tipos penales abiertos son considerados inconstitucionales, por dejar parte del tipo sujeto a la interpretación judicial, en donde la Autoridad Juzgadora es la que termina definiendo el contenido típico.. Entre otras resoluciones, cabe señalar: Sala Constitucional 5638-1995 de las 12,33 horas del 13 de octubre de 1995, consultable en <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-81776>, Sala Constitucional 15093-2018 de las 9,20 hrs. Del 11 de setiembre de 2018, consultable en <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-853875>, Sala Constitucional, 9748-2001 de las 14,37 del 28 de septiembre de 2001. Consultable en <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-169943>

³¹ Se define como “Que no tiene capacidad o aptitud para algo.”. Así se señala en <https://dle.rae.es/incapaz>, consultado el día 5 de enero de 2023.

³² Así se define en <https://dle.rae.es/comunicar?m=form>, consultado el día 11 de enero de 2023.

comunicación “establecida”, según lo estipula el contenido mismo del tipo penal³³. Estimo que para que se tenga por debidamente configurada la conducta, debe existir al menos un intercambio de mensajes, ya que solamente en dicho supuesto podría tenerse por establecida la comunicación, ya que de lo contrario no podría estimarse la conducta como típica, con independencia del número total de mensajes. De haber sido diferente, el legislador habría utilizado el simple envío de mensajes como conducta lesiva, lo que se descarta justamente con la indicación del “establecimiento de la comunicación”. El contenido no debe ser necesariamente explícito, pero sí erótico o bien sexual.

El consentimiento de la persona receptora es irrelevante ya que, de manera primordial, la tutela se establece en pro de lo que se ha denominado la indemnidad sexual³⁴, en donde la minoridad o la discapacidad intelectual pueden conllevar alguna incidencia en la capacidad que el Derecho exige para la toma de determinadas decisiones en el ámbito de la sexualidad. Al tratarse de esta faceta del bien jurídico en donde la protección es prácticamente absoluta, ningún consentimiento tiene efecto en la comisión del evento, al haber sido considerada su indisponibilidad.

La modalidad se configurará entonces incluso si la persona menor de edad ha mostrado su repudio o su negativa, siempre que la comunicación haya sido conocida por la persona destinataria.

Como detalle de importancia se tiene que las comunicaciones puedan consistir en audios, vídeos o textos, o bien ser simplemente frases o gestos que se intercambian con la

³³ Coinciden plenamente con lo aquí expuesto, María Alejandra Chacón Salas y Mariam Sofhía Leal Chaves. “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 para optar por el grado de licenciatura. Universidad de Costa Rica. Sede de Occidente, 2021. 88

³⁴ A nivel general puede señalarse que se trata de la posición en que se encuentran determinados sujetos en relación con el ordenamiento jurídico, y se centra en la salvaguarda de todo riesgo de sufrir un daño por parte de actos de naturaleza sexual que puedan perjudicar su libre desarrollo. Así se pronuncia María Marta González Tascón “El consentimiento de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual a la realización de actos sexuales con terceros” en Delitos Sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual. Ed. Tirant Lo Blanch. 2022. 109. Se procura mantenerlos al margen de conductas y actividades que puedan afectar su desarrollo personal y el ejercicio de su sexualidad y en concreto ofensas por abuso de confianza. Ibidem.42-43.

persona receptora. Es evidente que una comunicación de contenido sexual no requiere de la difusión o transmisión de imágenes, ya que en principio lo que el autor del hecho desea, es despertar la curiosidad e igualmente la fantasía erótica en quien figura como receptor del mensaje. En ese sentido incluso resultarían ser admisibles las caricaturas o lo que hoy conocemos como “animé”, que es usado para identificar los productos animados producidos en Japón.

Se trata de un tipo penal de mera actividad e igualmente de peligro abstracto³⁵, en donde no se requiere ningún efecto en relación con el comportamiento descrito en el enunciado típico. El comportamiento dependiendo de diversos factores, podría llegar a generar problemáticas de tipo psicológico en la víctima, así como situaciones de ansiedad en diversos grados ante la dignidad lastimada o incluso la alteración en el desarrollo de la personalidad³⁶.

