

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS AMÉRICAS

FACULTAD DE DERECHO

**TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN PARA OPTAR POR EL GRADO DE
LICENCIATURA EN DERECHO**

Título de la investigación:

"Análisis de las implicaciones legales y vacíos del artículo 174 bis del Código Penal de Costa Rica en la alteración de fotografías con fines sexuales mediante el uso de inteligencia artificial."

Nombre del estudiante:

María José Murillo Soto

Tutor:

Edwin Retana Carrera

Sede San José

Julio, 2025

Tabla de contenido

INTRODUCCION	1
Capítulo I. Generalidades de tema	3
Planteamiento del problema.....	3
Justificación	3
Pregunta de investigación	4
Relevancia jurídica	5
Relevancia académica y contribución al derecho penal	6
Relevancia social.....	6
Enfoque integral del problema	7
1.3 Objetivos.....	9
Objetivo General	9
Objetivos Específicos	9
Antecedentes.....	10
Antecedentes Internacionales.....	10
España – El caso Luce y la sexualización de personajes ficticios con IA.....	11
España – Posición de la Fiscalía Española sobre los deepfakes sexuales y la necesidad de tipificación específica.....	13
España – Deepfakes y desinformación: impacto social y riesgos para el derecho a la imagen.....	15
México – Pornografía deepfake: desafíos éticos y legales	17

Reino Unido – Respuesta legal frente a los deepfakes explícitos generados por IA.....	19
Antecedentes Nacionales	21
Costa Rica – Análisis doctrinal del delito de pornografía virtual y pseudo pornografía en el Código Penal	21
Costa Rica – Propuesta académica para la protección penal del derecho a la imagen en entornos digitales.....	22
Capítulo II. Marco Teórico.....	24
Edición de imágenes: delimitación jurídica.....	27
Difusión de imágenes: naturaleza jurídica y límites.....	27
Naturaleza no autorizada: punto de ilicitud.....	28
Recontextualización de imágenes.....	28
Alteración del contenido visual	29
Divulgación sin conocimiento.....	29
Edición con finalidad sugestiva o engañosa	29
Regulación Internacional.....	41
Regulación Nacional.....	42
Análisis del artículo 174 bis del Código Penal de Costa Rica	43
Respuestas Penales Internacionales Ante La Simulación Sexual Digital No Consentida.....	54
Capítulo III. Marco Metodológico	62
Capítulo IV	67
Análisis de Resultados	67
Capítulo V	83
Conclusiones y Recomendaciones Finales.....	83
Conclusiones por objetivos específicos	83
Recomendaciones	89
Referencias Bibliográficas	92

ANEXOS.....	96
-------------	----

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el derecho a la imagen ha adquirido una importancia cada vez más notoria en Costa Rica, en parte como consecuencia del crecimiento exponencial de tecnologías emergentes que desafían las nociones tradicionales de intimidad, consentimiento y dignidad. La inteligencia artificial (IA), particularmente en su aplicación a la alteración y creación de imágenes, ha abierto una puerta a nuevas formas de vulneración de derechos que no estaban previstas en el diseño original de muchos cuerpos normativos, incluido el costarricense.

Este nuevo escenario ha generado avances importantes, pero también ha expuesto a las personas a riesgos que no estaban contemplados por las estructuras jurídicas tradicionales.

Estas tecnologías, inicialmente diseñadas con fines artísticos o publicitarios, han sido utilizadas de forma creciente para la creación de imágenes sexualizadas falsas sin consentimiento, lo que representa una modalidad de violencia simbólica, digital y de género. Este tipo de agresión vulnera derechos fundamentales como la intimidad, la dignidad, el honor y, de manera especial, el derecho a la imagen, que ha cobrado especial relevancia en el contexto actual.

El Artículo 174 bis del Código Penal costarricense fue introducido con la finalidad de sancionar la creación y difusión de representaciones pornográficas simuladas que involucren menores de edad, incluso si estos no son reales. No obstante, su redacción limitada deja por fuera una serie de situaciones emergentes, como el uso de imágenes de personas adultas alteradas digitalmente con fines sexuales, aun sin participación directa de la víctima. Este vacío jurídico resulta problemático frente al contexto tecnológico actual, en el cual cualquier persona con acceso a ciertos programas puede generar contenido falsificado con consecuencias devastadoras para la reputación y bienestar de terceros.

En este contexto, la presente investigación busca analizar si es jurídicamente suficiente y técnicamente precisa para responder a los desafíos que plantea el uso de inteligencia artificial en la alteración de imágenes con fines sexuales. Se parte de la premisa de que los avances tecnológicos han superado la velocidad de reacción legislativa, lo cual genera una asimetría

peligrosa entre los medios utilizados para vulnerar derechos y las herramientas jurídicas disponibles para su defensa.

Para lograrlo, se examinarán los fundamentos legales del derecho a la imagen en el ordenamiento jurídico costarricense, así como sus tensiones con otros derechos fundamentales como la libertad de expresión o creación digital. Asimismo, se abordarán experiencias normativas y jurisprudenciales de países que han iniciado procesos de reforma para enfrentar esta problemática, permitiendo así identificar posibles líneas de acción para una futura adecuación normativa en Costa Rica.

Cabe destacar que este fenómeno no solo afecta a figuras públicas, sino que puede impactar gravemente a personas comunes, mayoritariamente mujeres, cuyos rostros son extraídos de redes sociales y utilizados para crear contenido pornográfico falso. Esta realidad exige una reflexión jurídica profunda sobre los límites del consentimiento en el ámbito digital, la función preventiva del derecho penal, y la necesidad de reconocer nuevos tipos penales que contemplen la alteración de imágenes como una forma autónoma de violencia simbólica y tecnológica.

En definitiva, este estudio pretende ser un insumo para el desarrollo de un marco legal más integral, actualizado y garantista, capaz de enfrentar las amenazas emergentes que afectan los derechos de las personas en la era digital.

Capítulo I. Generalidades de tema

Planteamiento del problema

El avance tecnológico ha generado una transformación radical en las formas de comunicación, acceso a la información y producción de contenidos. Sin embargo, esta evolución también ha facilitado el surgimiento de nuevas modalidades de violencia que escapan a los moldes tradicionales del derecho penal. Una de las manifestaciones más alarmantes es la alteración de imágenes reales mediante inteligencia artificial para simular contenido sexual, práctica que se ha popularizado a través de los llamados deepfakes.

Este fenómeno afecta directamente el derecho a la imagen, la privacidad y la dignidad de las personas, al ser expuestas en contenido visual que nunca consintieron ni protagonizaron. A pesar de la gravedad del daño causado, el marco jurídico costarricense carece de una tipificación clara y específica para sancionar estas conductas cuando las víctimas son personas adultas. El artículo 174 bis del Código Penal está limitado a la protección de menores, lo cual deja un vacío legal respecto de las agresiones digitales contra adultos.

La falta de una figura penal autónoma o de una reforma adecuada al artículo 174 bis impide que las autoridades judiciales cuenten con herramientas eficaces para investigar, procesar y sancionar estos hechos. Aunque otras normas, podrían invocarse en ciertos casos, su ámbito de aplicación es restringido y no abarca con claridad el fenómeno de la manipulación digital mediante IA.

Justificación

La transformación digital ha generado nuevas formas de comunicación, creación de contenido y socialización, pero también ha propiciado formas innovadoras de agresión y violencia. La alteración de imágenes con fines sexuales mediante inteligencia artificial representa una de estas nuevas amenazas. Su facilidad de ejecución, su rápida propagación en redes sociales, y el anonimato con el que puede realizarse convierten esta práctica en un fenómeno urgente de abordar desde el derecho penal.

Desde un enfoque jurídico, esta investigación reviste importancia porque parte del análisis de un vacío normativo evidente: la ausencia de una regulación penal que contemple expresamente la manipulación digital de imágenes de personas adultas con fines sexuales. Si bien el artículo 174 bis del Código Penal protege a menores de edad frente a la pornografía simulada, la norma no abarca situaciones en las que las víctimas son personas mayores de edad, lo cual genera una laguna en la tutela de bienes jurídicos como la imagen, la intimidad y el consentimiento.

Desde una perspectiva académica, el trabajo contribuye al debate doctrinal sobre la necesidad de adaptar los tipos penales a fenómenos que no encajan fácilmente en las categorías tradicionales. Se problematiza la tipicidad, el bien jurídico protegido y la proporcionalidad de la pena, a partir de un enfoque que considera la tecnología como instrumento de agresión simbólica y sexual.

En el plano social, la relevancia es innegable. Este fenómeno afecta de forma especial a mujeres, adolescentes, figuras públicas y personas cuya imagen se encuentra expuesta en medios digitales. La ausencia de una respuesta penal adecuada no solo perpetúa la impunidad, sino que revictimiza a quienes se ven expuestas en contenido falso con consecuencias devastadoras en su vida personal, familiar y profesional.

Por tanto, la investigación se justifica como un esfuerzo para contribuir al fortalecimiento del marco penal costarricense, desde un enfoque garantista, que proteja de forma integral los derechos de las personas frente a nuevas formas de agresión digital.

Pregunta de investigación:

¿Es jurídicamente suficiente el artículo 174 bis del Código Penal de Costa Rica para sancionar la alteración de imágenes con fines sexuales mediante inteligencia artificial, o existen vacíos legales que requieren una reforma penal específica?

Relevancia jurídica

El artículo 174 bis, pese a su carácter innovador al momento de su incorporación en 2013, se ha visto superado por el avance de tecnologías que permiten la creación de contenido sexual falso sin necesidad de contacto directo con la víctima ni participación humana en la ejecución de los hechos. Esta superación no solo es de tipo técnico, sino dogmática, ya que su redacción, orientada exclusivamente a la protección de menores, no abarca el elemento subjetivo vinculado a la creación de contenido simulado mediante inteligencia artificial, ni contempla como bien jurídico autónomo la autodeterminación sobre la imagen en el contexto de los adultos.

El tipo penal vigente se centra en la protección de la infancia frente a representaciones pornográficas ficticias, pero deja fuera conductas igualmente lesivas cuando la víctima es mayor de edad.

La posibilidad de alterar una imagen real o construir una nueva a partir de rasgos faciales extraídos de redes sociales, y utilizarla para fines sexuales o de explotación, plantea interrogantes sobre la eficacia del actual marco legal para sancionar estas conductas. La falta de tipificación específica impide considerar la manipulación digital de imágenes como una forma autónoma de agresión simbólica y tecnológica, lo cual dificulta su persecución penal.

Esta investigación busca evaluar si el artículo 174 bis es suficiente para abordar estas nuevas realidades o si presenta vacíos que obstaculizan una aplicación adecuada del principio de legalidad penal. Asimismo, se analizarán experiencias comparadas en otras jurisdicciones que han promovido reformas o leyes específicas para sancionar el uso de inteligencia artificial en la creación de pseudo pornografía, con el objetivo de identificar alternativas viables y adaptables al contexto costarricense.

Desde una perspectiva de derechos humanos, la alteración de imágenes con fines sexuales vulnera principios fundamentales como la autonomía, el consentimiento y el libre desarrollo de la personalidad. La inexistencia de disposiciones penales claras sobre este fenómeno puede traducirse en impunidad para los agresores y revictimización para quienes son objeto de estos contenidos. Por lo tanto, el estudio busca visibilizar la urgencia de una reforma penal que reconozca este tipo de violencia digital como una amenaza real, actual y merecedora de sanción específica.

Relevancia académica y contribución al derecho penal

El presente trabajo constituye un aporte sustancial a la doctrina penal costarricense, al abordar una problemática emergente que ha sido escasamente tratada por la academia jurídica nacional: la intersección entre inteligencia artificial, derecho penal y protección de la imagen personal en entornos digitales. Esta relación plantea nuevos retos en la interpretación de tipos penales tradicionales, así como en la identificación de bienes jurídicos vulnerados por prácticas tecnológicamente mediadas.

Más allá de identificar los vacíos legales presentes en la legislación vigente, la investigación propone una lectura crítica, fundamentada y actualizada del artículo 174 bis, considerando su alcance limitado en relación con conductas que afectan a personas adultas mediante la manipulación digital de sus imágenes con fines sexuales. En este sentido, se analiza la tipicidad penal, los elementos subjetivos del tipo y la adecuación entre la conducta y el bien jurídico protegido, desde una óptica que considera la evolución social y tecnológica.

Desde el punto de vista metodológico y teórico, este estudio sienta bases relevantes para futuras investigaciones jurídicas sobre los límites del derecho penal frente a tecnologías disruptivas. Con ello, se contribuye al desarrollo de nuevas categorías analíticas que permitan interpretar adecuadamente fenómenos como los deepfakes sexuales, los cuales, por su naturaleza híbrida entre lo real y lo ficticio, exigen marcos teóricos flexibles y normativamente sólidos.

Además, los hallazgos obtenidos permiten identificar con precisión las lagunas normativas actuales y proponer lineamientos orientados a una reforma legislativa informada y garantista, que respete los principios del derecho penal moderno. Su aplicación potencial trasciende el ámbito académico, constituyéndose en un insumo técnico útil para jueces, fiscales, defensores, legisladores y operadores jurídicos que enfrentan la necesidad de responder a agresiones digitales para las que el ordenamiento jurídico aún no ofrece herramientas claras.

Relevancia social

La alteración de imágenes con fines sexuales mediante inteligencia artificial genera consecuencias devastadoras para las víctimas, quienes pueden enfrentar daños irreversibles en su

salud mental, su vida familiar, sus relaciones personales, su reputación e incluso su estabilidad profesional. Esta modalidad de violencia digital no es un fenómeno abstracto o aislado, sino una práctica concreta y creciente que vulnera derechos fundamentales y profundiza desigualdades estructurales.

A diferencia de otras formas de violencia, este tipo de agresión ocurre en espacios digitales que potencian su alcance, permanencia y viralización, y donde los mecanismos de control son aún limitados. Si bien inicialmente se pensaba que afectaba únicamente a figuras públicas, hoy se reconoce que personas comunes —especialmente mujeres— son blanco frecuente de estas prácticas, al ser sus imágenes tomadas de redes sociales sin consentimiento para ser manipuladas digitalmente con fines sexuales.

Esta realidad incrementa la sensación de indefensión y exposición constante, lo cual se ve agravado por la falta de respuesta legal efectiva. Las víctimas no solo enfrentan un daño directo, sino también una revictimización al intentar denunciar o buscar protección, debido a la ausencia de tipos penales específicos o marcos normativos eficaces que contemplen esta forma de agresión.

A nivel colectivo, la proliferación de contenido sexual falso fabricado con IA erosiona la confianza en el ecosistema digital, contribuyendo a la normalización de la violencia simbólica, el acoso virtual y la diseminación de desinformación. Esto genera un efecto multiplicador que afecta la convivencia democrática, la percepción de justicia y la legitimidad institucional. En este contexto, la existencia de vacíos normativos debilita la confianza ciudadana en el sistema judicial, comprometiendo la efectividad del principio de justicia pronta y cumplida, pilar esencial del Estado de Derecho.

Enfoque integral del problema

La problemática abordada en esta investigación no puede ser comprendida ni resuelta desde una única perspectiva jurídica, ya que se inserta en una realidad multidimensional que exige un enfoque integral e interdisciplinario. La alteración de imágenes mediante inteligencia artificial con fines sexuales constituye no solo una infracción penal, sino también una violación directa a

derechos fundamentales reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos, como el derecho a la vida privada, la identidad personal, la integridad psicológica y el honor.

Desde la perspectiva de la prevención del delito, esta investigación reviste especial importancia. En lugar de adoptar una visión exclusivamente reactiva, se plantea la necesidad de que el sistema penal costarricense se anticipe a las amenazas tecnológicas, incorporando tipos penales modernos, formulados con claridad dogmática y sensibilidad social. La falta de normativas específicas genera un entorno de incertidumbre jurídica, que favorece la expansión de estas conductas, al reducir la percepción de riesgo y sanción entre los ofensores.

De igual forma, el abordaje del fenómeno exige una perspectiva de género sólida, dado que múltiples estudios han evidenciado que la mayoría de víctimas de contenido sexual falsificado mediante IA son mujeres. En estos casos, la manipulación de imágenes se convierte en una herramienta de control simbólico, cosificación y silenciamiento, que perpetúa esquemas estructurales de violencia patriarcal digitalizada. Frente a esta realidad, el derecho penal está llamado no solo a sancionar, sino también a proteger activamente y reparar integralmente a las víctimas, reconociendo el carácter estructural de esta forma de violencia.

La ausencia de desarrollo doctrinal y jurisprudencial en Costa Rica frente a estas prácticas deja a muchos operadores jurídicos sin criterios claros para resolver los casos concretos. Por ello, el presente estudio también busca llenar ese vacío teórico, aportando herramientas interpretativas útiles para la construcción futura de una jurisprudencia coherente con los desafíos del entorno digital.

Finalmente, la relevancia de este trabajo radica en su contribución a la evolución del derecho penal como disciplina viva, que debe mantenerse en constante diálogo con la realidad. En un mundo cada vez más digitalizado, donde la frontera entre lo real y lo artificial se difumina, se vuelve urgente redefinir nociones clásicas como autoría, consentimiento, daño y responsabilidad penal, desde marcos analíticos adaptados a las dinámicas de vulnerabilidad tecnológica.

1.3 Objetivos

Objetivo General

Analizar la suficiencia jurídica del Artículo 174 bis del Código Penal de Costa Rica frente a la manipulación de imágenes con fines sexuales mediante inteligencia artificial, con el propósito de proponer reformas legislativas que garanticen la protección de los derechos a la imagen, la intimidad y la dignidad de las personas adultas en el entorno digital.

Objetivos Específicos

- Examinar el alcance y las limitaciones del artículo 174 bis, evaluando si su redacción actual permite sancionar la alteración y generación de imágenes sexuales falsas con inteligencia artificial.
- Identificar el bien jurídico tutelado en los casos de alteración de imágenes con IA, analizando cómo se vulneran los derechos a la intimidad, la imagen y la integridad moral en el contexto digital.
- Comparar las legislaciones y jurisprudencias internacionales que han regulado la pornografía simulada o el uso de IA con fines sexuales, a fin de obtener alternativas legislativas viables para Costa Rica.
- Proponer una reforma al artículo 174 bis y que esta nueva figura penal tipifique la creación y difusión de contenido sexual falso mediante herramientas tecnológicas, garantizando una protección efectiva para las víctimas.

Antecedentes

El presente apartado tiene como objetivo contextualizar la investigación mediante el análisis de antecedentes relevantes sobre la manipulación de imágenes con fines sexuales mediante inteligencia artificial (IA). Se incluyen investigaciones previas, tanto a nivel internacional como nacional, que permiten comprender la evolución de la problemática, la respuesta legal en distintas jurisdicciones, los esfuerzos de regulación y las deficiencias detectadas en la normativa vigente. Estos antecedentes constituyen la base para el análisis jurídico del artículo 174 bis del Código Penal costarricense en relación con la alteración digital de imágenes y los deepfakes sexuales.

El desarrollo de la IA y su aplicación en la manipulación de imágenes ha evolucionado aceleradamente en las últimas décadas. Los denominados deepfakes, surgidos a finales de la década de 2010, aparecieron cuando los avances en redes neuronales generativas permitieron alterar de manera realista videos e imágenes. Inicialmente concebidos para fines recreativos o artísticos, su uso se ha expandido hacia la producción de contenido sexual no consensuado, generando debates internacionales sobre su regulación y criminalización (Chesney & Citron, 2019). La proliferación de esta tecnología ha evidenciado vacíos normativos en diversos sistemas jurídicos, lo que dificulta la sanción efectiva de estas conductas.

La alteración digital de imágenes mediante IA no solo vulnera la privacidad y dignidad de las víctimas, sino que plantea desafíos complejos para los sistemas judiciales, que deben adaptarse a las nuevas tecnologías y establecer mecanismos eficaces de prevención, detección y sanción. En este contexto, la presente sección documenta y analiza investigaciones internacionales y nacionales que han abordado esta problemática, identificando sus principales hallazgos, metodologías y aportes a la comprensión de los riesgos jurídicos y sociales que plantea la manipulación sexual de imágenes en el entorno digital.

Antecedentes Internacionales

España – El caso Luce y la sexualización de personajes ficticios con IA

Fuente: *"La sexualización con IA de la mascota vaticana Luce y los límites de la regla 34 de internet: todo se puede 'pornografiar'" – El País Tecnología (2024)*

El estudio se focaliza en el caso de Luce, la mascota oficial del Vaticano para el Jubileo 2025, diseñada por Simone Legno, que en menos de 24 horas tras su presentación fue objeto de alteraciones con IA para generar contenido sexualizado, lo que da vigencia a la -Regla 34- si algo existe en internet, hay pornografía de ello.

Aborda también otros casos donde la IA ha sido utilizada para modificar personajes ficticios de diversas franquicias cinematográficas, videojuegos y producciones televisivas. Este fenómeno ha generado un mercado digital donde las imágenes alteradas circulan de manera masiva en plataformas como foros, redes sociales y sitios web de contenido para adultos, muchas veces sin el conocimiento o consentimiento de los creadores originales.

Más allá del entretenimiento, el informe plantea la preocupación de que esta tecnología está siendo usada para sexualizar imágenes de personajes asociados a audiencias infantiles y juveniles, lo que levanta alarmas sobre la exposición temprana de menores a contenido altamente inadecuado. Asimismo, se menciona el impacto que este tipo de material puede tener en la percepción de la sexualidad y en la construcción de estereotipos perjudiciales.

Este análisis es crucial para comprender los desafíos éticos y legales que surgen con el uso de la IA en la manipulación de imágenes, especialmente en la creación de contenido sexualizado sin consentimiento. La rapidez con la que Luce fue transformada en contenido inapropiado pone de manifiesto la facilidad con la que la IA puede ser utilizada para tales fines, evidenciando la necesidad de establecer límites claros y regulaciones efectivas en el entorno digital.

Se basa en un análisis de caso y una reflexión ética sobre las implicaciones de la sexualización de personajes ficticios mediante IA. A través de la observación de casos recientes y la revisión de la normativa vigente, se concluye que las leyes actuales no han evolucionado al ritmo de la tecnología, dejando un vacío legal que permite la proliferación de este tipo de contenido sin consecuencias legales para los responsables.

Examinan cómo las reacciones de la comunidad digital han variado, con posturas que van desde la defensa de la libertad creativa hasta críticas sobre la falta de regulaciones éticas. Algunos desarrolladores de IA han implementado restricciones en sus modelos para prevenir la generación de contenido explícito, mientras que otros defienden el derecho de los usuarios a crear cualquier tipo de material sin limitaciones.

Esta dicotomía refleja la tensión existente entre la innovación tecnológica y las responsabilidades éticas de quienes desarrollan y utilizan estas herramientas.

Relevancia para el derecho a la imagen

La manipulación de imágenes de personajes ficticios, como Luce, mediante IA, plantea serias cuestiones sobre el derecho a la imagen y la ética digital. Aunque los personajes ficticios no poseen derechos de imagen, la facilidad con la que se puede generar contenido sexualizado de ellos puede normalizar prácticas inapropiadas y afectar la percepción pública, especialmente entre menores de edad que pueden estar expuestos a este tipo de contenido.

La expansión de la IA en la generación de contenido sexualizado de personajes ficticios introduce interrogantes sobre el consentimiento digital y el impacto en la percepción de la sexualidad en espacios virtuales. En lugar de centrarse exclusivamente en la regulación, este estudio propone:

- Creación de códigos éticos en la industria creativa y tecnológica, promoviendo el uso responsable de la IA en la generación de contenido visual.
- Investigación sobre los efectos psicológicos y socioculturales de la difusión masiva de imágenes alteradas con IA, para comprender mejor cómo influye en la percepción de la sexualidad y la privacidad digital.
- Desarrollo de herramientas de transparencia digital, que permitan a los usuarios distinguir de manera clara el contenido generado por IA, fomentando el uso de etiquetas visibles y rastreables en plataformas digitales.

Este estudio destaca la urgencia de replantear el papel de la IA en la creación de contenido y de diseñar estrategias centradas en la educación digital, la investigación interdisciplinaria y la participación de actores tecnológicos en la protección de la integridad digital.

España – Posición de la Fiscalía Española sobre los deepfakes sexuales y la necesidad de tipificación específica

Fuente: *"La Fiscalía española y la criminalización de los deepfakes sexuales"* – AS Sociedad (2024)

El informe elaborado por la Redacción de AS Sociedad (2024) analiza la solicitud de la fiscalía general del Estado de España para que los deepfakes sexuales sean tipificados como delito en el Código Penal español. Esta petición surge en respuesta al aumento significativo de casos en los que la inteligencia artificial se utiliza para manipular imágenes con fines sexuales sin consentimiento, afectando tanto a menores de edad como a figuras públicas.

Uno de los casos más impactantes que impulsó esta iniciativa legal ocurrió en Almendralejo, donde un grupo de adolescentes utilizó herramientas de inteligencia artificial para generar imágenes sexualizadas de sus compañeras de clase y posteriormente difundirlas en redes sociales. Este hecho puso en evidencia la ausencia de regulaciones claras y sanciones específicas en España para abordar esta problemática, generando un debate sobre la impunidad de los responsables y la necesidad de actualizar el marco legal.

El informe también analiza la legislación comparada, observando países como Francia y Reino Unido, que han implementado leyes específicas para penalizar la creación y difusión de deepfakes con contenido sexual no consentido. En estos países, las normativas vigentes han facilitado la persecución judicial de los responsables, lo que ha permitido una respuesta más eficaz ante este tipo de delitos digitales.

Importancia del estudio

Respaldan la urgencia de reformar la legislación española para incluir los deepfakes sexuales como un delito específico. Se plantea que la falta de una regulación adecuada no solo

limita la protección de las víctimas, sino que también dificulta la persecución judicial de los agresores.

La fiscalía general del Estado enfatiza que el actual Código Penal contempla delitos relacionados con la intimidad y la imagen, pero no aborda explícitamente la manipulación digital de imágenes con fines sexuales. El informe de la fiscalía general del Estado de España propone la criminalización de los deepfakes sexuales en el Código Penal, respondiendo al aumento de casos donde menores y figuras públicas han sido víctimas de esta práctica.

Se analiza el caso de Almendralejo, donde un grupo de adolescentes utilizó IA para crear imágenes sexualizadas de sus compañeras. Este suceso evidenció la ausencia de regulaciones claras y sanciones específicas, generando debate sobre la necesidad de actualizar el marco legal.

Comparando con legislaciones en Francia y Reino Unido, donde estas prácticas ya son penalizadas, el estudio argumenta la necesidad de reformas en España. Entre las recomendaciones se incluyen:

- Modificación del Código Penal para tipificar estos delitos.
- Refuerzo de garantías jurídicas en el ámbito digital.
- Mecanismos efectivos de eliminación de contenido ilícito.

A partir de este análisis, se llegó a la conclusión de que sin una tipificación clara en el Código Penal, muchas de estas prácticas quedan impunes, dejando a las víctimas sin una vía legal efectiva para denunciar estos delitos.

Relevancia para el derecho a la imagen

El fenómeno de los deepfakes sexuales supone una grave vulneración del derecho a la imagen al permitir la alteración de fotografías y videos de personas sin su autorización. Este tipo de contenido, al difundirse en internet, puede generar daños irreversibles en la vida de las víctimas, quienes quedan expuestas a la manipulación de su identidad visual sin posibilidad de control o consentimiento.

Además del impacto personal y emocional, este fenómeno abre un debate sobre la necesidad de reforzar las garantías jurídicas en el ámbito digital. La facilidad con la que se pueden producir y compartir estos materiales exige una respuesta legal más ágil y eficaz.

En este sentido, la falta de regulaciones claras sobre la eliminación y rastreo de estos contenidos complica la labor de las autoridades y prolonga el daño para quienes han sido víctimas de esta práctica.

El estudio enfatiza que el avance tecnológico debe ir acompañado de medidas que aseguren el derecho al control sobre la propia imagen, evitando que el anonimato digital permita la impunidad de quienes crean y distribuyen estos contenidos de forma malintencionada.

España – Deepfakes y desinformación: impacto social y riesgos para el derecho a la imagen

Fuente: *"Los bulos de la IA y su impacto en la desinformación y la erosión social"* – Cadena SER Vitoria (2024)

El estudio destaca cómo la IA ha sido utilizada para generar contenido manipulado, incluyendo noticias falsas y *deepfakes*, con graves repercusiones en la estabilidad social y política. Además, se pone énfasis en el impacto de estos bulos en la violencia digital contra mujeres y otros grupos vulnerables, lo que refuerza la preocupación sobre el uso malicioso de esta tecnología.

Descubrió la relación entre la IA y la desinformación masiva, analizando los retos que esto supone para la regulación legal y la identificación de contenidos alterados. Se examinan casos en los que los bulos creados con IA han sido utilizados para influir en la opinión pública, afectar procesos electorales y polarizar a la sociedad. Además, se exploran las dificultades de las plataformas digitales y organismos reguladores para mitigar este problema de manera efectiva.

La investigación se basa en un enfoque cualitativo y analítico, utilizando el método de estudio de casos y revisión documental. Se recopilieron datos de fuentes periodísticas verificadas, informes de organizaciones de derechos digitales y testimonios de personas afectadas por la desinformación generada con IA. También se analizaron iniciativas de grupos de investigación

como Alboan y FEMIAS, que han trabajado en la detección de sesgos en los modelos de IA y en el acompañamiento de víctimas.

Las conclusiones se obtuvieron mediante:

- La identificación de patrones en la creación y difusión de bulos digitales.
- El análisis de regulaciones existentes y su eficacia en distintos países.
- Entrevistas y testimonios de expertos en tecnología y derecho digital.
- Estudio de tendencias en redes sociales y su influencia en la opinión pública.

Este enfoque permitió comprender de manera integral los efectos de la desinformación generada con IA y proponer estrategias para su mitigación.

Relevancia del estudio para el derecho a la imagen

Esta referencia resulta de suma importancia para el estudio del derecho a la imagen debido a la facilidad con la que la IA puede ser utilizada para crear contenido falso que afecta la reputación y privacidad de las personas. La propagación de bulos con imágenes manipuladas, en especial a través de *deepfakes*, vulnera los derechos individuales y puede tener consecuencias devastadoras en la vida de quienes son objeto de estas falsificaciones.

Apunta a que la proliferación de noticias falsas generadas con IA contribuye a la polarización social, afectando la confianza en los medios de comunicación y en las instituciones. Como respuesta a esta problemática, se proponen una acción coordinada entre gobiernos, empresas tecnológicas y organizaciones de la sociedad civil para contrarrestar la propagación de contenido falso. Algunas de las estrategias recomendadas incluyen:

- Implementación de regulaciones claras para identificar y sancionar el uso malintencionado de la IA en la generación de desinformación.
- Desarrollo de tecnologías de detección de *deepfakes* que permitan la identificación rápida de contenido manipulado.
- Fomento de la alfabetización digital para que la población pueda reconocer y evitar la propagación de noticias falsas.

- Mayor compromiso por parte de las plataformas digitales para eliminar y sancionar la difusión de contenido manipulado.

Las conclusiones incluyen recomendaciones como el desarrollo de herramientas tecnológicas para la detección rápida de deepfakes, la creación de regulaciones claras que sancionen su uso malicioso y el impulso de programas de alfabetización digital que permitan a la ciudadanía reconocer y evitar la propagación de contenido manipulado.

México – Pornografía deepfake: desafíos éticos y legales

Fuente: *"Pornografía deepfake: desafíos éticos y legales en la era de la inteligencia artificial" – Revista Electrónica Científica de Investigación Educativa (2024)*

A lo largo del análisis, se identifican casos en los que figuras públicas, celebridades y personas anónimas han sido objeto de este tipo de violencia digital. Un aspecto relevante que se resalta es la accesibilidad creciente a herramientas avanzadas de manipulación audiovisual, lo que facilita la producción de este contenido sin restricciones significativas.

El estudio también examina la función de las plataformas digitales en la difusión de estos materiales. Se pone de relieve cómo la velocidad con la que circulan las imágenes y videos dificulta su eliminación y, en consecuencia, la protección de las víctimas.

Desde una perspectiva ética, la pornografía mediante edición, plantea serias problemáticas en torno al consentimiento, la privacidad y la dignidad humana. La alteración de imágenes sin autorización constituye una infracción a los derechos fundamentales, generando repercusiones psicológicas y sociales significativas.

Uno de los aspectos más preocupantes es la cosificación y exposición de las víctimas, quienes pueden ser objeto de humillación pública, acoso o extorsión. La facilidad con la que se generan estos contenidos aumenta el riesgo de que cualquier persona, independientemente de su relevancia pública, pueda ser víctima de esta forma de agresión digital, lo que complica aún más la identificación y sanción de los responsables.

Advierten sobre la normalización de una cultura de impunidad en el entorno digital, donde la difusión de este contenido supera la capacidad de intervención de las plataformas y las autoridades. La falta de medidas regulatorias específicas y la ausencia de controles eficaces en la eliminación de estos materiales contribuyen a la permanencia del problema, permitiendo que estos archivos continúen circulando en internet sin restricciones.

La difusión de este material puede acarrear graves consecuencias psicológicas, tales como estrés, ansiedad y afectaciones en la autoestima. La permanencia de estos contenidos en internet prolonga el daño para las víctimas, dado que su eliminación es un proceso complejo y, en la mayoría de los casos, parcial o ineficaz.

Ante este panorama, se plantea la necesidad de establecer herramientas legales y tecnológicas que permitan a las víctimas recuperar el control sobre su identidad digital. Es imperativo implementar mecanismos de detección temprana, agilizar los procesos judiciales para la eliminación de contenido no autorizado y establecer sanciones proporcionales a la gravedad de estas infracciones.

Más allá de las sanciones legales, el informe sugiere la adopción de estrategias preventivas que permitan contener la creación y propagación de deepfakes pornográficos antes de que causen daños irreparables.

Entre los principales retos identificados destacan:

- El desarrollo de tecnologías avanzadas de autenticación digital, como marcas de agua invisibles y sistemas de rastreo de imágenes manipuladas, que faciliten la identificación del origen de estos contenidos.
- El fortalecimiento de la educación digital, promoviendo campañas de concienciación para sensibilizar a la sociedad sobre los riesgos y consecuencias de esta problemática.
- La creación de mecanismos de denuncia más accesibles y eficientes, que permitan a las víctimas obtener apoyo inmediato y agilizar la eliminación de los materiales en tiempos reducidos.

- El establecimiento de acuerdos internacionales, que favorezcan la armonización de criterios normativos y refuercen la cooperación entre países en la lucha contra este tipo de delitos digitales.

El documento evidencia el crecimiento exponencial de la pornografía deepfake y la insuficiencia de las medidas vigentes para abordar esta problemática. La capacidad de la inteligencia artificial para generar imágenes y videos de índole sexual sin consentimiento representa un desafío sin precedentes en materia de derechos digitales, privacidad y protección de la identidad personal.

Reino Unido – Respuesta legal frente a los deepfakes explícitos generados por IA

Fuente: *La batalla legal contra los deepfakes explícitos generados por IA*. Nilsson, P., & Murgia, M. (2024).

El estudio se basa en analizar a fondo los desafíos legales y tecnológicos existentes en la lucha contra los deepfakes explícitos generados por inteligencia artificial, centrándose en aquellas deficiencias normativas que dificultan la sanción y erradicación de este tipo de contenido. A través del análisis de casos recientes, el estudio expone cómo la evolución de las herramientas de inteligencia artificial ha permitido la creación y difusión de deepfakes sexuales sin consentimiento, lo que representa una forma de violencia digital con graves implicaciones para la privacidad, la dignidad y la seguridad de las víctimas.

Se destaca la ausencia de leyes específicas en Estados Unidos, donde la falta de regulaciones federales genera dificultades para enjuiciar a los responsables. En contraposición, se examinan modelos legales en países como el Reino Unido y Australia, que han adoptado legislación para criminalizar la difusión contenido de este tipo, que han implementado un enfoque más severo al sancionar no solo a quienes crean estos contenidos, sino también a quienes los comparten y consumen.

Este estudio también aborda el papel de las plataformas digitales y la responsabilidad que deben asumir en la detección y eliminación de deepfakes perjudiciales.

La investigación resalta la necesidad de desarrollar herramientas tecnológicas avanzadas para la identificación de contenido manipulado y la importancia de establecer regulaciones que obliguen a estas plataformas a actuar con rapidez en la eliminación de material ilícito.

La relevancia de esta investigación en el estudio del derecho a la imagen radica en su análisis detallado sobre los desafíos que enfrentan las víctimas de deepfakes explícitos y la falta de protección jurídica en muchas jurisdicciones.

El estudio expone que las políticas de privacidad y los derechos digitales deben cambiar drásticamente para proporcionar a las personas afectadas mecanismos legales eficientes que permitan la eliminación de contenidos manipulados y la sanción de los responsables. Esta necesidad se fundamenta en varias evidencias:

1. Proliferación de deepfakes y su impacto en la privacidad: La tecnología de deepfakes ha experimentado un crecimiento exponencial, facilitando la creación de contenidos falsos que pueden infringir gravemente la privacidad de individuos y empresas, e incluso perturbar procesos democráticos mediante la difusión de noticias falsas o incitación a la violencia.
2. Limitaciones de las leyes actuales: En muchos países, las legislaciones vigentes no abordan adecuadamente los desafíos que presentan los deepfakes, lo que dificulta la persecución y sanción de quienes crean y distribuyen este tipo de contenido.
3. Iniciativas legislativas recientes: Algunos países han comenzado a implementar leyes que obligan a identificar claramente los contenidos generados con inteligencia artificial, como los deepfakes, y establecen sanciones significativas para el uso indebido de estas tecnologías.
4. Demandas de organismos judiciales: Instituciones como la Fiscalía española han solicitado que la creación y difusión de deepfakes sexuales sean tipificadas como delitos, evidenciando la necesidad de actualizar las normativas legales para abordar estas nuevas formas de agresión digital.
5. Riesgos para la democracia y la cohesión social: La capacidad de los deepfakes para difundir desinformación y manipular la opinión pública representa una amenaza

significativa para la democracia y la cohesión social, lo que refuerza la urgencia de establecer políticas de privacidad más robustas y mecanismos legales efectivos.

En términos de impacto práctico, este estudio proporciona un marco para comprender cómo los sistemas legales pueden adaptarse a la era digital y qué medidas deben tomarse para proteger el derecho a la imagen frente a la manipulación tecnológica. La investigación resulta clave para abogar por reformas legales que incorporen disposiciones específicas contra los *deepfakes* y refuercen la responsabilidad de las plataformas tecnológicas en la lucha contra la violencia digital.

Antecedentes Nacionales

Costa Rica – Análisis doctrinal del delito de pornografía virtual y pseudo pornografía en el Código Penal

Fuente: *"El delito de pornografía virtual y pseudo pornografía en el Código Penal de Costa Rica" – Cortés Sandí, S. (2020), Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, N.º 12, Universidad de Costa Rica.*

Este artículo representa un valioso aporte a la discusión doctrinal sobre la criminalización de la pornografía virtual y la pseudo pornografía en Costa Rica. La autora realiza una crítica rigurosa desde el enfoque de política criminal, técnica legislativa y derecho comparado, principalmente con la legislación española. La tesis central del texto es que el artículo 174 bis del Código Penal costarricense presenta vicios de inconstitucionalidad, por violentar los principios de tipicidad y lesividad.

Entre los elementos más relevantes para este trabajo de investigación, destaca el señalamiento de que la redacción del tipo penal no corresponde con las categorías doctrinales que pretende sancionar. Según Cortés Sandí, lo que el artículo denomina “pseudo pornografía” no se encuentra debidamente regulado, ya que los incisos a) y b) se refieren en realidad a pornografía técnica y virtual, respectivamente. Esto genera inseguridad jurídica y confusión conceptual que puede derivar en fallos de aplicación del derecho penal.

Otro aporte sustantivo es la discusión sobre la ausencia de un bien jurídico claramente protegido en estas figuras delictivas. En tanto no se involucran personas menores reales, se cuestiona si existe una lesión real a la libertad o indemnidad sexual de alguien. Por tanto, estas figuras podrían constituir una criminalización simbólica y moralizante, en contravención a principios básicos del derecho penal moderno.

La autora también destaca que la posesión privada de material como dibujos, caricaturas o imágenes generadas digitalmente no puede considerarse, una conducta punible, si no hay afectación concreta a un menor.

Este antecedente doctrinal resulta esencial para sustentar el análisis de los vacíos legales del artículo 174 bis frente al uso de inteligencia artificial en la creación de material sexual falso. Confirma que la norma adolece de una deficiente técnica legislativa, al no especificar el tipo de representación ni el nivel de realismo exigido. Asimismo, refuerza la hipótesis de que el derecho costarricense no cuenta con herramientas adecuadas para enfrentar el fenómeno del contenido sexual manipulado con herramientas de inteligencia artificial sin consentimiento.

Costa Rica – Propuesta académica para la protección penal del derecho a la imagen en entornos digitales

Fuente: Ramírez Solano, M. (2021). *"El derecho a la imagen en el entorno digital: una propuesta para su protección penal en Costa Rica"* – Tesis de licenciatura, Universidad Latina de Costa Rica.

Esta investigación se enfoca en el análisis del derecho a la imagen como bien jurídico protegido, y en cómo este se ve afectado por las dinámicas propias del entorno digital, particularmente en redes sociales y medios de comunicación masiva.

La autora identifica la ausencia de una figura penal específica que sancione la utilización no consentida de la imagen personal en entornos virtuales, lo cual genera vacíos normativos en relación con nuevas formas de agresión como la difusión no autorizada de fotografías íntimas, montajes fotográficos y cyberbullying. Si bien su enfoque no se centra en la inteligencia artificial, sí establece un marco conceptual y normativo útil para comprender las limitaciones del

ordenamiento jurídico costarricense en la protección de la imagen personal frente a tecnologías emergentes.

Entre los aportes más relevantes de esta tesis se encuentra la propuesta de incorporar una figura penal autónoma que proteja la imagen digital de forma directa, con el objetivo de evitar interpretaciones restrictivas de los artículos existentes sobre intimidad o difamación. Asimismo, sugiere la necesidad de armonizar la legislación penal con los principios de protección de datos personales y derechos digitales, en consonancia con estándares internacionales de derechos humanos.

Esta investigación constituye un antecedente doctrinal significativo para el presente estudio, ya que permite reconocer la existencia de esfuerzos académicos orientados a visibilizar los desafíos legales que plantea la vulneración del derecho a la imagen en entornos digitales.

Capítulo II. Marco Teórico

2.1 El Derecho a la Imagen: Regulación y Riesgos en la Actualidad

2.1.2 *Conceptualización del Derecho a la Imagen*

El derecho a la imagen constituye una manifestación concreta de los derechos de la personalidad, en tanto protege la facultad del individuo de decidir cómo, cuándo y en qué condiciones puede ser captada, utilizada o difundida su representación visual. En un contexto marcado por dinámicas de exposición constante, recolección automatizada de datos y circulación transmedia de contenidos visuales, este derecho adquiere una dimensión crítica dentro del debate jurídico y ético sobre la protección de la identidad individual.

Este estudio analiza el derecho a la imagen desde su conceptualización teórica hasta su regulación en Costa Rica, en relación con otros derechos fundamentales como la privacidad y la dignidad humana. La investigación se enfoca en el marco normativo, jurisprudencia y literatura académica vigente.