Corresponde señalar entonces que en principio lo relativo al primer párrafo, con la salvedad realizada supra, puede decirse que se ajusta sin mayor problema a las exigencias del principio de legalidad y sus distintos subprincipios, incluido lo relativo a la pena que puede estimarse proporcional y razonable en relación con el comportamiento típico, en el entendido de que la acción típica se agota con el establecimiento de la comunicación como tal.

En el párrafo segundo se aprecia que, si bien la respuesta punitiva es la misma que en el precedente, la conducta varía, por cuanto se sanciona la suplantación de identidad o bien la utilización de una identidad falsa por parte del sujeto activo. Aquí corresponde señalar que precisamente lo que ya se ha indicado sobre las particularidades generadas con la utilización de las diferentes TIC, que por no conllevar un intercambio “frente a frente”, sino a través de un dispositivo, es factible que haya personas que utilicen una falsa identidad, que en el caso que nos ocupa permite ya sea dar una fachada distinta la real y disfrazar los propósitos.

³⁵ Aunque se cree que los tipos de mera actividad se identifican con los de peligro abstracto, debe recordarse que los primeros obedecen a una clasificación referente a que su contenido no describe un efecto separado distinto del contenido típico, en tanto que los segundos dan cuenta de la cercanía de la lesión al bien jurídico.

³⁶ Ana María Pérez Vallejo y Fátima Pérez Ferrer. “III. La Reparación Del Daño Por Acoso Ciberacoso, Child Grooming y Sexting.” En *Bullying, Cyberbullying y Acoso Con Elementos Sexuales*, 216–232. España: Dykinson, 2016. 219.

Se hace la anotación de que en las distintas plataformas de información circulan lo que se ha dado en denominar como *trolls*, que se definirían como el usuario que publica mensajes provocativos, ofensivos o fuera de lugar con el objetivo de molestar, llamar la atención o boicotear la conversación³⁷. El punto medular radica en que quienes encajan en dicha definición-al menos en Costa Rica-lo hacen bajo un nombre falso³⁸, situación que en principio no se encuentra permitida por el ordenamiento jurídico³⁹.

No es el punto medular de la presente investigación, analizar con detalle el comportamiento de los denominados *trolls* o *haters*, términos que en definitiva surgen precisamente a partir del uso de las TIC, pero sí debe señalarse que de manera curiosa y a pesar de la existencia de una serie de tipos penales que contienen los denominados “delitos informáticos”, la utilización de una falsa identidad no parece generar mayor reacción respecto de quien lo hace.

Sin embargo, cabe señalar que el problema no radica en la condición del sujeto activo que suplanta la identidad de un tercero o utiliza una falsa identidad, sino en que la conducta típica del segundo supuesto consiste en “procurar establecer comunicaciones”, con una persona menor de edad o incapaz. Se aprecia que la conducta cubre a toda persona hasta el momento en que cumple los dieciocho años, lo que en sí mismo no es criticable.

La problemática que conlleva el segundo supuesto es que ahora no resultará necesario que la comunicación se establezca, como en la primera modalidad, sino que

³⁷ Así se señala en <https://dle.rae.es/trol> , consultado el 6 de enero de 2023.

³⁸ Cfr. <https://www.crhoy.com/nacionales/ministra-de-salud-y-troll-se-acusan-mutuamente-de-extorsion-y-difamacion/> ; <https://www.crhoy.com/tecnologia/asisehace-como-identificar-trolls-en-redes-sociales/>

³⁹ El artículo 230 del Código Penal vigente establece: Será sancionado con pena de prisión de uno a tres años quien suplante la identidad de una persona física, jurídica o de una marca comercial en cualquiera red social, sitio de Internet, medio electrónico o tecnológico de información. Señalan que existe un concurso aparente entre los numerales 167 bis y 230 del Código Penal que se resuelve por la aplicación preferente del tipo penal de Seducción, María Alejandra Chacón Salas y Mariam Sofhía Leal Chaves. “El grooming en Costa Ric”.90-91.

será suficiente que se “procure” establecer la comunicación. El verbo procurar se define de la siguiente manera: “Hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa”⁴⁰.