2.1.3 *Historia y Regulación del Derecho a la Imagen*

El derecho a la imagen surge como una extensión del derecho a la privacidad y ha sido reconocido como un derecho fundamental en diversas legislaciones a nivel mundial. Adquiere relevancia a partir de la invención de la fotografía en el siglo XIX y, posteriormente, con la expansión de los medios de comunicación de masas. En sus primeras etapas, la protección de la imagen se limitaba a figuras públicas y personalidades de alto perfil; sin embargo, el acceso generalizado a la tecnología amplió la necesidad de protección a toda la población.

El desarrollo del cine, la televisión y, más recientemente, las redes sociales, transformó radicalmente la forma en que las imágenes se difunden y utilizan. Esto provocó un incremento en los casos de uso indebido de imágenes tanto en el ámbito privado como en el público, generando una mayor necesidad de regulación legal.

En Costa Rica, el derecho a la imagen ha sido reconocido dentro del marco de los derechos humanos y la privacidad, con regulaciones específicas en la Constitución Política y el Código

Penal. La preocupación creciente por la protección de datos personales y la seguridad digital ha impulsado propuestas legales orientadas a regular el uso indebido de imágenes, aunque muchas de estas aún no se han traducido en reformas normativas concretas. Este panorama evidencia un vacío jurídico en la protección eficaz de la imagen personal.

2.1.4 Evolución de la Edición de Imágenes y sus Riesgos Jurídicos

La problemática abordada se origina en el concepto de edición de imágenes, entendido como el proceso que permite modificar, mejorar o transformar fotografías y elementos visuales mediante diversas técnicas y herramientas. A lo largo de la historia, esta práctica ha sido utilizada en el arte y la comunicación visual, con un papel destacado en la publicidad, el diseño y el periodismo. Su evolución ha estado ligada al desarrollo tecnológico, desde métodos analógicos como el retoque en cuartos oscuros hasta el uso de software avanzado capaz de realizar ediciones altamente realistas.

Los orígenes de la edición de imágenes se remontan a los primeros experimentos fotográficos del siglo XIX, en los que se empleaban técnicas de sobreimpresión y retoque manual. Con la irrupción de la tecnología digital en la década de 1980, el proceso se transformó con la aparición de programas como Adobe Photoshop, que revolucionaron la forma de manipular imágenes, permitiendo ediciones detalladas con gran facilidad y precisión.

Actualmente, la edición de imágenes es una herramienta ampliamente utilizada en distintos ámbitos. Sus ventajas incluyen la mejora de calidad visual, la restauración de fotografías y su optimización para usos profesionales. No obstante, su aplicación también plantea desafíos éticos y legales, especialmente cuando se utiliza para falsear la realidad o generar contenido engañoso que afecta la percepción pública de personas o eventos.

En el contexto del derecho a la imagen, la manipulación no consentida de fotografías puede constituir una violación a la privacidad, en particular cuando se emplea sin autorización. La proliferación de herramientas de edición accesibles y potentes ha intensificado el debate sobre la necesidad de regulaciones que protejan la integridad y autenticidad de las imágenes en los entornos digitales.

2.1.5 Conceptos Clave: Inteligencia Artificial, Deepfakes y Edición Digital

Para una adecuada comprensión del problema jurídico abordado en este estudio, es necesario definir brevemente los conceptos técnicos involucrados.

La inteligencia artificial (IA) hace referencia a sistemas informáticos capaces de realizar tareas que normalmente requieren inteligencia humana, como el reconocimiento de patrones, el procesamiento de lenguaje natural y la generación de imágenes. En el campo de la edición visual, estas tecnologías han permitido la creación de contenidos falsificados con apariencia realista.

Los deepfakes constituyen una de las manifestaciones más problemáticas de la IA aplicada a imágenes. Son montajes hiperrealistas creados mediante redes neuronales profundas que permiten suplantar rostros o cuerpos en videos o fotografías, simulando situaciones no ocurridas. Su uso con fines sexuales, sin consentimiento, representa una forma emergente de violencia digital.

Por su parte, la edición digital de imágenes comprende un conjunto de técnicas que permiten alterar fotografías mediante software especializado. Aunque ha sido empleada históricamente en el arte, la publicidad o el periodismo, su uso no ético puede derivar en afectaciones al honor, la intimidad y la imagen personal de los individuos.

La interacción de estos elementos tecnológicos con el derecho a la imagen genera una problemática jurídica compleja que exige ser analizada desde una perspectiva normativa actualizada, considerando tanto los vacíos legales como los retos que impone la protección de la identidad en entornos digitales.

2.2 Edición y difusión no autorizada de imágenes: delimitación conceptual y punto de ilicitud

Una vez definidos los conceptos técnicos vinculados al derecho a la imagen, resulta indispensable abordar dos acciones que, en el entorno digital, representan una amenaza directa a su protección: la edición y la difusión no autorizadas. La facilidad con la que una imagen puede ser alterada o compartida sin el consentimiento de su titular plantea serios retos jurídicos, especialmente en contextos donde se pierde el control sobre su uso, propósito o alcance. Este apartado tiene como objetivo delimitar jurídicamente dichas acciones, diferenciarlas y explicar el punto en que se configuran como actos ilícitos.

Edición de imágenes: delimitación jurídica

La edición de imágenes puede definirse como toda modificación, transformación o alteración realizada sobre una representación visual original. Esta intervención puede ser de carácter técnico (como el ajuste de luz o color), artístico (como la composición estética) o sustantivo (como la inclusión, eliminación o sustitución de elementos visuales).

Desde una perspectiva jurídica, la edición adquiere relevancia cuando la modificación altera de manera sustancial la imagen de una persona identificable, ya sea en su fisonomía, contexto, expresión corporal o entorno. Esta acción afecta directamente la representación de la persona, sobre la cual tiene el derecho exclusivo de decidir su uso, proyección y contexto.

No se trata únicamente del acto técnico de manipulación, sino del impacto que dicha edición tiene sobre la identidad visual del individuo, entendida como la manera en que una imagen permite reconocer y asociar al sujeto. Aun cuando se conserve la apariencia general, si la edición altera el contexto o el mensaje implícito de forma intencional, esta acción puede ser jurídicamente reprochable al modificar la representación auténtica sin control del titular.

Difusión de imágenes: naturaleza jurídica y límites

La difusión de imágenes consiste en compartir, reproducir, comunicar o hacer pública una representación visual, ya sea mediante redes sociales, mensajería instantánea, plataformas digitales, páginas web u otros medios. A diferencia de la edición, la difusión no modifica técnicamente la imagen, pero sí amplifica su alcance y potencia su impacto.

Desde el enfoque jurídico, la reprochabilidad de esta acción se presenta cuando se realiza sin el consentimiento previo del titular de la imagen. Es decir, la difusión no autorizada ocurre cuando la persona identificable en la imagen no ha brindado un permiso libre, específico e informado para su circulación, sin importar si la imagen ha sido editada o se mantiene en su estado original.

Incluso en los casos en que la imagen fue obtenida de manera legítima o previamente compartida en un entorno controlado, su posterior difusión sin autorización puede vulnerar la expectativa de privacidad o ser utilizada con fines distintos a los permitidos, lo cual tiene implicaciones legales claras.

Naturaleza no autorizada: punto de ilicitud

La ausencia de autorización constituye el elemento clave para determinar la ilicitud de la edición o difusión de imágenes. La autorización debe entenderse como una manifestación clara, previa y voluntaria del consentimiento del titular para que su imagen sea utilizada en un contexto y con finalidades específicas. No puede presumirse el consentimiento, y el silencio o la omisión no equivalen a una aceptación tácita, especialmente cuando se trata de contenido personal o sensible.

El punto de ilicitud se configura cuando la acción excede el alcance del consentimiento otorgado o se realiza sin su existencia. Por ejemplo, si una imagen fue autorizada para uso académico privado, su publicación en redes sociales o su modificación con fines humorísticos constituye un uso que rebasa la autorización inicial.

Asimismo, no se considera autorizada la acción que modifica el propósito del uso original, incluso si la imagen fue inicialmente compartida de forma consentida. La autorización, por tanto, debe ser específica, contextual y no genérica. Su ausencia convierte la conducta en jurídicamente reprochable, sin que necesariamente constituya delito en ausencia de otros elementos típicos.

2.2.1 Escenarios frecuentes de edición y difusión no autorizadas

La tecnología actual ha facilitado prácticas que, aunque no siempre implican alteraciones evidentes, pueden configurar afectaciones significativas al derecho a la imagen. A continuación, se presentan algunos escenarios frecuentes:

Recontextualización de imágenes

Consiste en reutilizar una imagen previamente obtenida en un nuevo contexto que modifica su significado original. Esto ocurre, por ejemplo, cuando una fotografía sin alteraciones gráficas es acompañada de comentarios, titulares, narrativas o elementos visuales que cambian la interpretación de la imagen. Aunque la estructura visual permanece intacta, el contenido adquiere un nuevo sentido comunicativo que puede inducir al público a una interpretación errónea.

Alteración del contenido visual

Este escenario incluye la manipulación directa de los elementos que conforman la imagen mediante herramientas digitales. Entre las modificaciones más comunes se encuentran:

- Sustitución o modificación del rostro
- Ajustes morfológicos del cuerpo (tamaño, proporciones, postura)
- Inserción o eliminación de objetos y personas en la escena
- Alteración del entorno (paisaje, fondo, iluminación)

Aunque estas técnicas pueden aplicarse con fines estéticos o recreativos, su uso con la intención de modificar la percepción pública sobre una persona puede constituir una forma de manipulación gráfica. En algunos casos, el nivel técnico es tan alto que resulta difícil identificar la alteración sin un análisis experto.

Divulgación sin conocimiento

Este tipo de vulneración se presenta cuando la imagen es captada sin que la persona retratada lo sepa y luego es compartida sin su conocimiento. El avance de dispositivos móviles, cámaras ocultas, drones o sistemas de vigilancia ha facilitado la obtención de imágenes sin señales perceptibles para el sujeto, privándolo de la posibilidad de ejercer control sobre su representación.

La divulgación posterior en entornos digitales puede desencadenar una cadena de circulación incontrolable, con consecuencias que persisten incluso si el archivo es eliminado de su fuente original.

Edición con finalidad sugestiva o engañosa

En este caso, la manipulación tiene como propósito inducir una interpretación falsa o ambigua del contenido. Puede implicar modificaciones en expresiones faciales, lenguaje corporal, reencuadres o la inclusión de elementos visuales que insinúen una situación no ocurrida. Estas imágenes suelen emplearse con fines humorísticos, estigmatizantes o sensacionalistas, afectando la percepción pública del sujeto representado.

Las técnicas pueden incluir superposición de capas, inteligencia artificial básica, o edición intencional de detalles para crear una narrativa visual distorsionada.

En todos estos escenarios, la edición y la difusión no autorizadas de imágenes constituyen prácticas que vulneran el derecho a la imagen y la autodeterminación informativa. El consentimiento, como eje fundamental de la legalidad en el uso de representaciones visuales, debe ser contextual, expreso y específico. La sofisticación técnica de las herramientas actuales amplifica los riesgos de afectación, lo que exige una respuesta jurídica que contemple tanto la dimensión tecnológica como la protección integral de la persona.

2.3 Problemática en el entorno digital y la pérdida de control sobre la imagen

La circulación de imágenes se produce con inmediatez, alcance masivo y capacidad de replicación prácticamente ilimitada. Una vez que una imagen ha sido difundida sin autorización, resulta sumamente difícil —cuando no imposible— recuperar el control sobre su destino. A diferencia de los medios tradicionales, en los que la edición y difusión de contenidos estaban mediadas por canales profesionales o editoriales, el entorno digital permite que cualquier persona pueda editar y compartir imágenes con herramientas básicas. Esta descentralización tecnológica multiplica los riesgos y complejiza la posibilidad de regulación efectiva.

2.3.1 Desposesión simbólica de la imagen y resignificación

Este nuevo entorno ha generado lo que algunos autores denominan una desposesión simbólica de la imagen. El sujeto retratado pierde no solo el control técnico sobre su fotografía, sino también el significado social que esta conlleva. Las imágenes pueden ser reinterpretadas, resignificadas o sacadas de contexto, generando consecuencias impredecibles que afectan la identidad visual de las personas.

La problemática no reside únicamente en la acción puntual del usuario que edita o difunde, sino en el ecosistema que lo permite. Las plataformas digitales se presentan como espacios donde los límites entre lo público y lo privado se diluyen. Este fenómeno no solo responde a la conducta individual, sino también a la arquitectura digital misma que lo facilita.

2.3.2 Entorno contractual y asimetría informativa

El acceso a redes sociales, servicios de mensajería y plataformas de contenido está condicionado por la aceptación de términos y condiciones que, en muchos casos, otorgan a las plataformas licencias amplias sobre los contenidos subidos por los usuarios. Estas cláusulas suelen incluir autorizaciones irrevocables, transferibles y globales sobre imágenes, lo que permite a las empresas almacenar, transformar o redistribuir contenido sin requerir una nueva aprobación.

Aunque esta aceptación se realiza formalmente de manera voluntaria, se da en un contexto de marcada asimetría informativa. El usuario promedio no comprende el alcance real de lo que está consintiendo. Este desbalance genera una falsa percepción de control: se cree que ajustar la configuración de privacidad equivale a proteger el contenido, cuando en realidad las imágenes pueden ser capturadas, replicadas o indexadas sin conocimiento del titular.

2.3.3 Diseño de plataformas y vulnerabilidad estructural

Las plataformas digitales están diseñadas para maximizar la conectividad y la visibilidad, no para contener ni limitar la exposición. Herramientas como la geolocalización automática, el etiquetado facial, o la vinculación entre cuentas permiten que imágenes compartidas en entornos íntimos terminen accesibles para audiencias mucho más amplias. En muchos casos, estas funciones están activadas por defecto, sin una decisión consciente del usuario.

Esta estructura técnica facilita la edición y difusión no autorizada, al crear condiciones ideales para que tales prácticas se materialicen sin fricción. Los términos contractuales, el diseño algorítmico y la lógica de interacción cooperan para debilitar la capacidad de los individuos de ejercer un control efectivo sobre su imagen.

2.3.4 Hacia una reflexión crítica: límites del consentimiento digital

El análisis de la edición y difusión no autorizadas en entornos digitales exige una mirada más allá de la imputación individual. Se requiere considerar cómo las plataformas, interfaces y políticas de uso configuran un sistema que socava la autonomía visual de las personas. La vulnerabilidad no se origina solo en el contenido, sino en el ecosistema que lo multiplica, lo recontextualiza y lo despoja de su referencia original.

En este contexto, el consentimiento ya no puede entenderse únicamente como una declaración individual de voluntad. Las condiciones técnicas y contractuales en las que se produce dificultan que dicho consentimiento sea libre, informado y contextual. El consentimiento digital, tal como se presenta actualmente, se encuentra condicionado por estructuras empresariales, algorítmicas y sociales que limitan la capacidad real de decidir sobre la propia imagen.

La problemática de la pérdida de control sobre la imagen personal no puede abordarse únicamente desde la perspectiva del usuario. Las herramientas actuales —como configuraciones de privacidad o formularios de reporte— resultan insuficientes frente a la velocidad y el alcance de la circulación digital. La arquitectura misma de las plataformas impone límites estructurales que debilitan la autonomía del individuo y hacen necesario repensar el modelo de protección de la imagen personal. La responsabilidad no debe recaer únicamente en quien acepta unas condiciones que no comprende del todo, sino también en quienes diseñan y sostienen los entornos que permiten esa apropiación silenciosa de identidades visuales.

2.4. Riesgos de Exposición de la Imagen Propia en el Entorno Digital

En el entorno digital actual, los sistemas automatizados, algoritmos de reconocimiento facial y tecnologías de inteligencia artificial permiten capturar, clasificar, replicar o modificar imágenes sin intervención humana directa. Esto reduce drásticamente el control del titular sobre sus datos visuales y evidencia una infraestructura tecnológica que prioriza la explotación de información por encima de la protección de derechos. El riesgo se incrementa cuando estas imágenes se transforman en pseudo pornografía mediante técnicas como los *deepfakes*, constituyendo una forma sofisticada de violencia digital con implicaciones legales aún difusas.

En Costa Rica, la protección de estos derechos fundamentales se encuentra respaldada desde la propia Constitución Política, cuyo artículo 24 establece que “*se garantiza el derecho a la intimidad, la libertad y el secreto de las comunicaciones*” (Asamblea Legislativa, 1949, art. 24). Este mandato se ve desarrollado y reforzado por la legislación penal y normativa específica sobre protección de datos personales.

En el ámbito penal, el artículo 196 del Código Penal de Costa Rica sanciona con prisión de uno a tres años a quien, sin autorización, se apodere, acceda, modifique, altere o difunda comunicaciones dirigidas a otra persona. De forma textual, la norma establece:

“Será reprimido con pena de prisión de uno a tres años a quien, con peligro o daño para la intimidad o privacidad de otro, y sin su autorización, se apodere, acceda, modifique, altere, suprima, intervenga, intercepte, abra, entregue, venda, remita o desvíe de su destino documentación o comunicaciones dirigidas a otra persona.”

“La pena será de dos a cuatro años de prisión si las conductas descritas [...] son realizadas por:

a) Las personas encargadas de la recolección, entrega o salvaguarda de los documentos o comunicaciones.

b) Las personas encargadas de administrar o dar soporte al sistema o red informática o telemática, o bien, que en razón de sus funciones tengan acceso a dicho sistema o red, o a los contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos.” (Asamblea Legislativa, 1970, art. 196)

Asimismo, el artículo 196 bis de ese mismo cuerpo normativo tipifica específicamente la violación de datos personales y su uso no autorizado, especialmente cuando dichos datos están almacenados en sistemas informáticos:

“Será sancionado con pena de prisión de uno a tres años quien en beneficio propio o de un tercero, con peligro o daño para la intimidad o privacidad y sin la autorización del titular de los datos, se apodere, modifique, interfiera, acceda, copie, transmita, publique, difunda, recopile, inutilice, intercepte, retenga, venda, compre, desvíe para un fin distinto para el que fueron recolectados o dé un tratamiento no autorizado a las imágenes o datos de una persona física o jurídica almacenados en sistemas o redes informáticas o telemáticas, o en contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos.” (Asamblea Legislativa, 1970, art. 196 bis)

La manipulación de imágenes mediante inteligencia artificial, especialmente en casos de contenido sexual falso, plantea retos de aplicación para estas normas. La creación de material pornográfico falsificado a partir de fotografías reales expone a la víctima a consecuencias graves: pérdida total de control sobre su imagen, replicación masiva en redes, chantajes, extorsiones o suplantación de identidad. Estas afectaciones pueden comprometer su salud mental, reputación, relaciones personales y seguridad física.

El uso de técnicas como las redes generativas adversariales (GANs) facilita la creación de montajes hiperrealistas difíciles de detectar, y su difusión en foros clandestinos o plataformas no reguladas dificulta la identificación y sanción de los responsables. Aunque el artículo 196 bis aborda el uso no autorizado de datos e imágenes, no siempre cubre supuestos donde no existe acceso directo a sistemas protegidos, dejando sin tipificación clara ciertas alteraciones digitales.

En este contexto, la pseudo pornografía fabricada con inteligencia artificial se posiciona como una de las amenazas más críticas para la autodeterminación informativa, demandando una revisión legislativa que incluya la manipulación digital como conducta sancionable. Comprender la magnitud de estas amenazas exige analizar la tecnología que las hace posibles. Entre ellas, los *deepfakes* representan la manifestación más avanzada de la inteligencia artificial aplicada a la manipulación digital de imágenes, cuya dinámica técnica será abordada en el siguiente apartado.

2.5. Deepfakes e Inteligencia Artificial: Nuevos Desafíos Jurídicos frente al Derecho a la Imagen

Los *deepfakes* son una manifestación del aprendizaje profundo (*deep learning*), rama de la inteligencia artificial que genera contenidos audiovisuales hiperrealistas imitando la apariencia de una persona real. Mediante redes generativas adversariales (GANs), dos algoritmos compiten para producir imágenes o videos sintéticos cada vez más convincentes. Esta tecnología, inicialmente empleada en el cine, la publicidad o la educación, también se ha utilizado para fines ilícitos como la creación de pornografía no consentida, campañas de desinformación, acoso digital o suplantación de identidad.

En sus usos legítimos, los *deepfakes* pueden servir para recrear escenas históricas, revivir la imagen de actores fallecidos en producciones cinematográficas, generar material educativo inmersivo o incluso facilitar la accesibilidad mediante traducciones audiovisuales personalizadas. Sin embargo, su accesibilidad técnica y la disponibilidad de software libre han permitido que estas mismas capacidades se utilicen para manipular imágenes con fines abusivos, especialmente en contextos donde el consentimiento no existe o es imposible de verificar.

En el contexto de la violencia digital, los *deepfakes* constituyen una amenaza directa para el derecho a la imagen, la intimidad y la dignidad, ya que permiten insertar a una persona en

situaciones ficticias pero verosímiles, afectando su reputación e integridad psicológica. La facilidad con que este contenido puede viralizarse, sumada a la dificultad para distinguirlo de material auténtico, amplifica el daño y complica su remoción.

La integridad de la imagen no solo se compromete con alteraciones gráficas evidentes. También se vulnera cuando una imagen no editada es recontextualizada, usada en entornos distintos al original o vinculada a narrativas ajenas a la voluntad del titular. La viralidad y las dinámicas algorítmicas de las plataformas potencian esta distorsión, despojando a la persona del control sobre la interpretación social de su imagen. Ejemplos de esto incluyen fotografías personales extraídas de redes sociales que, sin haber sido técnicamente modificadas, se acompañan de textos o subtítulos que sugieren conductas falsas o se insertan en campañas de desprestigio.