De esta manera es suficiente con tratar de lograr ese establecimiento de comunicación, aunque no se logre. Al encontrarnos ante tipos de peligro en donde el solo comportamiento viene a resultar típico, en este supuesto se ha constituido una mayor anticipación de la tutela penal, de una manera que en definitiva es inadmisibles. No es aceptable desde ningún punto de vista la represión de tal comportamiento, ya que se estaría hablando de “peligro de un peligro”, lo que en definitiva contraviene postulados básicos respecto de los aspectos merecedores de tutela.

Mayormente preocupante viene a ser lo relativo a que la conducta tipificada como merecedora de sanción penal, queda a nivel de una especie de “intención”, porque se agotaría con la procuración con miras a establecer comunicaciones de contenido sexual, finalidad que en definitiva muchas veces solo se puede constatar con elementos objetivos del intercambio de mensajes, de tal modo que, con independencia de las intenciones de las personas, todo parece quedar a nivel de la psiquis.

Podría eventualmente establecerse una contra argumentación en el sentido de que el “procurar” el establecimiento de comunicaciones de contenido sexual o erótico, con personas menores de edad o incapaces constituye un paso previo para la realización de acciones pederastas, lo que en definitiva no es necesariamente cierto ⁴¹.

No se puede desconocer que la tecnología, la proliferación de redes sociales y el intercambio de información pueden favorecer el que posibles depredadores sexuales se sientan más seguros con sus actuaciones en el ciberespacio, y la experiencia ha enseñado que la circulación de material de contenido sexual, incluido aquel que pueda ser calificado como pornografía infantil, se facilita precisamente por la velocidad con la

⁴⁰ <https://dle.rae.es/procurar?m=form>, consultado el día 11 de enero de 2023.

⁴¹ Se señala que el Grooming es una especie de antesala del abuso sexual a personas menores de edad. Cfr. Carolina Villacampa Estiarte. El delito de On Line Child Groomin o propuesta sexual telemática a menores. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 19. Sin negar a ultranza tal posibilidad, debe hacerse mención aquí que el Derecho Penal no puede prevenir comportamientos a futuro, ni tampoco predecir formas de comportamiento de los seres humanos.

que circula la información⁴². Sin embargo, se insiste, no resulta suficiente el hablar de algún crecimiento exponencial que permita justificar la creación de un tipo penal como el que se analiza, que tipifica un comportamiento meramente peligrosista, pero muy alejado del verdadero ámbito de protección.

Se suma a lo anterior el hecho de que la conducta contempla dificultades de naturaleza probatoria, ya que a raíz de la construcción legislativa-que parece que lo que ha hecho es adoptar un texto sin preocuparse de la problemática de su verificación en el entorno jurídico nacional-no hay duda de que habría que penetrar en el ámbito del pensamiento del posible autor para poder desentrañar esa “procuración” como conducta punible. Salvo un supuesto como el que se cuente con alguna especie de diario que lleve el sujeto activo donde registre con todo detalle las actividades que piensa llevar a cabo, parece realmente muy poco probable que se logre contar con prueba de índole incriminatorio.

Finalmente, la tercera modalidad comisiva descrita en el párrafo final, que incluye una pena más elevada y que puede considerarse una especie de agravante en relación con las figuras antes referidas, que podrían ser consideradas como las básicas, tiene lugar cuando se procura un encuentro personal con una persona menor de edad o incapaz.

Ante todo, corresponde señalar que el legislador utilizó la terminología “actor”, en lugar del concepto jurídico penal adecuado, que es el de autor, en el entendido de que se trata de la persona que ejecuta con pleno dominio del hecho, el comportamiento contemplado en el tipo penal.

⁴² Se habla incluso de la existencia de bandas de pederastas on line según lo expresa. Carolina Carolina Villacampa Estiarte. El delito de On Line Child Groomin o propuesta sexual telemática a menores. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 28.

Este lamentable descuido del legislador costarricense permanece vigente en la actualidad, denotándose aquí la deficitaria técnica utilizada y que para un mayor asombro de cualquier estudioso, se repitió al momento de realizarse la reforma, que tuvo lugar en el año 2021⁴³. Aparte de ello, debe señalarse que dentro del contexto mismo del tipo penal del 167 bis, se debe entender que el encuentro necesariamente debe tener lugar una vez que se ha mantenido un contacto con la persona menor de edad o incapaz, a posteriori, ya que de otra forma no se podría entender el sentido mismo de la penalización, habida cuenta de que a diario y en múltiples contextos hay personas adultas que buscan algún encuentro con personas menores de edad o bien con personas incapaces⁴⁴, sin que tales actividades deban encontrarse sujetas a la amenaza de la represión penal.