La facilidad de acceso a software de edición y la abundancia de fotografías en redes sociales han normalizado la reutilización no autorizada de imágenes personales. Esta práctica erosiona las fronteras entre lo privado y lo público, propiciando un escenario donde la pérdida de integridad visual se convierte en un fenómeno cotidiano y culturalmente aceptado. Además, al tratarse de contenido visual, el impacto es inmediato y muchas veces irreversible, pues basta con una única difusión para que se pierda todo control sobre el material.

En suma, los *deepfakes* representan un punto de inflexión en la discusión sobre el derecho a la imagen, al combinar un alto potencial creativo con una capacidad igual de alta para causar daño. Este equilibrio inestable plantea la necesidad de analizar de manera más profunda las implicaciones legales y sociales que conlleva su uso, lo que será abordado en los apartados siguientes.

2.6 Inteligencia Artificial y su Relación con el Derecho a la Imagen

La inteligencia artificial (IA) es un campo tecnológico que, desde mediados del siglo XX, ha evolucionado hasta permitir la generación, modificación y replicación de identidades visuales con alto grado de realismo. Su desarrollo, impulsado por redes neuronales y técnicas de *deep learning*, ha dado lugar a los *deepfakes*, contenidos audiovisuales que suplantan la imagen de una persona sin su autorización.

Estos avances plantean desafíos inéditos para la protección del derecho a la imagen. El consentimiento, tradicionalmente elemento esencial para el uso legítimo de una representación personal, pierde eficacia cuando las tecnologías pueden crear imágenes sin interacción previa con el titular. Así, la persona puede ser representada en contextos falsos —incluso sexualizados— sin tener conocimiento ni capacidad para impedirlo.

El daño trasciende lo individual, afectando ámbitos familiares, sociales y profesionales. La permanencia y replicación del contenido en redes sociales y plataformas descentralizadas incrementa el riesgo de revictimización constante.

En sectores como la publicidad, el entretenimiento o la seguridad, la utilización de rostros generados o alterados por IA sin licencias claras agrava la vulnerabilidad del titular, pues muchas veces el consentimiento se otorga en condiciones de asimetría informativa. Esto genera un terreno difuso entre lo legal y lo ético, donde la explotación de la imagen puede quedar sin sanción efectiva.

Frente a este panorama, el vínculo entre inteligencia artificial y derecho a la imagen requiere un abordaje normativo que reconozca la creación, uso y difusión de imágenes sintéticas como una forma autónoma de vulneración. Tal reconocimiento es esencial para garantizar la dignidad, autodeterminación y privacidad de las personas, y para cerrar los vacíos que el marco penal tradicional no logra cubrir frente a la violencia sexual digital y la manipulación tecnológica de la identidad visual.

2.7 Manipulación de Imágenes con Fines Pornográficos y Su Clasificación Legal

La sofisticación tecnológica alcanzada por la inteligencia artificial ha dado paso a formas inéditas de afectación al derecho a la imagen, entre ellas, la manipulación de contenido visual con finalidad sexual sin consentimiento. Este fenómeno, conocido como pseudo pornografía, se caracteriza por la creación de representaciones sexualizadas fabricadas digitalmente a partir de imágenes no íntimas, pero que simulan serlo con un alto grado de realismo. A diferencia de la simple alteración de una imagen, la pseudo pornografía implica una reconstrucción ficcional de la intimidad, en la que la víctima nunca participó, pero cuya identidad visual es utilizada como vehículo de daño.

Este apartado analiza cómo estas conductas, facilitadas por herramientas digitales y redes generativas adversariales, desbordan las categorías legales tradicionales, y plantea una revisión crítica del artículo 174 bis del Código Penal de Costa Rica, evidenciando sus límites frente a un escenario donde la creación, más que la difusión, constituye el núcleo del acto lesivo. En Costa Rica, esta práctica puede encajar en distintas figuras penales dependiendo del propósito y el uso de las imágenes:

- **Difusión de material no autorizado:** Si la imagen es alterada y compartida sin consentimiento, se configura el delito de divulgación de contenido íntimo sin autorización.
- **Producción de material ilícito:** Si la imagen es editada para aparentar contenido sexual explícito sin que la persona haya participado en dicho contenido, se podría considerar producción y distribución de material pornográfico falso, tipificado en el Artículo 173 del Código Penal.
- **Sextorsión y acoso digital:** En casos donde la manipulación de imágenes se usa como medio de coacción, amenaza o extorsión, se aplican sanciones bajo la Ley sobre Delitos Informáticos (Ley N.º 9048), que establece penas para quienes empleen medios digitales para atentar contra la integridad de una persona (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2012).

No obstante, ninguna de estas figuras responde de manera directa a la esencia del fenómeno: la creación digital de una representación sexual falsa utilizando elementos identificables de la víctima. El daño no proviene exclusivamente de la difusión, sino de la propia existencia del archivo creado con intencionalidad lesiva.

2.8 La pseudo pornografía como manifestación de vulnerabilidad digital de la imagen

Profundizando en lo expuesto en el apartado anterior sobre la manipulación de imágenes con fines pornográficos, la pseudo pornografía se presenta aquí como una manifestación extrema de vulnerabilidad digital. Este fenómeno no se limita a la creación o alteración de contenido sexual falso mediante inteligencia artificial o técnicas de edición avanzada, sino que evidencia cómo la

mera exposición pública de una imagen puede ser instrumentalizada para fabricar representaciones sexuales inexistentes, despojando a la persona de control sobre su identidad visual.

A diferencia de otras formas de violación al derecho a la imagen, esta práctica no requiere la sustracción de material íntimo auténtico; basta con una fotografía de apariencia inocua para construir, mediante herramientas tecnológicas, una ficción sexual altamente realista. Este desplazamiento del daño —del ámbito físico al simbólico— convierte a la víctima en protagonista involuntaria de una narrativa sexual ajena, operando una forma de usurpación moral que trasciende el marco tradicional de la privacidad.

En este sentido, la pseudo pornografía revela una doble amenaza: por un lado, la simulación de lo íntimo; por otro, la instrumentalización no consentida de la identidad visual. Ambos elementos configuran un ataque directo a la autonomía representacional, cuyo impacto se refleja en distintas dimensiones:

a) Daño psicológico y emocional

La agresión digital afecta de manera profunda la integridad mental de la víctima. La “invasión psico-identitaria” que implica ver el propio rostro insertado en un contexto sexual inexistente provoca vergüenza, humillación y pérdida de autoestima, generando un trauma que se prolonga mientras el material siga circulando.

b) Daño social y profesional

La percepción social, basada más en la apariencia que en la verdad, convierte a la pseudo pornografía en un instrumento eficaz de descrédito. Profesionales en ámbitos que demandan autoridad moral o confianza pública pueden ver comprometida su reputación, perder oportunidades laborales o ser marginados, aun cuando el material sea falso. Este fenómeno actúa como un mecanismo de silenciamiento, afectando con mayor frecuencia a mujeres, personas LGBTIQ+ y figuras públicas.

c) Riesgo jurídico e impunidad.

El marco legal actual, incluido el artículo 174 bis del Código Penal, presenta vacíos que dificultan la persecución penal de estas conductas cuando el material no proviene de una captación

íntima real. La falta de un tipo penal específico, sumada a criterios probatorios tradicionales que no contemplan el daño simbólico, favorece la impunidad y refuerza la percepción de que la violencia digital es menos grave que la física.

d) Riesgo de replicación constante.

La naturaleza digital del contenido permite su reproducción indefinida y global, escapando al control de la víctima y de las autoridades. El archivo puede resurgir años después en distintos contextos, provocando una revictimización continua. La facilidad con que estas prácticas pueden ejecutarse mediante herramientas accesibles contribuye a su banalización y masificación, consolidando un entorno de riesgo permanente.

En suma, la pseudo pornografía no es un acto aislado, sino parte de un ecosistema digital que convierte el cuerpo y la imagen ajenos en mercancías, instrumentos de coerción o elementos de espectáculo, bajo un marco normativo que aún no logra brindar una respuesta efectiva.

2.9 Riesgos jurídicos e implicaciones frente al derecho a la imagen

La imagen personal, como derecho fundamental, requiere un tratamiento que respete la voluntad de su titular y proteja su dignidad. En este contexto, la pseudo pornografía, entendida como la creación y divulgación de material sexual falso mediante inteligencia artificial, constituye una de las formas más graves de agresión visual, al distorsionar deliberadamente la identidad de la víctima sin necesidad de partir de un registro sexual real.

Este fenómeno atenta contra la vida privada, el honor y la autodeterminación informativa, ya que las víctimas, en su mayoría mujeres, son insertadas ficticiamente en escenarios sexuales hiperrealistas que generan percepciones sociales de autenticidad. No se trata solo de un problema ético o reputacional, sino de un hecho que, desde el análisis dogmático penal, puede configurar un delito si cumple con los elementos esenciales establecidos en la teoría del delito:

I. Acción u omisión.

La manipulación de imágenes para generar contenido sexual falso constituye una acción humana voluntaria que produce un resultado concreto: la creación de un archivo visual que lesiona

derechos fundamentales. En este sentido, el mero acto de generar la imagen ya materializa una conducta activa, aunque no se difunda, pues implica la apropiación y transformación de la identidad visual ajena con un fin lesivo.

II. Tipicidad.

El principio de tipicidad exige que la conducta delictiva esté claramente descrita en la ley. En el caso de la pseudo pornografía, la realidad tecnológica ha superado las previsiones normativas, generando un escenario en el que las herramientas jurídicas disponibles no alcanzan a describir ni sancionar de forma precisa este tipo de agresión digital. Esta desarmonía entre el fenómeno y su regulación provoca un margen de impunidad que compromete la tutela efectiva del derecho a la imagen. En el siguiente apartado se demostrará que no existe un tipo penal diseñado para enfrentar este problema, y que las brechas legislativas actuales no están alineadas con las dinámicas tecnológicas y sociales del presente.

III. Antijuridicidad.

La creación y difusión de pseudo pornografía es contraria al ordenamiento jurídico, ya que lesiona bienes jurídicos como la intimidad, la dignidad y el derecho a la propia imagen. No existe causa de justificación que legitime la manipulación sexualizada de la identidad visual ajena, pues no responde a un interés público legítimo ni se ampara en el consentimiento del titular.

IV. Culpabilidad.

En este tipo de conductas, el elemento subjetivo se manifiesta mediante dolo directo: el agente conoce que manipula la imagen de una persona y actúa con la intención de generar un contenido sexual falso. Incluso en supuestos de dolo eventual —cuando el agente acepta el riesgo de causar un daño reputacional o emocional— la responsabilidad penal es exigible, dado que el resultado es previsible y evitable.

V. Punibilidad.

El daño producido por la pseudo pornografía es real y constatable, tanto en la esfera emocional como social y profesional de la víctima. Por ello, si la conducta se subsume en un tipo penal vigente, procede la imposición de la sanción correspondiente. El problema actual radica en

que el marco normativo costarricense no tipifica de forma autónoma esta conducta, lo que limita la aplicación de penas y abre la puerta a la impunidad.

En síntesis, el análisis de los elementos constitutivos del delito permite afirmar que la pseudo pornografía elaborada mediante inteligencia artificial encuadra en una conducta penalmente relevante. Sin embargo, la ausencia de una tipificación expresa en la normativa vigente imposibilita su adecuación plena al tipo penal, lo que propicia escenarios de impunidad y limita la tutela efectiva.

2.10 Principales Instrumentos Jurídicos de Protección del Derecho a la Imagen

La protección del derecho a la imagen, como dimensión de la vida privada y la identidad personal, se ha fortalecido progresivamente tanto en el plano internacional como en el nacional. Este desarrollo responde a la necesidad de resguardar la integridad simbólica del individuo frente a nuevas amenazas derivadas de tecnologías capaces de alterar, manipular y difundir imágenes sin consentimiento. A continuación, se examinan los principales instrumentos jurídicos que sustentan esta protección, partiendo del marco internacional, continuando con la normativa nacional y finalizando con el análisis crítico del artículo 174 bis del Código Penal costarricense.

Regulación Internacional

El reconocimiento internacional de la vida privada como derecho humano fundamental se encuentra en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación”* (Naciones Unidas, 1948).

Este concepto ha evolucionado desde una protección frente a intrusiones físicas hacia una visión más amplia que incluye la imagen personal como manifestación simbólica de la identidad. En este sentido, Delgado Martín (2021) señala: *“La imagen no es solo una proyección externa del individuo, sino una dimensión simbólica de su identidad, que le permite autodeterminarse en la esfera social”* (p. 83).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consolidan esta visión en sus respectivos artículos 11 y 17: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su*

correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques” (PIDCP, art. 17, 1966).
“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad [...] y a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques” (CADH, art. 11, 1969).

En el ámbito europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone en su artículo 8: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en los casos previstos por la ley y que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública [...] o la protección de los derechos y libertades de los demás”* (CEDH, art. 8, 1950).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que la imagen personal, incluso en su versión digital alterada, está amparada por este derecho, considerando ilícito su uso no consentido, especialmente en contextos sexualizados.

Regulación Nacional

Constitución Política de Costa Rica

En el ordenamiento costarricense, el artículo 24 garantiza: *“Se garantiza el derecho a la intimidad, la libertad y el secreto de las comunicaciones”* (Asamblea Legislativa, 1949, art. 24).

Asimismo, el artículo 21 establece: *“La vida humana es inviolable”* (Asamblea Legislativa, 1949, art. 21).

La manipulación dolosa de la representación visual de un individuo compromete no solo su privacidad, sino su condición misma como sujeto de derechos, lo que sitúa esta práctica en abierta contradicción con el mandato constitucional de respeto a la vida humana en su acepción más integral.

Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales (Ley N.º 8968)

Esta ley incorpora el principio de autodeterminación informativa. Su artículo 2 dispone: *“Toda persona tiene derecho a autodeterminar el uso de su información personal, incluida la*

posibilidad de acceder, rectificar y cancelar dicha información, así como oponerse a su tratamiento” (Asamblea Legislativa, 2011, art. 2).

Por su parte, el artículo 5 establece: *“El tratamiento de los datos personales requerirá el consentimiento informado, libre, expreso e inequívoco del titular de los datos, salvo las excepciones previstas por la ley”* (Asamblea Legislativa, 2011, art. 5).

La inclusión de la imagen como dato personal implica que su uso sin consentimiento —y más aún su manipulación digital sexualizada— constituye un tratamiento ilícito.

Código Penal Costarricense

Artículo 174 bis.- Pornografía virtual y pseudo pornografía. Se impondrá pena de prisión de seis meses a dos años al que posea, produzca, venda, distribuya, exhiba o facilite, por cualquier medio, material pornográfico en el que no habiendo utilizado personas menores de edad:

a) Emplee a una persona adulta que simule ser una persona menor de edad realizando actividades sexuales.

b) Emplee imagen, caricatura, dibujo o representación, de cualquier clase, que aparente o simule a una persona menor de edad realizando actividades sexuales. (Asamblea Legislativa, 2013, art. 174 bis).

Análisis del artículo 174 bis del Código Penal de Costa Rica

El artículo 174 bis, incorporado por la Ley N.º 9177 (2013) sanciona la producción, distribución o tenencia de material pornográfico simulado que represente actividades sexuales aparentes con personas menores de edad, incluso sin participación de menores reales.

Tal como se desarrolló en el apartado anterior (apartado 2.9), sus elementos típicos —bien jurídico tutelado, conducta típica, objeto material, elemento normativo, medio comisivo y actus criminis— son relevantes para comprender que la norma está diseñada exclusivamente para proteger a la niñez y no abarca la manipulación digital de imágenes de personas adultas.

Entre los elementos que ilustran la insuficiencia del artículo 174 bis para abarcar la pseudo pornografía, destacan:

- ✓ Inexistencia de captación previa: el contenido sexual no deriva de un hecho real ni de una grabación auténtica, sino de una construcción digital que emula un acto íntimo inexistente.
- ✓ Ausencia de previsión sobre la creación simulada: el tipo penal no sanciona la fabricación dolosa de contenido sexual falso, aunque esta conducta sea capaz de producir un daño equiparable al de la divulgación de imágenes reales.
- ✓ Focalización en la circulación, no en la creación: el centro de gravedad del tipo está en la “difusión”, lo que excluye del ámbito de punibilidad a quien únicamente genera el contenido, aun cuando dicha generación sea el origen mismo del daño.

No obstante, al contrastar este tipo penal con la problemática actual de la alteración de imágenes mediante inteligencia artificial —particularmente en el caso de la pseudo pornografía— se evidencian vacíos estructurales graves. Un escenario especialmente problemático se presenta cuando un tercero toma una fotografía legítima de una persona adulta —por ejemplo, una imagen extraída de redes sociales— y la modifica digitalmente para hacerla aparentar ser menor de edad en una escena sexual simulada, sin que la víctima tenga conocimiento ni haya prestado consentimiento para ello.

En este caso, el inciso a) del artículo 174 bis no resulta aplicable, ya que la persona adulta no está actuando ni simulando directamente ser menor: su imagen ha sido intervenida por un tercero. Tampoco encaja en el inciso b), ya que no se trata de una caricatura o representación ficticia autónoma, sino de una imagen real modificada por medios digitales. La norma no contempla expresamente la manipulación dolosa de imágenes reales ajenas, aunque dicha alteración derive en un contenido que simule pornografía infantil. Por tanto, el artículo deja sin cobertura situaciones donde la imagen de una persona adulta es instrumentalizada con fines sexuales, y degradada digitalmente para aparentar una condición que nunca existió.

La intencionalidad dolosa de simular y difundir una representación sexual fabricada, con el objetivo de denigrar, coaccionar o dañar a la víctima, debería ser reconocida como un acto autónomamente punible. El núcleo del ilícito deja de ser la difusión de una intimidad preexistente y se traslada a la producción artificial de una escena íntima falsa, que compromete la identidad visual de la persona, destruye su reputación y expone su imagen a una sexualización no consentida.

Este desplazamiento en el patrón de agresión exige una reformulación del artículo 174 bis que contemple:

- La inclusión expresa de contenidos fabricados digitalmente como objeto material del delito.
- La tipificación de la manipulación informática dolosa como modalidad autónoma de agresión sexual simbólica.
- La ampliación del ámbito de protección penal del derecho a la imagen, incluso sin captación real previa.

En ausencia de esta adecuación, la norma se muestra insuficiente para tutelar de manera efectiva el derecho a la imagen frente a las agresiones visuales producidas mediante inteligencia artificial, generando un vacío legal incompatible con los artículos constitucionales y con los estándares internacionales de protección.

En efecto, la Ley N.º 8968 se centra en el consentimiento como presupuesto para el tratamiento lícito de datos, pero no regula con claridad las implicaciones de una manipulación creativa no autorizada, es decir, cuando la imagen original se convierte en contenido ficticio, degradante o sexualizado sin que medie un uso tradicional de “datos personales” en términos técnicos. El marco legal presupone un tratamiento objetivo de la información, pero no contempla escenarios donde la imagen, como dato visual simbólico, es reconstruida mediante tecnologías generativas.

2.11 El intento fallido de regular la inteligencia artificial en Costa Rica: entre la omisión y la urgencia jurídica

El 30 de mayo de 2023 fue presentado ante la Asamblea Legislativa de Costa Rica el Proyecto de Ley N.º 23.771, titulado *Ley para la Regulación de la Inteligencia Artificial*, como un esfuerzo normativo para establecer un marco jurídico nacional que orientara el desarrollo, implementación y uso ético, seguro y sostenible de la inteligencia artificial (IA). La iniciativa, impulsada por los diputados Vanessa De Paul Castro Mora, José Joaquín Hernández Rojas, Manuel Esteban Morales Díaz y Olga Lidia Morera Arrieta, buscaba armonizar el avance tecnológico con

los valores constitucionales y los derechos fundamentales consagrados en el ordenamiento jurídico costarricense.

El contenido del proyecto se caracterizaba por su estructura técnica y bien delimitada. Se compone de dieciocho artículos distribuidos en ocho capítulos que abarcaban desde las disposiciones generales y principios éticos hasta mecanismos de supervisión, sanciones, protección de derechos humanos y disposiciones finales. Incluía definiciones jurídicas actualizadas como “inteligencia artificial”, “explicabilidad”, “sesgo algorítmico” y “responsabilidad algorítmica”, así como principios rectores tales como la equidad, la transparencia, la responsabilidad, la privacidad y la protección de los datos personales. Además, proponía la creación de una autoridad reguladora con competencias claras para supervisar, auditar y sancionar los usos indebidos de la IA.

Durante su análisis legislativo, el proyecto fue objeto de discusión en la Comisión Permanente Especial de Ciencia, Tecnología y Educación, recibiendo observaciones de diversos sectores. Entre ellas, la Universidad de Costa Rica subrayó la necesidad de contar con una definición legal precisa de “inteligencia artificial” e incorporar criterios claros de evaluación de impacto en derechos humanos para los sistemas de alto riesgo. Estas aportaciones reflejaban un esfuerzo técnico por dotar al proyecto de mayor precisión conceptual y operativa, así como un reconocimiento institucional del riesgo que ciertas aplicaciones tecnológicas pueden representar para la integridad de las personas.

Pese a su relevancia técnica y conceptual, el proyecto permanece estancado desde su presentación, sin haber sido discutido en el plenario legislativo ni avanzado hacia su aprobación. Este inmovilismo institucional evidencia una desconexión preocupante entre el ritmo de la innovación tecnológica y la capacidad del Derecho costarricense para ofrecer respuestas jurídicas oportunas y efectivas. La ausencia de una normativa que regule el uso de la inteligencia artificial deja expuestos a los ciudadanos frente a riesgos concretos y crecientes, como la alteración digital no consentida de la imagen personal con fines sexuales, una práctica que sigue expandiéndose sin un marco legal que la contenga adecuadamente.