Se entiende que con el encuentro que se procura, se tiene un avance más en la relación con la persona menor de edad y el legislador ha considerado que al no supeditarse al contacto de índole cibernético, sino que se formulan invitaciones o insinuaciones para que el encuentro físico tenga lugar, se trata de un comportamiento con un mayor desvalor de acción.

No es necesario que el encuentro se produzca efectivamente, sino que es suficiente con su procuración, por lo que dentro de tal concepto se incluiría lo relativo a propuestas, insinuaciones, invitaciones, que necesariamente deben partir de la persona que realiza la actividad, que vendría a ser la autora de la Seducción o del *Child Grooming*.

Podrán existir voces que piensen que el encuentro tipificado podría tener lugar para compartir alguna comida o bebida, o bien una actividad como sería el disfrute de alguna película. Tal propuesta corresponde descartarla en su totalidad, porque si se analiza la conducta del segundo párrafo como una agravante de la básica, evidentemente habrá siempre una connotación que puede ser erótica, o bien sexual, con la que debe estar teñido el encuentro que se gestiona. No otra cosa podría estimarse, ya

⁴³ La redacción actual del tipo penal contemplado en el numeral 167 bis, mantiene en su texto la expresión “actor” cual si se una puesta en escena se tratara y sin que exista ninguna justificación para que la expresión se mantenga.

⁴⁴ Por ejemplo, para trasladarlas a un centro educativo, a sus hogares, a la realización de alguna actividad determinada, etc.

que con esto el proceso de acercamiento a la víctima, se incrementa y de alguna forma la cercanía hace que posibles situaciones ulteriores, puedan ser perpetradas.

Evidentemente la víctima o las víctimas podrían rechazar los avances del sujeto activo y negarse al encuentro de carácter físico, sin que esto pueda afectar la configuración del hecho, en razón de que no se requiere la producción del encuentro mismo, ni tampoco que la propuesta tenga algún efecto en la persona víctima.

Nuevamente nos encontramos ante una figura que se clasifica como tipo de peligro abstracto, en donde se señala una conducta que el legislador ha considerado a partir de una visión *ex ante*, que es un comportamiento que puede llegar a generar peligro para un bien jurídico tutelado. Sin embargo y aunque se trata de un recurso al que válidamente puede acudir el legislador, por considerarse que vivimos la denominada “sociedad del riesgo”⁴⁵, lo cierto es que tal facultad debe ser empleada de manera restrictiva, precisamente porque los tipos de peligro abstracto suponen en algunas ocasiones, un problema para el Derecho Penal, precisamente porque la lesividad o a la potencial lesividad, no es un tema que se encuentre claro en algunos de ellos.

En relación con esta tercera modalidad comisiva, corresponde también destacar que pareciera igualmente que se ha producido un adelantamiento excesivo de la protección penal. Es más, este comportamiento, en caso de que se concrete el encuentro, podría ser un acto preparatorio en relación con otras posibles figuras típicas como abuso sexual contra persona menor de edad o bien las relaciones sexuales con personas menor de edad⁴⁶.

⁴⁵ . Se señala que los distintos riesgos creados por el impulso de la innovación y la tecnología, eluden evaden controles constitucionales y se crean nuevas situaciones de riesgo, según Christian Scheechler Corona- “El *childgrooming* en la legislación penal chilena: sobre los cambios al artículo 366 quáter del código penal introducidos por la ley n 20.526” en Revista chilena de derecho y ciencia política - VOL. 3, N° 1, 2012.

⁴⁶ Cfr. Artículos 161 y 159, ambos del Código Penal, respectivamente.

Es por eso que me parece muy criticable la tipificación del comportamiento en la forma en que se realizó, porque para poder estimar que se brinda cumplimiento al denominado principio de intervención mínima, lo óptimo habría sido que la conducta contenida en el tipo hiciera referencia a la concreción de un encuentro entre el sujeto activo y la víctima.