La falta de regulación en materia de inteligencia artificial, particularmente en lo referente a delitos vinculados con el derecho a la imagen, genera un vacío normativo que permite que

conductas altamente lesivas —como la producción y difusión de *deepfakes* sexuales no consentidos— queden fuera del encuadre penal costarricense, favoreciendo una zona de impunidad tecnológica. Esta omisión normativa constituye una forma de violencia estructural que perpetúa la revictimización digital y debilita la tutela judicial efectiva de derechos fundamentales como la intimidad, la imagen y la dignidad humana.

Aunque se reconoce discursivamente la urgencia de regular la inteligencia artificial, esta no ha sido incorporada como una prioridad real en la agenda parlamentaria. La distancia entre la técnica jurídica disponible y la voluntad política para ejecutarla subraya la necesidad de avanzar hacia una reforma legal sustantiva que contemple no solo principios éticos abstractos, sino mecanismos efectivos de prevención, control y sanción de abusos tecnológicos, especialmente aquellos que afectan la integridad sexual y la imagen personal.

A ello se suma una omisión especialmente relevante; el proyecto no incorpora ninguna propuesta de reforma penal ni contempla la responsabilidad penal individual o colectiva frente al uso doloso de tecnologías de inteligencia artificial. Esta ausencia contrasta con experiencias comparadas, como la del Reino Unido, donde ya se han introducido disposiciones penales específicas para sancionar la creación y difusión de *deepfakes* sexuales. En el caso costarricense, el abordaje se limita a principios generales sin mecanismos represivos eficaces. Además, el texto no problematiza las situaciones de especial vulnerabilidad o fragilidad personal, como las que enfrentan las víctimas de contenido sexual fabricado, ni aborda la dimensión simbólica del daño a la dignidad humana.

El Proyecto de Ley N.º 23.771, en consecuencia, representa una oportunidad desperdiciada. Su paralización no debe entenderse como un simple retraso, sino como un síntoma del déficit de respuesta estatal ante los desafíos del entorno digital. Resulta imperativo que el ordenamiento jurídico costarricense abandone su postura reactiva y legisle proactivamente en defensa de los derechos humanos más básicos.

2.12 Jurisprudencia Nacional – Análisis

El abordaje jurisprudencial del artículo 174 bis del Código Penal permite apreciar las tensiones existentes entre el marco legal vigente y las nuevas realidades del entorno digital. La interpretación judicial de esta norma ofrece indicios sobre su capacidad —y sus límites— para enfrentar fenómenos como la pseudo pornografía, la manipulación de imágenes mediante inteligencia artificial y la difusión no consentida de contenido sexual.

A continuación, se analizan dos resoluciones clave: una de la Sala Constitucional, que aborda el fundamento y los alcances del tipo penal desde una perspectiva abstracta y preventiva, y otra del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, que ofrece una visión aplicada y probatoria desde la casuística concreta.

Resolución N.º 06831-2023 – Sala Constitucional (14 de marzo de 2023) (Anexo E)

Órgano emisor: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Fecha de votación: 14 de marzo de 2023

Redactora: Magistrada Nancy Hernández López

Integrantes: Fernando Castillo Víquez (Presidente), Paul Rueda Leal, Nancy Hernández López, Jorge Araya García, Marta Esquivel Rodríguez, Luis Fernando Salazar Alvarado y Ana Virginia Calzada Miranda

Tipo de acción: Consulta judicial facultativa de constitucionalidad

Órgano consultante: Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José

Norma analizada: Artículo 174 bis, inciso b), del Código Penal

Partes intervinientes: Juez consultante, Ministerio Público, Procuraduría General de la República

Resumen de hechos y contexto:

La consulta surge ante la inquietud del juez penal sobre la posible inconstitucionalidad del inciso b) del artículo 174 bis del Código Penal, que castiga la posesión de material pornográfico que represente personas menores de edad, aun cuando se trate de dibujos, caricaturas o simulaciones no reales. El juez alegó que esta norma podría violar el principio de lesividad

(artículo 28 de la Constitución), ya que no hay una víctima real y se trataría solo de representaciones gráficas ficticias.

Fundamento jurídico desarrollado por la Sala:

La Sala descartó que exista una infracción al principio de lesividad. Sostuvo que el castigo penal es legítimo incluso cuando el daño no se dirige a una víctima determinada, siempre que se pretenda proteger bienes jurídicos colectivos como la indemnidad sexual de la niñez, el interés superior del menor, la paz pública y la moral sexual. Además, la penalización responde a obligaciones internacionales derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño, su Protocolo Facultativo y el Convenio de Budapest.

La Sala expresó:

"Aunque no exista una persona menor de edad individualizada como víctima directa, se afecta el interés superior de las personas menores de edad como grupo vulnerable y el desarrollo de una sociedad protectora. Además, el tipo penal responde al cumplimiento de compromisos internacionales adquiridos por el Estado costarricense."

Asimismo, aclaró que el delito sanciona la construcción visual de una narrativa de explotación sexual, lo que genera un riesgo simbólico concreto, suficiente para justificar la intervención del Derecho Penal.

El Tribunal resolvió declarar la norma conforme a Derecho, afirmando que no se vulnera el principio de lesividad al castigar la posesión de pseudo pornografía infantil. Este voto representa un precedente constitucional de alto valor teórico, ya que legitima la criminalización de contenidos de apariencia sexual aun sin la existencia de una víctima individualizada.

Su lógica protectora y su fundamento preventivo son plenamente trasladables a contextos en los que se emplea inteligencia artificial para generar imágenes sexuales manipuladas contra adultos. En estos escenarios, la ausencia de una grabación real o de una escena auténtica no implica ausencia de daño: el deterioro simbólico, emocional y reputacional es sustancial, lo que confirma que el diseño del tipo penal actual presenta limitaciones frente a nuevas formas de agresión tecnológica.

Consideración especial:

La jurisprudencia constitucional costarricense establece que el inciso b) del artículo 174 bis del Código Penal es constitucional incluso cuando sanciona contenidos sexuales ficticios que representan a menores de edad, sin que exista una víctima real individualizada. Sin embargo, el contexto tecnológico actual plantea un escenario no contemplado expresamente: cuando la manipulación digital utiliza la imagen de una persona adulta para hacerla parecer menor de edad en un contexto sexual.

En estos casos, confluyen dos bienes jurídicos diferenciados: la indemnidad sexual de los menores como grupo vulnerable y el derecho a la imagen, dignidad y consentimiento de la persona adulta cuya imagen fue manipulada. Esta figura mixta no está prevista expresamente, lo que genera un espacio de posible impunidad.

Resolución N.º 00532-2025 – Tribunal de Apelación (20 de marzo de 2025) (Anexo F)

Órgano emisor: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José

Fecha de votación: 20 de marzo de 2025

Redactora: Magistrada Katia Castillo Chacón

Integrantes: Katia Castillo Chacón, David Rojas Chaves, Claudia Bolaños Sandoval

Tipo de acción: Recurso de apelación

Partes: Defensa técnica del imputado (apelante) y Ministerio Público (apelado)

Norma aplicada: Artículo 174 bis del Código Penal

Resumen de hechos y contexto:

La resolución analizó el recurso de apelación interpuesto por la defensa de un imputado que había sido condenado en primera instancia por divulgar imágenes sexuales explícitas de su expareja, obtenidas durante una relación sentimental. El material fue compartido en redes sociales sin consentimiento, tras la ruptura de la relación. La defensa alegó que el acto fue impulsivo, producto de una alteración emocional, y que existía un consentimiento implícito desde la toma original del contenido.

Fundamento jurídico y razonamiento del Tribunal:

El Tribunal de Apelación desestimó los argumentos de la defensa, afirmando que el consentimiento en materia de imágenes íntimas debe analizarse como un acto específico, autónomo y renovable en el tiempo. El consentimiento otorgado para la toma o posesión del material no se traduce, de manera automática, en autorización para su difusión posterior, y mucho menos para su divulgación masiva en redes sociales.

La resolución enfatizó que:

“La prueba testimonial, pericial e indiciaria evidenció que la víctima nunca autorizó la publicación de las imágenes en redes sociales, y que esta conducta tuvo un impacto emocional evidente, lo que justifica la responsabilidad penal.”

Asimismo, el tribunal resaltó que la utilización de plataformas digitales no desnaturaliza el carácter lesivo de la conducta, sino que, por el contrario, puede agravarla dada la magnitud del daño, la viralización del contenido y la pérdida de control sobre la imagen difundida.

Por tanto, el recurso de apelación fue rechazado, y se mantuvo la condena impuesta en primera instancia, consolidando una interpretación rigurosa del artículo 174 bis del Código Penal.

Este fallo resulta particularmente valioso porque evidencia cómo los tribunales penales costarricenses han comenzado a construir criterios probatorios y sustantivos para delimitar el consentimiento en el contexto de la intimidad digital. Aunque el caso refiere a imágenes reales, la doctrina expuesta por el tribunal tiene plena aplicabilidad a los escenarios de pseudo pornografía, especialmente en lo relativo a la inexistencia de consentimiento informado, específico y actual.

En los casos de contenido fabricado mediante inteligencia artificial, la afectación es aún más grave pues la persona no solo pierde el control sobre la difusión de su imagen, sino que jamás otorgó consentimiento para su transformación digital ni para su representación sexualizada. El daño se configura no solo desde una dimensión emocional o moral, sino como una forma de agresión simbólica y reputacional que se amplifica por la arquitectura misma del entorno digital.

La sentencia demuestra que el consentimiento no puede entenderse como un permiso absoluto ni permanente, y que su transgresión constituye una forma clara de violencia digital,

independientemente de si el material es auténtico o fabricado. En esa línea, el fallo aporta criterios interpretativos que dialogan con las propuestas de actualización normativa desarrolladas en esta investigación.

Conclusión

El análisis conjunto de ambas resoluciones demuestra que el artículo 174 bis, si bien cuenta con una interpretación judicial sólida en cuanto a la protección de bienes jurídicos colectivos, presenta vacíos frente a nuevas formas de agresión tecnológica, como la manipulación de imágenes mediante inteligencia artificial con fines sexuales. Esta jurisprudencia evidencia que el marco legal vigente necesita una actualización que incorpore explícitamente estas modalidades, garantizando la tutela efectiva del derecho a la imagen, la dignidad y la autodeterminación informativa en el entorno digital.

2.13 Jurisprudencia Internacional – Análisis

Argentina

Resolución N.º 27969 – Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, Zárate-Campana.
(Anexo G)

Órgano emisor: Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Zárate-Campana, Provincia de Buenos Aires, Argentina

Fecha de votación: 19 de mayo de 2025

Redactores: Mariano Magaz (ponente), Humberto Bottini y María Pía Leiro

Tipo de acción: Recurso de apelación

Partes: Defensa técnica del imputado (apelante) y Ministerio Público (apelado)

Norma aplicada: Artículo 128 del Código Penal argentino

Resumen de hechos y contexto:

La resolución analiza el recurso de apelación presentado por la defensa de un imputado acusado de tenencia y distribución de material pornográfico infantil. El planteamiento principal de la defensa se centró en la posibilidad de que las imágenes no representaran a personas reales, sino

que hubiesen sido generadas digitalmente mediante herramientas como CGI o inteligencia artificial. A partir de esta incertidumbre, se cuestionó la aplicabilidad de la agravante establecida en el artículo 128 del CP argentino, alegando la inexistencia de una víctima concreta.

Fundamento jurídico desarrollado por el Tribunal:

La Cámara rechazó los argumentos de la defensa, concluyendo que la ausencia de identificación individualizada de las personas representadas no excluye la configuración del tipo penal. En su análisis, el Tribunal sostuvo que el artículo 128 abarca “*toda representación*” de menores en actos sexuales, sin exigir que la figura retratada corresponda a una persona real.

La sentencia señaló de forma expresa:

“La tolerancia a imágenes o representación de un menor de edad de contenido sexual, aún creadas o modificadas por las nuevas tecnologías, conduciría a normalizar la pedofilia y, en definitiva, pone en peligro el bien jurídico protegido por la norma, esto es, la libertad e integridad sexual de las infancias.”

El tribunal complementó su análisis con referencias al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño y al Convenio de Budapest sobre Ciberdelito. Argumentó que, aunque la legislación argentina incluye reservas sobre ciertas disposiciones de este último, ello no impide la aplicación plena del tipo penal frente a representaciones simuladas. La decisión afirmó que la protección de la niñez frente a la explotación sexual debe prevalecer sobre formalismos probatorios en torno a la existencia real de las víctimas.

Decisión:

El Tribunal confirmó la resolución de primera instancia que ordenaba el pase a juicio, validando la configuración del tipo penal previsto en el artículo 128 del CP argentino, incluso en ausencia de personas reales identificadas en el contenido.

Alcance y relevancia para esta investigación:

Este fallo representa un antecedente relevante para el estudio de la simulación digital con fines sexuales, ya que sostiene que el impacto lesivo no depende de la existencia física de la víctima, sino del mensaje visual y del contexto de sexualización. Además, confirma que el Derecho

Penal puede intervenir frente a contenidos generados por inteligencia artificial cuando estos refuercen narrativas de cosificación o vulneren la protección de grupos vulnerables.

La resolución N.º 27969 es valiosa para esta investigación por su abordaje directo del dilema entre simulación digital, consentimiento y protección penal. Si bien el caso se refiere a personas menores de edad, la argumentación judicial trasciende el contexto infantil y se enfoca en el efecto simbólico y social de las representaciones sexualizadas. Esto resulta análogo a los casos de pseudo pornografía con adultos, en los que la manipulación de imágenes mediante inteligencia artificial genera una narrativa sexual no autorizada ni consentida, con efectos lesivos reales.

El fallo demuestra que la lesividad no se agota en la existencia material de la víctima, sino en la intención de producir contenido sexual con apariencia verosímil que puede difundirse, cosificar y estigmatizar. Esta visión preventiva y expansiva del Derecho Penal ofrece un respaldo argumentativo sólido para que el ordenamiento jurídico costarricense contemple la protección de las personas adultas cuando su imagen es alterada, sexualizada y divulgada sin consentimiento.

Conclusión

El análisis de esta jurisprudencia internacional, en conjunto con la nacional, permite afirmar que los tribunales, tanto en Costa Rica como en Argentina, reconocen la legitimidad de la intervención penal en casos de simulaciones sexuales, incluso sin víctimas reales identificadas, debido al impacto simbólico, social y colectivo que generan.

2.14 Derecho Comparado

Respuestas Penales Internacionales Ante La Simulación Sexual Digital No Consentida

Diversos países han comenzado a reformar sus legislaciones para brindar una tutela efectiva frente a estos nuevos delitos digitales. En este capítulo se realiza un análisis comparado de los marcos jurídicos de España y el Reino Unido, que han establecido mecanismos normativos y jurisprudenciales para enfrentar la violencia sexual digital en sus distintas expresiones. El objetivo es identificar los elementos que podrían inspirar una reforma integral del artículo 174 bis

del Código Penal costarricense, a partir de modelos que reconocen la gravedad del contenido simulado sin consentimiento.

España: Ley Orgánica 10/2022 y la evolución hacia una tutela penal integral del consentimiento y la imagen

La Ley Orgánica 10/2022, sancionada el 6 de septiembre de 2022 y publicada en el Boletín Oficial del Estado el 7 de septiembre de ese mismo año, reformó el Código Penal español con un enfoque centrado en el consentimiento como eje vertebrador del Derecho Penal sexual. Entre otras modificaciones, introdujo un marco normativo que reconoce expresamente que la violencia sexual puede manifestarse también a través de medios digitales. Esta ley, que ha sido objeto de amplio debate jurídico y político, consolida una visión integral que incorpora la perspectiva de género, el enfoque de derechos humanos y el principio de autonomía corporal y personal.

Uno de los avances más relevantes en el plano normativo penal fue la reforma del artículo 197.7 del Código Penal. Este precepto sanciona a quien difunda, revele o ceda a terceros, sin autorización de la persona afectada, grabaciones, imágenes o audiovisuales de carácter íntimo que se hubieran obtenido con su consentimiento en un contexto de privacidad. Esta disposición incluye implícitamente las imágenes manipuladas mediante inteligencia artificial cuando simulan situaciones de índole sexual, siempre que se identifique a la persona afectada.

Artículo 197.7 tras la reforma por la Ley Orgánica 10/2022:

“Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que haya obtenido con su consentimiento en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

Si los hechos se hubieran cometido por el cónyuge o persona que esté o haya estado unida a la víctima por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, se impondrá la pena en su mitad superior.” (Cfr. España, 2022)

La jurisprudencia española ha comenzado a interpretar esta norma en casos de pornografía falsa generada digitalmente, aplicando una lectura finalista que prioriza la lesión a la

autodeterminación sexual, al derecho a la imagen y a la integridad moral. Si bien aún no existe un tipo penal específico para los deepfakes sexuales, tanto doctrina como legisladores han planteado la necesidad de crear una figura autónoma que sancione la creación de contenido sexual falso sin consentimiento, incluso en ausencia de difusión efectiva.

Esta preocupación ha sido reflejada en debates parlamentarios y por instituciones como el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, que han advertido del crecimiento de la violencia simbólica digital como forma de agresión con efectos psicosociales profundos. Asimismo, el Plan de Acción del Ministerio de Igualdad ha propuesto protocolos de actuación para casos de violencia digital, incluyendo medidas contra los deepfakes sexuales.

Desde la óptica de esta investigación, el modelo español ofrece una referencia normativamente progresiva, pero aún perfectible. La reforma del artículo 197.7 evidencia una voluntad política de enfrentar la lesión digital a la imagen íntima y sexual, pero su alcance depende de la interpretación jurisprudencial, lo que genera incertidumbre respecto a los casos en que el contenido ha sido enteramente fabricado. Esta situación plantea interrogantes sobre la tipicidad de actos que lesionan gravemente la dignidad, la privacidad y la voluntad de la persona, aunque no haya un registro audiovisual real de origen.

Relevancia para Costa Rica

El modelo español permite advertir que un tipo penal como el costarricense —centrado exclusivamente en menores de edad (art. 174 bis) o en la veracidad de las imágenes (art. 196 bis)— resulta insuficiente frente a la sofisticación tecnológica actual.

La ausencia de un delito autónomo que sancione la creación o alteración de contenido sexual falso sin consentimiento consolida un vacío de impunidad, particularmente cuando el daño proviene del uso ilegítimo de la apariencia y no de la autenticidad del contenido. El modelo español, al menos en su dimensión interpretativa y doctrinal, reconoce la autonomía del consentimiento sobre la imagen sexual, lo cual debería inspirar reformas que garanticen una protección efectiva frente a las nuevas manifestaciones de violencia sexual simbólica en el ámbito digital.

Cuadro Comparativo: Costa Rica vs España

Regulación sobre la alteración de imagen para contenido sexual con herramientas IA.

Elemento	Costa Rica (Art. 174 bis C.P.)	España (Ley Orgánica 10/1995 y reformas)
Tipo penal existente	<i>Difusión no consentida de material sexual explícito.</i>	<i>Artículo 197.7 y 197.8 del Código Penal: difusión y creación de imágenes íntimas sin consentimiento.</i>
Origen del material	<i>Requiere que existan grabaciones, videos, audios o imágenes íntimas preexistentes y verificables.</i>	<i>Se permite sancionar tanto la difusión de material real como la creación mediante edición digital.</i>
Tecnología usada	<i>No menciona ni contempla expresamente inteligencia artificial o edición digital.</i>	<i>La reforma de 2022 introduce agravantes cuando se emplea tecnología avanzada o IA para manipular imágenes.</i>
Consentimiento	<i>El tipo penal se activa ante la difusión sin autorización de la persona retratada.</i>	<i>La falta de consentimiento es el núcleo del delito; se considera irrelevante que el contenido sea real o falso.</i>
Bien jurídico protegido	<i>Intimidad sexual, dignidad y autodeterminación informativa.</i>	<i>Intimidad, dignidad, integridad moral y libertad sexual.</i>
Daño exigido	<i>Se presume afectación por la difusión sin consentimiento.</i>	<i>No se requiere demostrar daño específico, basta con la acción de difusión o creación no autorizada.</i>
Responsabilidad de plataformas	<i>No contempla obligaciones para intermediarios digitales.</i>	<i>Aunque no hay un régimen penal directo, se aplican regulaciones de protección digital y derechos ARCO.</i>

<i>Reconocimiento de imágenes simuladas</i>	<i>No hay cobertura de imágenes alteradas, fabricadas o manipuladas digitalmente.</i>	<i>Sí contempla imágenes manipuladas, incluso si son generadas sin participación real de la víctima.</i>
<i>Enfoque penal</i>	<i>Clásico, basado en la veracidad del material y en la captación previa.</i>	<i>Progresivo, reconoce que los contenidos manipulados también vulneran derechos fundamentales.</i>

La experiencia española, aunque relevante, no agota las posibilidades comparativas. Otros marcos normativos, como el del Reino Unido, han incorporado mecanismos penales y regulatorios más amplios que también resultan ilustrativos para valorar alternativas de protección frente a la simulación sexual digital no consentida.

Reino Unido: Online Safety Act 2023 y la consolidación de un modelo de responsabilidad digital activa

El Reino Unido adoptó una estrategia legislativa robusta con el Online Safety Act 2023, el cual fue aprobado el 26 de octubre de 2023, fecha en la que recibió la Royal Assent y se convirtió oficialmente en ley del Parlamento británico. Esta norma amplía el Sexual Offences Act 2003 para cubrir explícitamente la creación y difusión de deepfakes sexuales sin consentimiento, incluso si no existe material original real. La modificación penaliza “la divulgación o amenaza de divulgación de imágenes íntimas (incluidos deepfakes) que muestran o parecen mostrar a otra persona desnuda o en acto sexual”.

Adicionalmente, una enmienda al Data (Use and Access) Bill introdujo, en enero de 2025, una figura penal independiente para la simple creación de deepfakes sexuales, cuando se realice sin “creer razonablemente” que la persona afectada dio su consentimiento, y con la intención de causar alarma, humillación o gratificación sexual.

Este enfoque no solo prohíbe la difusión, sino también la generación misma del contenido, antes de cualquier distribución, reconociendo el daño simbólico desde el origen de la imagen. Las nuevas sanciones incluyen multas ilimitadas, subrayando la gravedad de la conducta.

En el plano institucional, el acta otorga a Ofcom (Office of Communications) amplias facultades supervisoras. Ofcom es el organismo regulador independiente de los servicios de comunicaciones en el Reino Unido, establecido mediante la Communications Act 2002 y con plena autoridad desde el 28 de diciembre de 2003 conforme a la Communications Act 2003. Con el Online Safety Act 2023, fue designado como regulador de la seguridad digital, con competencias para fiscalizar plataformas, emitir códigos de práctica y aplicar sanciones.

Según la guía oficial:

"Ofcom es el organismo regulador independiente de la Seguridad en Línea. Establecerá los pasos que los proveedores pueden seguir para cumplir con sus obligaciones de seguridad en códigos de práctica. Tiene un amplio abanico de facultades para evaluar y hacer cumplir el cumplimiento del marco normativo por parte de los proveedores." (Ofcom, 2023)

Las plataformas digitales sujetas a esta ley deben cumplir con un deber legal de cuidado (duty of care) que implica la evaluación de riesgos de contenido ilegal, implementación de filtros, sistemas de verificación, moderación automatizada y mecanismos de denuncia. El incumplimiento de estas obligaciones puede acarrear sanciones administrativas, incluyendo multas de hasta £18 millones o el 10 % de su facturación global anual.

De forma textual, se establece:

"La Ley crea un nuevo deber de cuidado para las plataformas en línea... exigiéndoles tomar medidas contra el contenido ilegal... Las plataformas que incumplan este deber podrían enfrentar multas de hasta 18 millones de libras esterlinas o el 10 % de su facturación anual." (UK Government, 2023)

Este modelo normativo representa una arquitectura jurídica proactiva en la protección frente a deepfakes sexuales, al combinar sanción penal directa con mecanismos regulatorios preventivos. El reconocimiento explícito del daño simbólico y la responsabilidad de los

intermediarios tecnológicos posicionan al Reino Unido como uno de los marcos legales más avanzados en la materia.

Relevancia para Costa Rica:

El modelo británico introduce una lectura funcional del derecho penal en el entorno digital, combinando un tipo penal específico con una arquitectura institucional de vigilancia y prevención. Esto resulta particularmente valioso para Costa Rica, donde la legislación aún no contempla la responsabilidad directa de plataformas digitales ni prevé mecanismos de respuesta anticipada ante contenidos simulados de índole sexual. El enfoque británico permite anticiparse al daño, desjudicializar parcialmente la protección y ofrecer respuestas rápidas a víctimas de violencia simbólica.

Esta propuesta normativa también destaca por reconocer el carácter lesivo de la simulación, aun sin la participación de la persona afectada ni la veracidad del contenido. En un contexto donde las imágenes pueden ser fabricadas con gran realismo, esta regulación permite enfrentar la agresión desde el momento de su creación, alineando el ordenamiento jurídico con los estándares internacionales de protección a los derechos digitales y a la integridad personal.

Cuadro Comparativo: Costa Rica vs Reino Unido

Regulación sobre la alteración de imagen para contenido sexual con herramientas IA.

Elemento	Costa Rica (Art. 174 bis C.P.)	Reino Unido (Online Safety Act 2023)
Tipo penal existente	Difusión no consentida de material sexual explícito.	Compartición o creación de deepfakes sexuales sin consentimiento.
Origen del material	Requiere que existan grabaciones, videos, audios o imágenes íntimas preexistentes y verificables.	No requiere que el material sea real; basta con que parezca sexualmente explícito y sea identificable.
Tecnología usada	No menciona ni contempla expresamente inteligencia artificial o edición digital.	Regula explícitamente contenidos creados por IA con apariencia sexual realista.

Consentimiento	El tipo penal se activa ante la difusión sin autorización de la persona retratada.	Se sanciona la creación y difusión sin consentimiento, sin requerir autenticidad del cuerpo o imagen.
Bien jurídico protegido	Intimidad sexual, dignidad y autodeterminación informativa.	Intimidad, integridad psicoemocional, identidad digital y dignidad humana.
Daño exigido	Se presume afectación por la difusión sin consentimiento.	Se requiere intención de causar daño, angustia o humillación, o que efectivamente se haya causado.
Responsabilidad de plataformas	No contempla obligaciones para intermediarios digitales.	Sí incluye deberes de moderación, remoción de contenido y mecanismos de denuncia rápida.
Reconocimiento de imágenes simuladas	No hay cobertura de imágenes alteradas, fabricadas o manipuladas digitalmente.	Reconoce como delito el uso de rostros y cuerpos simulados que aparentan ser reales.
Enfoque penal	Clásico, basado en la veracidad del material y en la captación previa.	Moderno, centrado en el daño simbólico y en la percepción pública de autenticidad.

Capítulo III. Marco Metodológico

En el presente capítulo se abordará el Marco Metodológico, en el cual se desarrollarán los parámetros en cuanto al método de recolección y valoración de los datos a lo largo de la investigación. El estudio se orienta hacia la comprensión de la regulación del derecho a la imagen en Costa Rica y su relación con la manipulación digital de imágenes mediante inteligencia artificial, especialmente en el contexto de la divulgación no autorizada de contenido alterado con fines ilícitos.

El tipo de estudio se fundamenta en un enfoque **cualitativo interpretativo**, el cual resulta pertinente debido a que la investigación no pretende medir variables ni establecer relaciones estadísticas, sino comprender, desde una perspectiva profunda y analítica, las implicaciones legales y éticas que surgen de la manipulación digital de imágenes. Dicho enfoque permite interpretar fenómenos jurídicos en constante transformación y examinar cómo el ordenamiento jurídico costarricense responde —o no— a las nuevas realidades tecnológicas que afectan el derecho a la imagen y la privacidad.

Asimismo, se adopta un diseño fenomenológico, por cuanto el objetivo central es explorar y desentrañar las experiencias y percepciones derivadas del impacto de las imágenes manipuladas con fines sexuales en el plano normativo y social. Este diseño ofrece un marco idóneo para identificar las tensiones entre la normativa vigente y los desafíos impuestos por la inteligencia artificial, al centrarse en la esencia de los fenómenos estudiados más que en su frecuencia o cuantificación. En este sentido, la elección metodológica se justifica en tanto permite un análisis jurídico que trasciende la descripción de la norma para interpretar sus alcances, vacíos y limitaciones frente a la realidad digital contemporánea (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2014).

3.1 Tipo de Investigación

Se llevará a cabo una investigación descriptiva y exploratoria. La investigación será descriptiva en la medida en que documentará y detallará artículos de la legislación costarricense y

alguno internacional, analizando su relación con la manipulación de imágenes mediante inteligencia artificial.

Asimismo, tendrá un carácter exploratorio, ya que evaluará las implicaciones legales y vacíos normativos existentes en la materia, con el fin de analizar la eficacia de la normativa vigente y proponer mejoras regulatorias. Según Hernández Sampieri et al. (2014), el diseño exploratorio permite examinar un tema poco estudiado, mientras que el diseño descriptivo proporciona información estructurada que puede servir de base para estudios correlacionales o explicativos.

3.2 Enfoque de la Investigación

Se adoptará un **enfoque cualitativo de carácter interpretativo**, en tanto la investigación busca analizar e interpretar las implicaciones legales y los vacíos normativos relacionados con la manipulación digital de imágenes mediante inteligencia artificial. Este enfoque es el más apropiado porque permite comprender el fenómeno desde una perspectiva jurídica y social, atendiendo no solo al texto de la norma, sino también a sus repercusiones prácticas en la protección del derecho a la imagen y la intimidad.

El análisis se basará en la interpretación de datos obtenidos a través de entrevistas a profesionales del ámbito jurídico, revisión documental y estudio de casos, lo que posibilita construir una comprensión profunda y contextualizada del problema de investigación. Según Creswell y Poth (2018).

3.3 Técnicas de Investigación

3.3.1 Descripción operacional

a) Análisis documental. Comprendió la revisión sistemática de diversas fuentes normativas, doctrinales y jurisprudenciales, tanto nacionales como internacionales. Se incluyó el estudio de los artículos 174 bis, 196, 196 bis del Código Penal costarricense; jurisprudencia emitida por tribunales nacionales; doctrina especializada en derecho penal y derechos digitales; así como legislación y reportes internacionales. Adicionalmente, se incorporó un análisis

comparado de la regulación en España y el Reino Unido, lo que permitió ampliar el marco de referencia y valorar posibles vías de reforma en Costa Rica.

b) Entrevistas semiestructuradas. Se aplicaron a tres profesionales del sistema penal, con una duración aproximada de 60 minutos cada una, en modalidad presencial, virtual y escrita. El guion contempló los siguientes ejes temáticos:

1. Tipicidad penal y técnica legislativa.
2. Bien jurídico tutelado y exigencia de daño.
3. Retos probatorios y trazabilidad digital.
4. Concurso de delitos y normativa aplicable.
5. Elementos del tipo penal para una posible reforma.
6. Valor probatorio del consentimiento y cadena de custodia.
7. Relevancia constitucional y estándar de protección de derechos fundamentales.

(El desarrollo conceptual de cada eje y la transcripción completa de las entrevistas se encuentran en los Anexos A, B y C.)

c) Estudio de casos. Se analizaron resoluciones judiciales nacionales e internacionales relacionadas con la manipulación digital de imágenes mediante IA, considerando variables como hechos, norma aplicada, razonamiento y decisión.

3.4 Muestreo

3.4.1 Muestra de participantes

La muestra de participantes está conformada por tres operadores del sistema penal costarricense: La selección se realizó mediante un muestreo no probabilístico por conveniencia, idóneo dentro de los enfoques cualitativos al priorizar la accesibilidad y la pertinencia temática. Estos perfiles resultan estratégicos porque aportan perspectivas diferenciadas —jurisdiccional, persecutoria y defensiva— que permiten valorar la aplicabilidad y suficiencia del artículo 174 bis del Código Penal frente a nuevas formas de agresión digital, como la pseudo pornografía generada mediante inteligencia artificial.

3.4.2 *Muestra documental*

La muestra documental incluyó una revisión selectiva de fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales a nivel nacional e internacional. Se analizaron:

- Legislación costarricense vigente, como el Código Penal y normativa sobre protección de datos personales.
- Jurisprudencia nacional relevante en materia de derecho a la imagen, intimidad digital y delitos vinculados con la manipulación de imágenes.
- Estudios académicos y artículos especializados, tanto nacionales como internacionales, relacionados con derecho penal, inteligencia artificial y derechos fundamentales.
- Experiencias comparadas en España y el Reino Unido, que aportan referentes útiles para evaluar posibles reformas legislativas en Costa Rica.

3.4.3 *Consideración final del muestreo*

El uso del muestreo por conveniencia permitió integrar tanto voces expertas del sistema penal como fuentes documentales pertinentes, generando una base empírica y normativa sólida para el análisis. Esta estrategia asegura que la investigación cuente con insumos relevantes y contrastados, fundamentales para sustentar una argumentación crítica y contextualizada sobre los vacíos legales identificados en el ordenamiento costarricense.

3.5 Análisis de la Información

La información recolectada será examinada mediante **análisis de contenido cualitativo con enfoque temático**, técnica que permite identificar, organizar e interpretar patrones de significado dentro de los datos. Esta metodología resulta adecuada para investigaciones jurídicas porque facilita la construcción de categorías interpretativas a partir de documentos, discursos y testimonios, en lugar de apoyarse en datos numéricos (Krippendorff, 2013).

El proceso de análisis se llevará a cabo en tres fases:

1. **Codificación inicial:** lectura exhaustiva de las entrevistas, normas legales, jurisprudencia y fuentes doctrinales, identificando fragmentos relevantes vinculados con el derecho a la imagen, la manipulación digital de contenidos y el consentimiento.
2. **Agrupación temática:** organización de las unidades de análisis en categorías jurídicas (por ejemplo: tipicidad penal, bien jurídico protegido, retos probatorios, estándares constitucionales) que permitan abordar los objetivos de investigación.
3. **Interpretación analítica:** elaboración de conclusiones a partir de la relación entre categorías, contrastando las perspectivas de los entrevistados con los marcos normativos nacionales e internacionales.

Este abordaje permitirá generar una interpretación rigurosa sobre la suficiencia del artículo 174 bis del Código Penal frente a la pseudo pornografía, articulando el análisis normativo con la experiencia práctica de los operadores jurídicos. Asimismo, el uso del análisis de contenido temático asegura una lectura estructurada y coherente del material, fundamentando las conclusiones de manera crítica y contextualizada.

Conclusión

El marco metodológico diseñado ofrece las herramientas necesarias para examinar de manera sistemática la manipulación de imágenes mediante inteligencia artificial y su tratamiento en el derecho penal costarricense. A partir de un enfoque cualitativo interpretativo, sustentado en entrevistas semiestructuradas, análisis documental y estudio de casos, se busca construir una visión crítica sobre la regulación vigente, identificar tensiones jurídicas y aportar insumos que orienten la discusión sobre eventuales reformas en la protección del derecho a la imagen frente a los desafíos digitales.

Capítulo IV

Análisis de Resultados

En el presente capítulo se desarrollará un análisis exegético de las respuestas proporcionadas por los especialistas entrevistados, mediante la aplicación de una entrevista estructurada compuesta por siete interrogantes cuidadosamente diseñadas con base en las unidades de análisis extraídas de los objetivos específicos de esta investigación. Tales unidades, y el proceso de formulación metodológica, se encuentran debidamente explicadas en Anexos y en Capítulo III se justifica la pertinencia y rigurosidad técnica de las preguntas seleccionadas, en concordancia con los fines investigativos.

Todas estas preguntas fueron dirigidas de forma idéntica a tres especialistas en derecho penal, lo que garantiza la homogeneidad del instrumento y permite establecer condiciones de análisis equitativas en cuanto a la comparación de criterios doctrinales y prácticos. En este sentido, el enfoque cualitativo de la investigación exige no una sistematización estadística, sino una recolección abstracta y comparativa de los discursos profesionales, a partir de los cuales se contrasta el grado de convergencia o divergencia existente entre sus posturas. Este contraste no solo permite detectar patrones argumentativos comunes o disonantes, sino que facilita la identificación de zonas críticas que demandan intervención legislativa o reinterpretación doctrinal. (véase Anexo A, B, C)

El presente capítulo, por tanto, no tiene por objeto emitir valoraciones concluyentes ni juicios categóricos, sino establecer un ejercicio de interpretación y análisis hermenéutico a partir de los discursos de los expertos, contrastándolos con los aportes doctrinales, jurisprudenciales y normativos desarrollados en los capítulos anteriores. A la luz de esta triangulación metodológica, se pretende dilucidar si las respuestas de los especialistas permiten afirmar la existencia de vacíos legales en la regulación penal vigente, si existe consenso en torno a la necesidad de una reforma normativa, y cómo se conceptualiza el fenómeno de la pseudo pornografía desde una perspectiva penal sustantiva.

La estructura del análisis se organizará conforme con los objetivos específicos de esta investigación, asignando a cada uno de ellos las preguntas que guardan vinculación directa con su contenido. De esta manera, se garantiza la alineación metodológica entre los fines propuestos y los resultados obtenidos, cumpliendo con el principio de coherencia interna de todo proceso investigativo. Asimismo, se expondrán los puntos de convergencia entre los expertos, las posibles tensiones conceptuales y sus implicaciones jurídicas, todo ello enmarcado en una narrativa crítica y técnicamente fundamentada.

Esta investigación incorpora el criterio técnico de tres especialistas en derecho penal costarricense, cuya trayectoria profesional y académica aporta una perspectiva crítica y aplicada al análisis jurídico del fenómeno objeto de estudio.

En primer lugar, se entrevistó al Máster Luis Zúñiga Solís, portador del carné profesional n.º 29996, quien cuenta con una Maestría y Doctorado en Derecho Penal. Es abogado litigante y director de la firma Solís Vincenzi Abogados y Notarios, con más de 15 años de experiencia en litigio penal. Ha ejercido también como profesor universitario en diversas instituciones de educación superior, impartiendo cursos de Derecho Penal y otras ramas durante más de siete años.

Seguidamente, se contó con la participación de la Máster Siany Mata Sánchez, carné n.º 16315, egresada de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, y también graduada de la Maestría en Análisis de Inteligencia frente a la Criminalidad Organizada Transnacional por la Universidad Rey Juan Carlos de España. Su trayectoria inició como fiscal del Ministerio Público en enero de 2008, y actualmente se desempeña como jueza del Tribunal de Juicio de Heredia, con experiencia directa en procesos penales complejos y fenómenos emergentes de criminalidad.

Finalmente, se recabó el criterio del Licenciado Randall Tamayo Oconitrillo, carné n.º 7299, abogado litigante y notario público, con más de 30 años de ejercicio profesional en distintas áreas del derecho, especialmente en la defensa penal. Es fundador y director de la firma Tamayo y Asociados, y ha liderado procesos judiciales en materia penal, civil y administrativa, aportando una mirada práctica, técnica y con enfoque garantista.

En lo que sigue, se procederá al análisis del primer objetivo específico, el cual se enfoca en examinar los alcances y limitaciones del artículo 174 bis del Código Penal costarricense frente a las nuevas realidades tecnológicas asociadas a la inteligencia artificial y la creación de imágenes sexuales falsas.

Objetivo específico 1

Examinar el alcance y las limitaciones del artículo 174 bis, evaluando si su redacción actual permite sancionar la alteración y generación de imágenes sexuales falsas con inteligencia artificial.

I. Análisis de las respuestas de los especialistas

Las preguntas vinculadas directamente con este objetivo son:

Pregunta 1: ¿Considera usted que la redacción actual del artículo 174 bis permite subsumir conductas vinculadas con deepfakes sexuales? ¿Qué deficiencias técnicas presenta su formulación en cuanto al tipo penal?

Pregunta 5: ¿Considera que debería reformarse el artículo 174 bis para incorporar agravantes tecnológicas, o bien crearse un tipo penal autónomo para abordar este fenómeno?

1.1. Sobre la tipicidad penal y los límites de interpretación extensiva

Los tres especialistas coincidieron en que la redacción actual del artículo 174 bis no permite subsumir de forma adecuada las conductas vinculadas con la manipulación de imágenes sexuales de personas adultas mediante inteligencia artificial.

Randall Tamayo calificó esta exclusión como una “*deficiencia estructural*”, ya que la norma se limita a la protección de menores de edad y no contempla supuestos de alteración digital. (Véase respuesta completa en anexo C)

Luis Zúñiga resaltó que, *conforme al principio de legalidad y al artículo 1 del Código Procesal Penal, cualquier extensión interpretativa hacia adultos sería incompatible con la taxatividad penal.* (Véase respuesta completa en anexo A)

Siany Mata reconoció que el inciso b) podría interpretarse extensivamente en ciertos casos, pero advirtió que términos como “dibujos” o “caricaturas” no se equiparan técnicamente a las creaciones generadas por inteligencia artificial.

Estos criterios reflejan una omisión en el tipo penal, no en cuanto al bien jurídico —que sigue siendo la indemnidad sexual— sino en relación con los medios comisivos y las conductas típicas, lo que genera inseguridad jurídica.

1.2. Sobre la necesidad de una reforma normativa

La exclusión de la pseudo pornografía en adultos abre el debate sobre una reforma legislativa. Los especialistas difieren en cuanto a la técnica:

Tamayo propuso un tipo penal autónomo que incluya verbos como “crear, modificar, compartir o difundir” imágenes falsas con fines sexuales.

Zúñiga sugirió mantener el artículo 174 bis incorporando conceptos amplios como “alteración digital” o “inteligencia artificial”, para evitar reformas constantes.

Mata alertó sobre los retos probatorios que implicaría determinar autoría en entornos anónimos y el impacto que ello tendría en el debido proceso.

II. Contraste con el marco teórico, doctrinal y normativo

2.1. Apoyo doctrinal

La doctrina nacional coincide con estos cuestionamientos.

Cortés Sandí (2020) advierte que *“la norma incurre en criminalización simbólica al sancionar conductas de forma imprecisa, sin articular de manera clara el bien jurídico protegido”* (p. 85). La crítica resalta que la insuficiencia del 174 bis no radica solo en su alcance restringido, sino también en la falta de precisión conceptual.

Ramírez Solano (2021) afirma que *“la ausencia de una figura penal que contemple la alteración no consentida de la imagen digital genera un vacío que coloca a las víctimas en un estado de indefensión”* (p. 112). Esta postura se conecta directamente con la omisión legislativa

señalada por los expertos, pues evidencia cómo la víctima queda sin una herramienta clara de protección penal.

2.2. Jurisprudencia nacional

Para verificar la existencia de precedentes nacionales, se realizó una búsqueda exhaustiva en las bases de datos judiciales NEXUS del Poder Judicial de Costa Rica y CIJUL en Línea de la Universidad de Costa Rica. Se utilizaron como criterios de búsqueda los términos “artículo 174 bis”, “pseudo pornografía”, “pornografía virtual” e “inteligencia artificial”. El resultado evidenció que no existen resoluciones en las que se haya aplicado el artículo 174 bis a supuestos de deepfakes sexuales con personas adultas, lo que confirma la existencia de una laguna jurisprudencial en la materia.