No se desconoce que el fenómeno del *child grooming* por constituirse en una novedad y hasta cierto punto, un terreno desconocido, la reacción ante el fenómeno puede provocar ansiedad y hasta cierto punto desazón, pero hay que tener presente que cualquier tipificación de conductas que se realice, deberá serlo a partir de propuestas serias y acordes que brinden justificación a la respuesta que se estará brindando, ya que de lo contrario, se caerá fácilmente en situaciones que resultan ser más propias de un populismo punitivo⁴⁷.

Es claro que procurar encuentros con personas menores de edad o con quienes sean vulnerables en razón de alguna discapacidad con un fin erótico o sexual, en definitiva, es revelador de un propósito malsano, pero se estima que dicha conducta, claramente reprochable desde la perspectiva ética y social, no parece proporcional que tenga una sanción como la que se muestra en el tipo penal, coincidiendo con que podemos estar ante lo que igualmente se conoce como una forma de tipificación de sospecha⁴⁸, inadmisibles según mi criterio.

Debe recordarse que el Derecho Penal, en el tanto herramienta de poder y como forma más gravosa de respuesta a las situaciones conflictivas de una sociedad, no puede imponer líneas de pensamiento, ni tampoco puede sancionar emociones o deseos, por más que no resulten acordes con el sentir de una mayoría. Se sancionan conductas realizadas por sujetos con pleno conocimiento de su actuar y de sus respectivas consecuencias, pero el tratar de inmiscuirse en la psiquis del sujeto, para escudriñar sus más recónditos deseos, definitivamente viene a deslegitimar cualquier contenido típico.

⁴⁷ Se llega a señalar incluso que se corre el peligro de reconducirse hacia lo que se conoce como Derecho Penal de autor. Silvia Mendoza Calderón. El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores: bullying, cyberbullying, grooming y sexting. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, 164.

⁴⁸ Se parte de un supuesto de manera inadecuada de que la realización de una conducta presupone necesariamente la realización de otras, lo que no es aceptable en un Derecho Penal democrático, aparte de que el Derecho Penal sanciona conductas, pero no puede penalizar simples finalidades, aunque se trate de algunas que puedan ser censurables. Se puede consultar al respecto Octavio García Pérez, Delito de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Anuario de Derecho Penal y ciencias Penales, 1993, 630.

Se suma a esto que el tema de tipos penales que protegen la libertad e indemnidad sexuales ha existido toda una oleada reformista que se ha caracterizado por el incremento de las sanciones bajo el falaz argumento de que con ello se realiza una adecuada protección a las personas menores de edad o en condiciones de vulnerabilidad, con la particularidad de que la respuesta punitiva no parece seguir cánones de proporcionalidad, ya que el procurar un contacto con la persona menor de edad conforme se ha visto, puede originar una sanción entre tres y cinco años de cárcel, en tanto que una relación sexual consentida con una persona menor de edad, pero mayor de quince años y con una diferencia de siete años respecto del sujeto activo, tiene una sanción de dos a tres años de prisión⁴⁹.

Lo anterior revela que, en definitiva, las acciones legislativas no han sido realizadas de manera coherente ni tampoco responsable, por lo que estoy plenamente de acuerdo con quien ha señalado que las disparidades y confusiones en relación con los distintos tipos penales que se encargan de proteger la indemnidad sexual de las personas menores de edad adolecen de lo que puede definirse como esquizofrenia normativa⁵⁰.

Pese a que se puede reconocer que era deseable que el ordenamiento jurídico costarricense tuviese algún tipo de respuesta en lo tocante a la conductas que son englobadas en el *Child Grooming*, no parece que la respuesta legislativa haya sido la mejor, con la salvedad hecha en cuanto a la primera modalidad que se ha analizado y respecto de la que igualmente correspondería señalar que el incremento de la sanción dispuesto por la última reforma⁵¹, no parece haber sido la estrategia más sensata, habida cuenta de que objetivamente, no se contaba con razones que justificaran el incremento, salvo que una razón válida fuera el brindar a la opinión pública una imagen de cero tolerancia con los abusos, de parte del Gobierno de turno.

⁴⁹ Cfr. Artículo 159 inciso 2) del Código Penal.

⁵⁰ Gustavo Eduardo Aboso. Derecho Penal Sexual. Estudio sobre los delitos contra la integridad sexual. Ed.B de F, Montevideo, 2014, 486.

⁵¹ Data de 2021

4. Duplicidad de protección. El caso de la Corrupción de Menores.

Aunque no es el objetivo del presente asunto realizar un estudio exhaustivo sobre las conductas que se encuentran “repetidas” en distintos tipos penales- curiosamente varios de ellos promulgados con poca cercanía en el tiempo, unos de otros- parece que resulta importante analizar el contenido del párrafo segundo del tipo penal de Corrupción, contemplado en el numeral 167 del Código Penal.

Si bien es cierto de una simple lectura del numeral 167 se establece que contiene no uno, sino dos tipos penales radicalmente distintos⁵², el punto de interés radica en el segundo párrafo en donde se señala como conducta punible la siguiente: “La pena será de seis a doce 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”.

Dejando de lado los problemas apuntados en cuanto a la redacción, vemos con claridad que la conducta del tercer supuesto del numeral 167 bis se encuentra claramente duplicada en el artículo que le precede. Lo anotado no soporta ningún tipo de explicación, sino que nuevamente pone de manifiesto la manera descuidada e irresponsable en que se ha procedido a legislar en esta materia, máxime si se toma en cuenta que el 167 igualmente fue reformado por la misma ley que incrementó las sanciones en el 167 bis, que es el que en principio debía contener la figura del *Child Grooming*⁵³.

La problemática generada por el legislador se ve incrementada en razón de que la sanción del segundo párrafo del numeral 167 es bastante más elevada que la del 167 bis,

⁵² De una simple lectura del numeral 167 del Código Penal, se puede establecer que los dos párrafos establecen situaciones que no comparten mayores similitudes, salvo lo relativo a que se ejecutan en perjuicio de personas menores de edad, pero no guardan mayor relación en cuanto a las modalidades de comportamiento. En ese sentido Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José, resolución 207-2021 de las 13 horas con cuarenta y cinco minutos del 13 de febrero de 2021. Hay voto salvado. Dicha sentencia realiza un análisis histórico sumamente amplio sobre la figura de la Corrupción de Menores, destacando nuevamente la deficiente técnica legislativa y particularizando que en el numeral 167 se contemplan dos tipos penales diametralmente diferentes que brindan tutela a situaciones muy distintas. Se puede consultar en <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-1019354>

⁵³ Ambos artículos fueron reformados por el numeral 8 de la Ley 10020 de 9 de septiembre de 2021.

por dos comportamientos que puede señalarse a simple vista, resultarían idénticos, llegando en el caso de la Corrupción, a igualar al mínimo de la pena por Homicidio.

Si se procurase hilar muy delgado y destacar que el segundo párrafo de la Corrupción sanciona la búsqueda de encuentros de carácter sexual en tanto el tipo de Seducción no lo incluye como finalidad necesaria⁵⁴, hay que contraargumentar que evidentemente la tercera modalidad del *Child Grooming* analizada supra, tiene un matiz idéntico, por lo que no sería admisible la procuración de encuentros con persona menor de edad o incapaz de otra forma que la que se encuentra enmarcada por la formulación del tipo penal, porque como ya se indicó, se trataría de comportamientos absolutamente ajenos al Derecho Penal.

La única posible “diferencia” si es que hay tal, sería que la Corrupción de menores contempla la búsqueda de encuentros para otros, aparte del sujeto activo, pero este detalle desde ningún punto de vista permite aclarar el lío que ha originado el legislador nacional y que no es sino revelador de que en pos de lograr la criminalización de conductas, se envía una falsa impresión a la ciudadanía sobre las acciones que se han ejecutado en resguardo de la niñez y adolescencia. El problema es que se sanciona con hasta doce años de prisión la búsqueda de personas menores de edad o incapaces, pero la sanción por algunos actos específicamente de contenido sexual es menor, lo que es incomprensible puesto que lo relativo a las penas debe verse desde una perspectiva sistemática.

Ahora bien: ¿cuál sería el tipo penal aplicable? Creo que a partir de un criterio meramente interpretativo y que igualmente estaría sujeto a discusión, debe tomarse en cuenta de que como los tipos penales fueron “reformados” en un mismo acto legislativo, no se podría aplicar el principio de ley posterior deroga a la anterior, toda vez que su emisión se da a la vez.