Este hallazgo no solo revela la insuficiencia de la norma para abordar fenómenos modernos de agresión digital, sino que también constituye una limitación del presente trabajo, al reducir la posibilidad de contrastar directamente el tipo penal con pronunciamientos judiciales específicos sobre el tema.

Entre las resoluciones que refuerzan la teoría de esta investigación se evidencio lo siguiente:

La resolución N.º 00532-2025 del Tribunal de Apelación Penal del II Circuito Judicial de San José subrayó que el *artículo 174 bis* “*protege de forma directa la indemnidad sexual de las personas menores de edad frente a representaciones ficticias, sin extender su alcance a personas adultas*” (Tribunal de Apelación Penal, 20 de marzo de 2025, p. 14). Este fallo confirma la restricción etaria como límite del tipo penal, dejando sin cobertura a las víctimas mayores de edad afectadas por montajes sexuales.

A su vez, la Sala Constitucional, en el voto N.º 06831-2023 sostuvo que “*la divulgación no autorizada de la imagen personal afecta la intimidad, la honra y la dignidad de la persona*” (Anexo E). Si bien no hace referencia a inteligencia artificial ni a montajes sexuales, este precedente evidencia que la jurisprudencia nacional reconoce la dimensión personalísima de la imagen, lo cual refuerza la necesidad de que el ámbito penal acompañe esa tutela en escenarios de violencia digital.

El análisis conjunto revela que el vacío no se debe a la inexistencia de un bien jurídico — pues la dignidad, intimidad y libre desarrollo de la personalidad han sido reiteradamente reconocidos—, sino a la ausencia de elementos típicos claros que permitan perseguir jurídicamente las nuevas formas de agresión simbólica.

2.3. Comparación normativa internacional

La experiencia comparada ofrece referentes concretos.

En España, la Ley Orgánica 10/2022, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, sanciona la difusión no consentida de imágenes manipuladas, y la fiscalía general del Estado, en su Circular 3/2023, reconoció expresamente la urgencia de tipificar los deepfakes sexuales. En palabras de la Circular: *“la manipulación de contenidos íntimos mediante inteligencia artificial constituye una forma de violencia sexual digital que requiere respuesta penal autónoma”* (fiscalía general del Estado, 2023, p. 22).

En el Reino Unido, el Online Safety Act 2023, complementado con las reformas a la Criminal Justice and Courts Act 2015, estableció sanciones específicas contra la creación y divulgación de imágenes íntimas falsas. La Explanatory Note del Acta señala: *“El delito se aplica igualmente al contenido fabricado digitalmente para representar actividad sexual, independientemente de su veracidad”* (UKParliament, 2023, p.3). “Esto refleja un reconocimiento legislativo de que los montajes digitales constituyen un riesgo autónomo para la dignidad y seguridad sexual de las personas.

Estas experiencias muestran que los sistemas jurídicos avanzados han optado por figuras específicas que reconocen la manipulación digital como conducta punible, evitando extensiones forzadas de tipos preexistentes.

III. Conclusión del análisis para el primer objetivo

El análisis de los hallazgos demuestra, de forma unánime, que la formulación actual del artículo 174 bis del Código Penal costarricense es insuficiente para sancionar la pseudo pornografía generada mediante inteligencia artificial. La limitación no deriva del bien jurídico protegido, sino de la omisión legislativa respecto de los medios comisivos (alteración digital, manipulación con IA) y el sujeto pasivo (adultos).

Esta omisión vulnera el principio de tutela judicial efectiva, pues deja a las víctimas sin un mecanismo penal idóneo para salvaguardar su imagen y dignidad frente a agresiones sexuales digitales. Como señaló Ramírez Solano (2021), ello coloca a la persona afectada en un estado de indefensión al no poder acceder a una protección legal clara y aplicable.

Así, se cumple el primer objetivo específico de esta investigación, al examinar el contenido, alcance y limitaciones del artículo 174 bis, demostrando la necesidad de avanzar hacia una reforma normativa o la creación de un tipo penal autónomo que contemple explícitamente la manipulación digital de imágenes sexuales.

Objetivo específico 2

Identificar el bien jurídico tutelado en los casos de alteración de imágenes con IA, analizando cómo se vulneran los derechos a la intimidad, la imagen y la integridad moral en el contexto digital.

I. Análisis de las respuestas de los especialistas

La pregunta vinculada directamente con este objetivo es:

Pregunta: 2 ¿Considera que el artículo 174 bis protege adecuadamente el derecho a la imagen y la autodeterminación informativa en el entorno digital? ¿Existe un bien jurídico claro y suficiente en el tipo penal?

Existe un consenso crítico entre los tres expertos entrevistados: el artículo 174 bis no protege adecuadamente los derechos fundamentales involucrados en la alteración digital de imágenes sexuales de personas adultas, y presenta ambigüedad en la identificación del bien jurídico tutelado en contextos digitales.

El Lic. Randall Tamayo fue enfático en señalar: *“el artículo 174 bis deja por fuera a los adultos, porque su eje es la indemnidad sexual de menores; la imagen y la privacidad en mayores de edad quedan sin resguardo, y el consentimiento ni siquiera se contempla”* (Anexo C). Esta posición refleja que el tipo penal omite bienes jurídicos claves como la intimidad y la autodeterminación informativa, aun cuando el daño ocurre sin contacto físico.

En términos similares, el Máster Luis Zúñiga expuso que los efectos de estas prácticas, aunque simbólicos, son equiparables a agresiones directas a la integridad sexual, mientras que la Jueza Siany Mata recalcó que el precepto legal fue diseñado con una lógica exclusiva de protección a menores, sin prever escenarios de edición, hackeo o uso de inteligencia artificial.

Estas valoraciones permiten concluir que, desde la práctica judicial y doctrinal aplicada, el bien jurídico actualmente protegido está limitado a la indemnidad sexual infantil, dejando fuera la dimensión simbólica, emocional y reputacional que afecta a las víctimas adultas.

II. Contraste con el marco teórico y doctrinal

2.1. Vulneración de múltiples derechos fundamentales

El marco teórico evidencia que la manipulación de imágenes sexuales mediante IA vulnera de manera concurrente varios derechos fundamentales:

- *La imagen personal*, como expresión de la personalidad (art. 24 de la Constitución Política), al difundirse un retrato manipulado sin consentimiento.
- *La intimidad*, al introducir a la persona en un contexto sexual falso que viola su esfera privada.
- *El consentimiento*, ausente en estas conductas, lo que lesiona directamente la autodeterminación informativa.
- *La integridad moral y la dignidad*, en tanto la manipulación provoca daños irreversibles en la reputación y percepción social de la víctima.

Estos bienes jurídicos sí son reconocidos en el ordenamiento nacional, pero no se encuentran articulados de forma suficiente en el artículo 174 bis, que permanece atado a una concepción tradicional de daño físico vinculado a menores de edad.

2.2. Apoyo doctrinal

Desde la doctrina, Melissa Ramírez Solano (2021) ha planteado la necesidad de tipificar de manera autónoma las conductas que vulneran la imagen en entornos digitales, señalando que el

ordenamiento actual es insuficiente para abordar la lesión a la autodeterminación informativa y al control sobre la identidad personal. Al respecto, la autora sostiene que:

“La legislación penal costarricense carece de una tipificación expresa que proteja la imagen como bien jurídico frente a manipulaciones digitales, lo que genera inseguridad jurídica y deja a las víctimas adultas en un estado de desprotección normativa” (Ramírez Solano, 2021, p. 45).

Su propuesta destaca que los tipos penales vigentes, incluido el artículo 174 bis, carecen de un bien jurídico claramente definido cuando se trata de manipulación digital de imágenes de adultos, lo cual genera un vacío que limita la respuesta judicial.

III. Jurisprudencia nacional

La Sala Constitucional del 14 de marzo de 2023, examinó el art. 174 bis y validó la constitucionalidad del inciso b) por su foco en la protección de personas menores y su anclaje en obligaciones internacionales. Lo relevante para este objetivo es el alcance del bien jurídico que la propia sentencia perfila:

“El inciso b) del artículo 174 bis “no es inconstitucional en cuanto sanciona la imagen, caricatura, dibujo o representación que aparente o simule a una persona menor de edad realizando actividades sexuales, al amparo del interés superior del menor” (Resol. N.º 06831-2023, 14 de marzo de 2023)

Además, en sus considerandos se discute la exigencia de afectación a un bien jurídico:

“Una conducta sancionada como típica debe revestir una afectación tangible [...] de alguno de los bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento Jurídico” y, en la pornografía virtual, cuando no hay menores reales, la afectación puede no configurarse en términos de lesividad.

Estas premisas no hablan de IA en adultos, pero sí muestran que el 174 bis se construye alrededor de la indemnidad sexual de menores y de una lesividad que la propia Sala analiza en clave de menores reales/representación infantil. Por el contrario, cuando la víctima es adulta y el daño es a su imagen/consentimiento, el tipo no incorpora esos bienes ni elementos típicos para

capturarlos, lo que explica jurídicamente la “omisión” señalada por los expertos: no es falta de bien jurídico (imagen, intimidad, dignidad existen y son protegibles), sino ausencia de positivación típica para adultos en entornos digitales.

IV. Contraste con la normativa internacional

La experiencia internacional refuerza la crítica al vacío costarricense.

En España, la Ley Orgánica 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual sanciona la difusión no consentida de imágenes manipuladas, reconociendo expresamente que los deepfakes sexuales vulneran la intimidad y el consentimiento. *La Circular 3/2023 de la fiscalía general* del Estado reiteró que este tipo de conductas deben ser perseguidas penalmente, aun cuando las imágenes sean ficticias, por la gravedad del daño simbólico causado.

Por su parte, en el Reino Unido, el Online Safety Act 2023 dispuso que “*constituye un delito compartir o amenazar con compartir una imagen íntima de una persona, cuando esta no consiente y la intención es causar angustia*” (*UK Parliament, 2023, sec. 187*). Con ello, se coloca el consentimiento en el centro de la protección penal, sin restringir el tipo a supuestos de menores de edad.

V. Conclusión del análisis para el segundo objetivo

El análisis de los hallazgos demuestra que la configuración actual del artículo 174 bis resulta obsoleta para la dimensión simbólica digital del fenómeno: tutela la indemnidad sexual de menores, pero no integra como elementos del tipo, los derechos de imagen, intimidad, consentimiento e integridad moral cuando la víctima es adulta y la agresión se materializa mediante IA. Esta conclusión descansa en la coincidencia de los tres especialistas —“no protege adecuadamente el derecho a la imagen ni la autodeterminación informativa” (Tamayo); “es insuficiente frente a agresiones no físicas” (Zúñiga); “no garantiza una protección integral” (Mata)— (Anexos C, A y B, Preg. 2) y en cuanto a la jurisprudencia que perfila el bien jurídico del 174 bis alrededor de menores y lesividad vinculada a esa condición, no a la afectación de la imagen de adultos en contextos de manipulación digital

Así, se cumple el segundo objetivo específico, se identifica que el bien jurídico hoy tutelado por el 174 bis no abarca integralmente los derechos a imagen, intimidad, consentimiento e

integridad moral de personas adultas frente a alteraciones digitales, lo cual exige reconducir la tutela penal hacia tipos con elementos expresos (p. ej., ausencia de consentimiento, manipulación digital, difusión) que respondan al contexto tecnológico actual.

Objetivo específico 3

Comparar las legislaciones y jurisprudencias internacionales que han regulado la pornografía simulada o el uso de IA con fines sexuales, a fin de obtener alternativas legislativas viables para Costa Rica.

I. Análisis de las respuestas de los especialistas

Las preguntas que se vinculan directamente con este objetivo son:

Pregunta 3 *¿Cuáles son, a su criterio, las principales dificultades prácticas — probatorias, investigativas o jurídicas— para perseguir penalmente este tipo de conductas? y la*

Pregunta 4 *¿Resulta procedente, en su criterio, aplicar una interpretación concursal del artículo 174 bis junto con el artículo 196 bis del Código Penal?*

En relación con la Pregunta 3, la Licda. Siany Mata subrayó que *“la mayor dificultad radica en lo probatorio, porque resulta casi imposible determinar autoría en delitos digitales donde la manipulación puede realizarse desde cualquier parte del mundo, sin contacto físico y bajo plataformas anónimas”* (Véase anexo B). Esta opinión evidencia cómo la persecución penal se ve limitada por la ausencia de trazabilidad en los entornos digitales.

El Msc. Luis Zúñiga, respondiendo a la misma pregunta, destacó que *“al no existir un tipo penal expreso para la manipulación digital de adultos, se genera una zona gris que impide abrir causas penales, y el sistema tiende a restarle gravedad por no haber contacto físico”* (Véase anexo A). Esto muestra la insuficiencia de la norma vigente para proteger la imagen de las personas adultas.

Por su parte, el Lic. Randall Tamayo puntualizó que *“el problema principal es que no se logra conceptualizar el daño como jurídicamente relevante, porque la imagen no es real, aunque*

haya sido generada sin consentimiento, lo que deja sin protección a la víctima” (Anexo C). Con ello se evidencia un vacío dogmático que relativiza la afectación psicológica y simbólica de la víctima.

En cuanto a la Pregunta 4, sobre la relación normativa entre el artículo 174 bis y el 196 bis, los expertos señalaron limitaciones importantes. El Msc. Luis Zúñiga expresó que *“el 196 bis fue diseñado para contextos tradicionales de protección de datos, no para material falso, por lo que no sirve para casos de deepfakes”* (Anexo A). La Licda. Siany Mata coincidió al afirmar que *“solo tendría aplicación si se hubieran vulnerado imágenes reales, pero cuando el material es creado desde cero con inteligencia artificial, deja de ser útil”* (Anexo B). Finalmente, el Lic. Randall Tamayo concluyó que *“el uso combinado del 174 bis y delitos informáticos no es viable actualmente, porque el sistema no reconoce el daño simbólico como jurídicamente penalizado”* (Anexo C).

En conjunto, las entrevistas demuestran que la normativa nacional carece de herramientas para abordar adecuadamente la pseudo pornografía, tanto en lo probatorio como en su tipificación.

II. Apoyo doctrinal

Desde la doctrina, Cortés Sandí (2020) advierte que la figura de la pornografía virtual en Costa Rica presenta falencias estructurales, ya que el artículo 174 bis se concentra en la protección de menores y no contempla el uso de tecnologías emergentes como la inteligencia artificial para la manipulación de imágenes de adultos. En palabras del autor:

“El artículo 174 bis se construyó con la finalidad de sancionar la pornografía simulada relacionada con menores de edad, pero no prevé la manipulación digital de imágenes de adultos mediante inteligencia artificial, lo cual deja sin protección a víctimas de esta modalidad y evidencia un vacío legislativo relevante.” (Cortés Sandí, 2020, p. 15).

Este aporte doctrinal respalda la crítica de los especialistas en cuanto a la insuficiencia normativa costarricense y la urgencia de reformas que reconozcan estas nuevas formas de violencia digital.

III. Contraste con jurisprudencia internacional – Argentina

La legislación argentina ha comenzado a enfrentar directamente los desafíos que plantea el uso de la inteligencia artificial en la creación de material sexual falso. En la Causa N.º 27.969 (Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Zárate-Campana, 2024), el tribunal reconoció expresamente que *“tampoco se ha descartado la posibilidad de que el material de ‘pornografía infantil’ en que se basa la acusación esté integrado por imágenes ficticias, es decir, realizadas o adulteradas mediante inteligencia artificial existente al 2020, y que en la realidad no existan tales personas”* (p. 3).

Asimismo, la sentencia evidenció la importancia de recurrir a referentes internacionales en la interpretación judicial, al señalar que *“recientemente la jefa del Programa Global contra el Ciberdelito de la Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito (...) señaló (...) que desde la pandemia del Covid, el material de abuso sexual infantil ha crecido de manera alarmante, contribuyendo la inteligencia artificial a generar contenido de forma sencilla”* (p. 4). A esto se suma la referencia al informe de Europol (2024), que advirtió sobre la proliferación del material sexual fabricado mediante IA.

Este fallo resulta relevante para Costa Rica porque demuestra cómo, incluso en ausencia de un tipo penal autónomo, los tribunales pueden reconocer la especificidad del fenómeno tecnológico y apoyarse en marcos normativos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño, su Protocolo Facultativo y el Convenio de Budapest para dar respuesta judicial. Desde la perspectiva del Objetivo 3, este contraste evidencia que una alternativa viable es el análisis y la interpretación de respuestas judiciales de esta índole para tratar de dar una respuesta efectiva a estos nuevos delitos. Esto no implica dejar de lado una reforma para combatir de una manera efectiva los delitos digitales en esta gran evolución tecnológica que está viviendo la sociedad en pleno 2025.

V. Conclusión del análisis para el tercer objetivo

El análisis de los hallazgos demuestra que el artículo 174 bis del Código Penal costarricense resulta insuficiente para atender la manipulación digital de imágenes con fines sexuales. La opinión de los especialistas, reforzada por la doctrina de Cortés Sandí (2020), confirma la necesidad de un marco más robusto y actualizado. Asimismo, la jurisprudencia argentina aporta un ejemplo de cómo los tribunales pueden dar respuestas jurídicas adaptadas a la era digital, sin

quedar limitados por la ausencia de un tipo penal específico. Todo ello evidencia que Costa Rica requiere avanzar hacia reformas que garanticen una protección efectiva de la imagen y la autodeterminación sexual en entornos digitales.

La falta de armonización internacional no solo evidencia un rezago legislativo, sino que también expone a las víctimas costarricenses a un nivel de desprotección mayor en comparación con los estándares de tutela alcanzados en países que han tipificado de manera autónoma estas conductas.”

Objetivo específico 4

Proponer una reforma al artículo 174 bis o la creación de una nueva figura penal que tipifique la creación y difusión de contenido sexual falso mediante herramientas tecnológicas, garantizando una protección efectiva para las víctimas.

I. Análisis de las respuestas de los especialistas

Este objetivo se relaciona directamente con las preguntas n.º 6 y 7, formuladas a los expertos entrevistados, las cuales abordan dos ejes centrales:

- **Pregunta 6:** ¿Cómo se debería valorar la ausencia de consentimiento en estos casos desde una óptica probatoria? ¿Qué criterios procesales podrían reforzar la validez de la prueba digital en el proceso penal?
- **Pregunta 7:** ¿Considera usted que la ausencia de una figura penal que contemple expresamente la creación de pseudo pornografía mediante IA vulnera el principio de tutela judicial efectiva y el deber del Estado de proteger la dignidad humana?

Los tres expertos coincidieron en que el artículo 174 bis no es suficiente para enfrentar las nuevas modalidades de violencia simbólica y sexual facilitadas por inteligencia artificial, y que esa insuficiencia tiene un impacto directo en el acceso a la justicia. Como señaló el Lic. Randall Tamayo: “*modificar el 174 bis generaría inseguridad jurídica, porque fue diseñado con otra finalidad*” (Anexo C). Esta valoración refleja cómo la ausencia de una figura normativa adecuada debilita la tutela judicial efectiva, dejando a las víctimas sin un mecanismo claro de protección.

La Máster Siany Mata indicó que la redacción actual podría reformarse parcialmente para incluir conductas contra personas adultas, siempre que se incorpore la afectación de la intimidad, el consentimiento y la imagen. No obstante, reconoció que *“la técnica legislativa del 174 bis es deficiente; lo ideal es repensar el capítulo entero de delitos sexuales en clave digital”* (Anexo B). De esta forma, resaltó la necesidad de una respuesta legislativa que no solo ajuste un artículo, sino que lo reconstruya con un enfoque contemporáneo.

Por su parte, el Máster Luis Zúñiga sostuvo que *“el artículo 174 bis no admite interpretación extensiva hacia adultos; forzarlo sería contrario al principio de legalidad”* (Anexo A). Enfatizó que, sin un tipo claro, la indefensión se traduce en una vulneración de la dignidad humana, por lo que el legislador debe responder mediante un marco legal que contemple expresamente los nuevos medios comisivos.

En síntesis, los especialistas subrayan que la falta de regulación explícita no solo genera vacíos procesales en torno a la prueba digital y al consentimiento, sino que además compromete la garantía constitucional de tutela judicial efectiva y la protección de derechos fundamentales.

II. Contraste con normativa y experiencias internacionales

En el derecho comparado, diversas jurisdicciones han avanzado en la tipificación de estas conductas. En España, la Ley Orgánica 10/2022 y la Circular 3/2023 de la fiscalía general del Estado reconocieron expresamente que *“la manipulación de contenidos íntimos mediante inteligencia artificial constituye una forma de violencia sexual digital”* (fiscalía general del Estado, 2023, p. 22).

Esto evidencia un reconocimiento directo de que los deepfakes sexuales lesionan bienes jurídicos como la intimidad, el consentimiento y la dignidad, incluso cuando no existe contacto físico.

De forma convergente, en el Reino Unido, el Online Safety Act 2023, complementado con las reformas a la *Criminal Justice and Courts Act 2015*, sanciona la creación y divulgación de imágenes íntimas falsas. La *Explanatory Note* de la norma es clara: *“el delito se aplica igualmente al contenido sexual fabricado digitalmente, independientemente de su veracidad.”* (UK Parliament, 2023, p. 3). Con ello, el legislador británico coloca el consentimiento en el centro de

la protección y reconoce que el daño no depende de la veracidad material de la imagen, sino del atentado contra la dignidad de la persona.

Ambas experiencias demuestran que la respuesta normativa adecuada no es forzar una interpretación de normas preexistentes, sino rediseñar figuras específicas que contemplen las agresiones digitales en su complejidad.

III. Jurisprudencia nacional

En el ámbito nacional, si bien no existen precedentes aplicados a la alteración de imágenes sexuales de adultos mediante IA, la jurisprudencia reafirma el carácter restrictivo del 174 bis.