⁵⁴ Respecto de la comparación de ambos tipos penales, contrariamente a la posición que aquí se expone, estiman que hay diferencias puntuales entre ambos, pero parten del uso de los verbos rectores, María Alejandra Chacón Salas, y Mariam Sofhía Leal Chaves. “El grooming en Costa Rica”. 115-116.

Considero que desde una perspectiva de prudencia e igualmente a partir de la especificidad que tiene el tipo penal del 167 bis, este sería aplicable de manera preferente sobre el segundo párrafo del tipo penal de Corrupción. No se puede olvidar que el numeral 167 bis que lleva como nomen iuris Seducción, tiene un carácter especial por tutelar o tipificar lo relativo a la utilización de las denominadas TIC para la búsqueda y comunicación con fines eróticos o sexuales con personas menores de edad o incapaces.

Como argumento adicional y primordial, además, en un sistema penal de naturaleza humanista, debe preferirse la solución que implique una menor lesión a los derechos fundamentales, en razón de que lo relativo a la imposición de sanciones es materia odiosa, de ahí que corresponda aplicar el tipo penal de Seducción, que tipifica el *Child Grooming*.

Conclusión

Es más que evidente que las nuevas formas de delincuencia vienen a constituirse en un claro y puntual desafío en el mundo de hoy y eso ha hecho que los Estados procedan a adquirir compromisos para hacerles frente y regular tales acciones.

Dentro de dicha tarea, es claro que las situaciones que contemplan la utilización de las tecnologías de información y comunicación, vienen a ser una especie de territorio desconocido, ante lo que ciertamente el Derecho Penal debe plantar cara, máxime si de alguna forma se generan comportamientos que afecten bienes jurídicos de importancia, como serían los referentes a las personas menores de edad o bien aquellas personas que poseen alguna discapacidad cognitiva que les imposibilita la toma de decisiones en materia del ejercicio de su sexualidad.

Sin embargo, la respuesta del *Ius Puniendi* debe ser proporcional, adecuada, sensata y además armónica con el resto del ordenamiento jurídico y con estricto respeto a los principios que legitiman la intervención del Derecho Penal, por tratarse de la rama del Derecho que conlleva una mayor afectación a las personas administradas.

En el caso del denominado *Child Grooming* o propuestas sexuales a personas menores o incapaces a través de la telemática y sus formas, la realidad es que su creación parece haberse visto afectada por el creciente inflacionismo penal e igualmente por la

errónea idea de que la penalización indiscriminada puede llegar a brindar una solución a los problemas que se originan en la sociedad y al incremento en los índices de la delincuencia.

A partir de la tipificación de las tres modalidades contenidas en el numeral 167 bis del Código Penal, se aprecia que el legislador dejó de lado lo concerniente a la lesividad para realizar un adelantamiento absolutamente excesivo de la tutela penal, recurriendo parcialmente a figuras que si bien es cierto resultan ser toleradas en las situaciones actuales en las que vive el mundo y se desenvuelven la mayor parte de las sociedades occidentales, no siempre resultan ser las más adecuadas para su empleo.

Por otra parte, se ha acudido al peligroso recurso de tipificar como sancionables, acciones que parecen quedarse en la psiquis del sujeto activo, lo que resulta tremendamente preocupante para quienes creemos en la necesidad de que el Derecho Penal sea utilizado única y exclusivamente para los ataques más graves y dañinos a los bienes jurídicos tutelados.

Se coincide con la necesidad de regulación e igualmente con la idea de que los comportamientos en donde una persona adulta se aprovecha de la exposición e inexperiencia bien de alguien menor de edad o a quien se denomina “incapaces” deben tipificarse, pero estimo que con tipificar la primera de las modalidades del tipo penal de Seducción, resultaba más que suficiente para de esta forma brindar una tutela sensata, al sancionar el establecimiento de comunicaciones a través de medios tecnológicos, aunque se tratase de un tipo penal de mera actividad.

La preocupación se ve incrementada cuando se verifica que las sanciones se han venido incrementando a partir de criterios absolutamente desconocidos y que provocan clarísimas incoherencias en el ordenamiento, aparte de que obviamente conllevan dificultades en la aplicación de las conductas por parte de los operadores del sistema, habida cuenta de que la imposición de las sanciones penales debe respetar igualmente determinados principios como el *non bis in idem*, las reglas del concurso de normas y los montos máximos imponibles. Y esto sin hacer referencia a que el Estado Costarricense, no

parece haber apostado por políticas claras de prevención ante el fenómeno del acoso sexual cibernético a menores e incapaces, sino que se ha apostado por lo que pareciera ser la *prima ratio*.

En virtud de que la Política Criminal en los últimos tiempos, lejos de avanzar, ha evidenciado un acentuado retroceso, se espera que las ideas aquí plasmadas, de alguna forma puedan servir como pauta orientadora cuando corresponda bien aplicar la norma relativa al *Child Grooming* o quizá como pauta de reflexión para una reforma integral y armónica en los denominados Delitos Sexuales.

BIBLIOGRAFIA

- Aboso, Gustavo Eduardo. Derecho Penal Sexual. Estudio sobre los delitos contra la integridad sexual. Ed.B de F, Montevideo, 2014.
- Agosto Piñeiro, Mónica El delito online child grooming: alcances y limitaciones. Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico, volumen 50, 2020- 2021, 503-524.
- Arauz Ulloa, Ismael Manuel. El bien jurídico. Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana, Managua, Nicaragua, 6, 2003, 105-120.
- Colás Turégano, Asunción. “Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica” en Menores y redes sociales. Cyberbullying, Ciberstalking, Cibergrooming, pornografía, radicalización y otras formas de violencia en la red. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2016.
- Chacón Salas, María Alejandra y Mariam Sofhía Leal Chaves. “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. Martin Alfonso Rodríguez Miranda, director. Tesis de licenciatura. Universidad de Costa Rica. Sede de Occidente, 2021.
- García Alonso, Alejandro. EL “Child grooming” en el ordenamiento penal español Análisis de la figura delictiva del artículo 183 ter 1 del Código Penal Español. Trabajo Final de graduación, Universidad de Almería, España 2018.
- García Pérez, Octavio. “Delito de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1993, 630

- Gámez-Guadix y otros. “Creencias erróneas sobre el abuso sexual online de menores (“child grooming”) y evaluación de un programa de prevención” en *Psicología Conductual / Psicología Conductual*, Vol. 29, Nº 2, 2021. 283-296.
- Gómez Martínez, Livier y Gaxiola Villa, Eunice. “Child grooming: violencia sexual contra menores por internet como nueva modalidad de delito extendido” en *La investigación Jurídica y sus tendencias*, capítulo 17, Universidad de Sonora, México, 2014.
- González Tascón, María Marta. “El consentimiento de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual a la realización de actos sexuales con terceros” en *Delitos Sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2022
- Luzón Peña, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General, I*. Ed Universitas, Madrid, 1996.
- Mendoza Calderón, Silvia. *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores: bullying, cyberbullying, grooming y sexting*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- 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” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 65, 2012. 179-224
- Ortega Balanza, Marta y Ramírez Romero, Luis. “Amistades peligrosas. El delito de child grooming.” *Portal de Revistas Wolters Kluwer*, no. 5 (2014): 1–9.
- Panizo Galente, Victoriano. El ciber acoso con intención sexual y el grooming. En *Quadernos de Criminología, revista de criminología y Ciencias forenses*. 15, 2011. 22-33.
- Pérez Roda, Alvaro. “El delito de Seducción o encuentros con menores por medios electrónicos desde la perspectiva Penal Juvenil” en *Revista de Ciencias Jurídicas* 153, San José, 2020. 223-250.

- Pérez Vallejo, Ana María y Fátima Pérez Ferrer. “III. La Reparación Del Daño Por Acoso Ciberacoso, Child Grooming y Sexting.” En *Bullying, Ciberbulluig y Acoso Con Elementos Sexuales*,. España: Dykinson, 2016. 216–232
- Scheechler Corona. Christian. “El child grooming en la legislación penal chilena: sobre los cambios al artículo 366 quáter del código penal introducidos por la ley n 20.526” en *Revista chilena de derecho y ciencia política* - VOL. 3, N° 1, 2012. 55-78.
- Villacampa Estiarte, Carolina. *El delito de On Line Child Grooming o propuesta sexual telemática a menores*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.