En el Voto N.º 00532-2025, el Tribunal Penal de San José enfatizó: *“El artículo 174 bis fue introducido al ordenamiento con el fin específico de proteger a los menores de edad frente a representaciones sexuales simuladas”* (Anexo F).

Se demuestra, incluso en sede judicial que el bien jurídico protegido sigue anclado exclusivamente a la figura del menor, lo cual invalida cualquier intento interpretativo de extender la protección a adultos afectados por deepfakes sexuales.

IV. Conclusión del análisis para el cuarto objetivo

Las opiniones expertas, el contraste comparado y la jurisprudencia costarricense coinciden en que el artículo 174 bis, tal como está formulado, no puede responder a las agresiones digitales mediante inteligencia artificial. Su enfoque exclusivo en menores y su estructura deficiente generan indefensión, comprometen el principio de legalidad y vulneran la tutela judicial efectiva y la dignidad humana.

Por ello, la propuesta más coherente no es un ajuste parcial ni la creación de un tipo autónomo separado, sino la reestructuración integral del artículo 174 bis. Esta debe incorporar expresamente los verbos *crear, modificar, generar, difundir y comercializar*; tipificar como elemento esencial la ausencia de consentimiento; y contemplar agravantes como el uso de inteligencia artificial, el anonimato y la difusión masiva en plataformas digitales. Solo de esta manera el legislador garantizará una protección penal efectiva, acorde con la Constitución, los tratados internacionales y los estándares modernos de tutela frente a la violencia sexual digital.

Capítulo V

Conclusiones y Recomendaciones Finales

Este capítulo presenta las conclusiones alcanzadas tras el análisis crítico del artículo 174 bis del Código Penal costarricense en relación con la creación y difusión de imágenes sexuales falsas generadas con inteligencia artificial. La investigación permitió constatar que la norma vigente, concebida con un enfoque limitado a la protección de personas menores de edad, resulta obsoleta frente a las nuevas formas de violencia digital. El contraste entre doctrina, jurisprudencia nacional e internacional y experiencias legislativas comparadas confirma que el ordenamiento jurídico costarricense carece de herramientas adecuadas para tutelar bienes jurídicos esenciales como la imagen, la intimidad y la dignidad. De ahí que se reafirme la urgencia de una reforma integral que actualice el marco penal y garantice un estándar de protección conforme con los derechos fundamentales y los compromisos internacionales del Estado.

Conclusiones por objetivos específicos

Objetivo específico 1

Examinar el alcance y las limitaciones del artículo 174 bis, evaluando si su redacción actual permite sancionar la alteración y generación de imágenes sexuales falsas con inteligencia artificial.

El artículo 174 bis presenta un diseño restrictivo tanto en relación con el sujeto pasivo —limitado a personas menores de edad— como en el objeto material —centrado en representaciones que simulen la participación de menores en actos sexuales explícitos—. Esta configuración excluye la manipulación digital de imágenes de personas adultas mediante inteligencia artificial con fines sexuales, aun cuando estas prácticas afectan gravemente la intimidad, la imagen, el consentimiento y la dignidad humana.

El tipo penal tampoco prevé de forma expresa el uso de herramientas digitales o de inteligencia artificial como medios comisivos, lo cual impide su aplicación efectiva a fenómenos como los deepfakes sexuales.

Este vacío fue corroborado en las entrevistas. En criterio del Máster Luis Zúñiga, “*el artículo 174 bis presenta una tipificación cerrada que no responde a los fenómenos actuales de manipulación digital de imágenes con IA*”, subrayando que fue concebido en otro contexto y requiere una actualización urgente. De manera coincidente, la jueza Sianny Mata enfatizó que “*el derecho penal debe proteger también la imagen de las personas adultas frente a la manipulación con fines sexuales, pues el daño simbólico y psicológico que conllevan estas prácticas no puede ser desestimado solo por razón de edad*”.

Estos criterios refuerzan la conclusión de que el desfase entre el marco legal vigente y la realidad tecnológica es reconocido tanto en la práctica judicial como en la doctrina. En consecuencia, el artículo 174 bis resulta insuficiente para enfrentar las manifestaciones contemporáneas de violencia digital, evidenciando la necesidad de replantear el tipo penal desde una perspectiva que contemple expresamente la manipulación digital con fines sexuales, sin restringir la protección a la edad de la víctima.

Objetivo específico 2

Identificar el bien jurídico tutelado en los casos de alteración de imágenes con IA, analizando cómo se vulneran los derechos a la intimidad, la imagen y la integridad moral en el contexto digital.

El análisis doctrinal y normativo permitió concluir que los principales bienes jurídicos afectados en la alteración de imágenes mediante inteligencia artificial con fines sexuales son la imagen, la intimidad y la dignidad humana. Estos bienes, vinculados a los derechos de la personalidad y la autodeterminación informativa, adquieren especial relevancia en un entorno donde la manipulación de imágenes se convierte en una forma sofisticada y persistente de violencia simbólica.

El artículo 174 bis, sin embargo, no identifica estos bienes jurídicos en relación con adultos, generando un déficit de legitimidad normativa y una contravención a los principios de lesividad, tipicidad y taxatividad.

La jueza Sianny Mata advirtió esta deficiencia estructural al señalar: “*El artículo 174 bis fue incorporado para la protección de personas menores de edad. Pero, ¿qué sucede si la imagen*

alterada corresponde a una persona adulta? El bien jurídico del adulto queda completamente desprotegido, y eso es alarmante, sobre todo cuando el medio por el cual se ejecuta el daño — como la inteligencia artificial— ni siquiera está definido por el legislador como una forma comisiva típica”. (Véase anexo B)

En el ámbito comparado, la *Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Zárate-Campana (2025)* reconoció que incluso cuando el material es generado de manera ficticia mediante inteligencia artificial y no representa a una víctima real, este contribuye igualmente a la cosificación y sexualización. Este criterio, si bien surgido en relación con menores, es extrapolable al caso de personas adultas, confirmando que el daño jurídico no depende de la veracidad de la imagen ni de la edad del representado, sino de la vulneración simbólica, psicológica y social que implica la manipulación no consentida de la identidad visual.

De ahí que el reconocimiento del derecho a la imagen como bien jurídico penalmente tutelado debe constituir el eje central de cualquier reforma, superando la omisión del artículo 174 bis y garantizando una tutela acorde con la realidad tecnológica actual.

Objetivo específico 3

Comparar las legislaciones y jurisprudencias internacionales que han regulado la pornografía simulada o el uso de IA con fines sexuales, a fin de obtener alternativas legislativas viables para Costa Rica.

El análisis comparado constató que varios países han adoptado medidas normativas específicas para enfrentar los deepfakes sexuales. En España, la fiscalía general del Estado ha promovido iniciativas legislativas para tipificar estas conductas como delito autónomo. En el Reino Unido, se ha vinculado la creación y difusión de imágenes sexuales falsas con los delitos de divulgación no consentida de imágenes íntimas, colocando en el centro la ausencia de consentimiento como elemento típico.

Estas experiencias muestran un enfoque integral que incorpora perspectivas de género, derechos digitales y evolución tecnológica, mientras Costa Rica permanece rezagada y atada a una visión tradicionalista del Derecho Penal.

Vacío Normativo en la Regulación General de la IA

Durante la investigación se constató además el fracaso del proyecto legislativo que pretendía regular la inteligencia artificial de forma general en Costa Rica. Dicho proyecto, que hubiera introducido principios rectores para el uso responsable de la IA, fue archivado sin discusión de fondo. Esto dejó al país sin una base normativa para atender los efectos disruptivos de la tecnología, evidenciando una omisión legislativa grave y una falta de visión prospectiva.

Este vacío es particularmente alarmante frente a los riesgos identificados: la pseudo pornografía digital vulnera el consentimiento, genera violencia de replicación infinita y ocasiona daños psicológicos y sociales irreversibles. Sin una normativa específica, estas conductas permanecen en la impunidad o se procesan bajo figuras inadecuadas, lo que limita la reparación y la tutela judicial efectiva.

Objetivo específico 4

Proponer una reforma al artículo 174 bis o la creación de una nueva figura penal que tipifique la creación y difusión de contenido sexual falso mediante herramientas tecnológicas, garantizando una protección efectiva para las víctimas.

El análisis jurídico evidenció que el artículo 174 bis, en su formulación vigente, no responde a los desafíos que plantea la manipulación digital de imágenes sexuales mediante IA. Su enfoque exclusivo en menores deja sin cobertura a las personas adultas, aun cuando sufren daños graves en su intimidad, imagen y dignidad.

Los especialistas entrevistados coincidieron en que esta omisión genera una vulneración de la tutela judicial efectiva y de los derechos fundamentales. Si bien algunos plantearon la creación de un tipo penal autónomo, la alternativa más coherente y viable es una reestructura integral del artículo 174 bis.

Dicha reforma debe implicar un replanteamiento normativo sustantivo que:

- Amplíe el sujeto pasivo para incluir expresamente a las personas adultas.
- Incorpore como elemento típico la ausencia de consentimiento.
- Tipifique los verbos rectores *crear, modificar, generar, difundir y comercializar*.

- Reconozca como medios comisivos las tecnologías digitales, incluida la inteligencia artificial.
- Establezca agravantes específicas para supuestos de difusión masiva, finalidad extorsiva o afectación de personas en situación de vulnerabilidad.

Una reestructuración de este alcance permitiría al Estado costarricense sancionar de manera efectiva las nuevas formas de violencia simbólica, garantizando la protección de bienes jurídicos fundamentales como la imagen, la intimidad, la dignidad y la autodeterminación informativa.

Conclusión Final

Esta investigación concluye que el ordenamiento penal costarricense presenta limitaciones estructurales para enfrentar la manipulación de imágenes con inteligencia artificial, generando un vacío legal que compromete la protección de derechos fundamentales como la intimidad, la imagen, el consentimiento y la dignidad. Aunque el artículo 174 bis del Código Penal supuso un avance en la persecución de la pornografía simulada cuando involucra a menores de edad, su redacción vigente es incapaz de responder a las agresiones digitales que afectan a personas adultas.

Se demostró que la omisión legislativa no obedece únicamente a un problema técnico, sino a una desconexión estructural entre la política normativa nacional y las amenazas reales que plantea la tecnología. La ausencia de previsión sobre los efectos nocivos de la inteligencia artificial en el ámbito sexual ha generado vacíos interpretativos, riesgos de impunidad y procesos de revictimización, al carecer de mecanismos normativos claros para frenar la circulación de imágenes alteradas y ofrecer reparación efectiva. Esta situación se agrava porque, a diferencia de otras jurisdicciones, Costa Rica no ha desarrollado un marco normativo especializado ni logró consolidar su fallido intento de regular la inteligencia artificial de manera integral, lo que confirma un rezago preocupante en la respuesta estatal frente a fenómenos de violencia digital.

El trabajo también reconoce sus limitaciones: la inexistencia de legislación específica sobre inteligencia artificial restringió el alcance del análisis normativo y, además, el fenómeno de los deepfakes sexuales evoluciona con mayor rapidez que la capacidad del Derecho para adaptarse. A pesar de ello, los hallazgos permiten afirmar que existe una necesidad urgente de reformar integralmente el artículo 174 bis, extendiendo su cobertura a adultos, tipificando de manera

expresa la manipulación digital con fines sexuales, incorporando la ausencia de consentimiento como elemento típico y previendo agravantes asociadas al uso de inteligencia artificial, la difusión masiva o el anonimato.

En síntesis, esta reforma representa un paso indispensable para construir una política criminal racional, proporcionada y adaptada a los desafíos del ecosistema digital actual, garantizando que el Derecho Penal cumpla con su función tutelar frente a nuevas formas de violencia simbólica.

Finalmente, se abren posibles líneas de investigación futura en torno al diseño de marcos regulatorios específicos sobre inteligencia artificial, la incorporación de figuras penales autónomas para la pseudo pornografía y el fortalecimiento de políticas públicas que atiendan la violencia digital con perspectiva de género y derechos humanos. El desafío no es únicamente normativo, sino también cultural: comprender que la alteración digital de la imagen de una persona sin consentimiento constituye una forma de violencia que requiere una respuesta jurídica contundente.

Recomendaciones

Como resultado de los hallazgos expuestos, esta investigación propone las siguientes recomendaciones orientadas a fortalecer la respuesta del ordenamiento jurídico costarricense frente a la manipulación de imágenes con fines sexuales mediante inteligencia artificial:

1. Fomentar nuevas investigaciones en áreas complementarias

Se recomienda promover estudios académicos adicionales que profundicen en la dimensión probatoria dentro del sistema penal costarricense. Es fundamental evaluar la capacidad del país para identificar, verificar y autenticar documentos, imágenes o videos presentados como evidencia, dada la creciente sofisticación de las tecnologías de generación sintética.

El realismo de los deepfakes plantea un reto ineludible para la valoración de la prueba digital. Estos futuros estudios permitirían determinar si el sistema procesal nacional cuenta con los mecanismos técnicos y jurídicos necesarios para enfrentar esta nueva forma de alteración probatoria, lo cual es crucial para garantizar la fiabilidad de las pruebas en los juicios penales.

2. Reformulación del artículo 174 bis del Código Penal

A partir del análisis de esta investigación, se propone una reformulación integral del artículo 174 bis del Código Penal costarricense. El objetivo es ampliar su ámbito de aplicación más allá de la protección de menores, incorporando expresamente las nuevas modalidades delictivas derivadas del uso de tecnologías emergentes.

El texto reformulado propuesto sería el siguiente:

Artículo 174 bis. *Representación simulada no consentida con fines sexuales. Será sancionado con pena de **tres a seis años** de prisión quien, con el propósito de satisfacer deseos sexuales propios o ajenos, cree, altere, edite, modifique, simule o genere mediante inteligencia artificial, programas informáticos, herramientas digitales o cualquier medio tecnológico, una imagen, video o representación que simule ser una persona en una situación de carácter sexual, sin su consentimiento, y que no corresponda a hechos reales.*

Esta conducta será punible independientemente de que el cuerpo, rostro o voz representados pertenezcan parcial o totalmente a la persona afectada, siempre que la alteración genere una

apariencia de veracidad capaz de lesionar su dignidad, imagen, intimidad o autodeterminación sexual.

*La pena será de **cinco a ocho años** de prisión si concurre alguna de las siguientes circunstancias:*

- *La víctima es menor de edad, adulta mayor o pertenece a un grupo en condición de vulnerabilidad.*
- *La representación es difundida, compartida, publicada o comercializada por cualquier medio.*
- *El acto tiene como finalidad la extorsión, el chantaje o la amenaza.*
- *La conducta causa daño psicológico clínicamente comprobado.*

A los efectos de este artículo, se entenderá como consentimiento válido aquel otorgado libremente, de forma previa, expresa e informada, sin mediación de suplantaciones, engaños ni simulaciones tecnológicas.

Además de la pena privativa de libertad, el tribunal podrá ordenar la remoción inmediata del contenido digital, la implementación de medidas de protección a la víctima y su acceso a asistencia psicológica o legal especializada como parte de una reparación integral.

La acción penal será de naturaleza pública, y no se requerirá denuncia para su inicio cuando se trate de víctimas menores de edad o cuando existan circunstancias agravadas.

Justificación de la reforma propuesta:

- **Ampliación del fin sexual:** La propuesta mantiene el propósito de proteger a las víctimas de representaciones con fines sexuales, pero extiende su aplicación a contextos digitales, sin la necesidad de contacto físico o la captación de imágenes reales.
- **Reconocimiento de la tecnología como medio comisivo:** Se incorpora expresamente el uso de inteligencia artificial, software de edición y otras herramientas digitales, lo que permite tipificar nuevas formas de agresión simbólica.

- **Definición de consentimiento:** Se establece una definición rigurosa y clara del consentimiento, acorde con los estándares jurídicos internacionales. Esto invalida cualquier intento de legitimar la creación de contenido sexual manipulado mediante engaños.

- **Agravantes específicas:** La redacción contempla supuestos agravados claramente delimitados, como la afectación a personas vulnerables, la difusión masiva y el daño psicológico comprobado. Esta técnica legislativa evita cláusulas abiertas que comprometan el principio de legalidad penal. Con fundamento en la teoría de la pena y en atención al principio de proporcionalidad, la propuesta busca una respuesta penal equilibrada que no solo sancione la conducta, sino que también contemple medidas de reparación y protección para la víctima, garantizando que el tipo penal responda a los fines legítimos del ius puniendi.

3. Implementar medidas de educación y prevención social

Paralelamente a la intervención legislativa, se considera imprescindible desarrollar estrategias educativas y campañas de concienciación pública. Estas campañas deben divulgar los riesgos asociados al uso indebido de la inteligencia artificial, especialmente en relación con la edición maliciosa de fotografías, promoviendo una cultura digital ética, informada y responsable. La educación sobre el consentimiento digital, la privacidad de la imagen y el uso seguro de tecnologías emergentes debe ser parte de las políticas públicas en materia de alfabetización tecnológica, en especial en las poblaciones más expuestas.

Referencias Bibliográficas

- Adobe Systems. (2020). **History of Photoshop: The evolution of digital editing**. Adobe Press.
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1949). **Constitución Política de la República de Costa Rica**. Editorial Juricentro.
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1970). **Código Penal de Costa Rica**. Editorial Juricentro.
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1982). **Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos (Ley N.º 6683)**. Editorial Juricentro.
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (2011). **Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales (Ley N.º 8968)**. Editorial Juricentro.
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (2023). **Expediente N.º 23.771: Ley para la Regulación de la Inteligencia Artificial**. <https://www.asamblea.go.cr/>
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (2024). **Proyecto de Ley N.º 24.589: Ley para la Sanción del Delito de las Falsedades Profundas**.
- AS Sociedad. (2024). La fiscalía española y la criminalización de los deepfakes sexuales. **AS**.
- Binns, R. (2021). **Deepfakes and the law: Legal and ethical perspectives**. Oxford Internet Institute.
- Cadena SER Vitoria. (2024). Los bulos de la IA y su impacto en la desinformación y la erosión social. **Cadena SER**.
- Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Zárate-Campana. (2025, mayo 19). **Paz, Damián Oscar s/ publicación y reproducción de imágenes pornográficas (Causa N.º 27.969)**. Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.
- Chesney, R., & Citron, D. (2019). Deepfakes and the new disinformation war: The coming age of post-truth geopolitics. **Foreign Affairs, 98*(1), 147–155.*

- Citron, D. K., & Chesney, R. (2019). Deep fakes: A looming challenge for privacy, democracy, and national security. **California Law Review*, 107*(6), 1753–1820. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3213954>
- Cortés Sandí, S. (2020). El delito de pornografía virtual y pseudo pornografía en el Código Penal de Costa Rica. **Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, 12*. <https://revistaclinicahsjd.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/44678>
- Deeks, A. (2021). The legal and policy challenges of deepfake pornography. **Lawfare Institute**.
- Departamento de Seguridad Nacional de EE.UU. (2025). **La inteligencia artificial y la lucha contra la explotación y el abuso sexual infantil**. <https://www.dhs.gov/ai-child-exploitation>
- El País Tecnología. (2024). La sexualización con IA de personajes ficticios y los límites de la regla 34 de internet. **El País**. <https://elpais.com/tecnologia/>
- España. (2022). **Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual**. **Boletín Oficial del Estado**, 211, 6–7 de septiembre de 2022.
- García, A., & López, M. (2024). Deepfakes sexuales: Impacto, prevención y perspectivas de género. <https://www.innovacionumh.es/deepfakes-genero>
- Goodfellow, I., Bengio, Y., & Courville, A. (2016). **Deep learning**. MIT Press.
- Harwell, D. (2023). Facial recognition and the erosion of anonymity in the age of AI. **The Washington Post**.
- HuffPost España. (2024). Deepfakes y la violencia digital contra mujeres políticas, activistas y periodistas. **HuffPost**.
- Kietzmann, J., Lee, L. W., McCarthy, I. P., & Kietzmann, T. C. (2020). Deepfakes: Trick or treat? **Business Horizons*, 63*(2), 135–146. <https://doi.org/10.1016/j.bushor.2019.11.006>
- Morris, A. (2018). **The fundamentals of photo editing**. Oxford University Press.
- Naciones Unidas. (1948). **Declaración Universal de Derechos Humanos**. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

- Nilsson, P., & Murgia, M. (2024). La batalla legal contra los deepfakes explícitos generados por IA. **Financial Times**.
- Organización de los Estados Americanos. (1969). **Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)**. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/29993.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (1966). **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Ofcom. (2023). **Online Safety Act 2023: Overview and regulatory framework**. Office of Communications. <https://www.ofcom.org.uk>
- Pereira Hernández, M. L., & Zatarain Avendaño, V. M. (2024). Pornografía deepfake en la era de la IA: Nuevos desafíos para la educación de género, humanística y tecnológica. **Revista Iberoamericana de Tecnología y Educación*, 12*(2), 45–60.
- Ramírez Solano, M. (2021). **El derecho a la imagen en el entorno digital: una propuesta para su protección penal en Costa Rica** [Tesis de licenciatura, Universidad Latina de Costa Rica]. <https://repositorio.ulatina.ac.cr/handle/12345>
- Ramos-Zaga, F. (2024). Deepfake: Análisis de sus implicancias tecnológicas y jurídicas en la era de la inteligencia artificial. **Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, 9*(27), 1–19.
- Rodotà, S. (2006). **La vida y las reglas: libertad en la era de la biotecnología**. Ariel.
- Rubio Llorente, F. (2007). **La forma del poder**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Russell, S., & Norvig, P. (2020). **Artificial intelligence: A modern approach** (4th ed.). Pearson.
- UK Government. (2023). **Online Safety Act 2023 – Full text**. Legislation.gov.uk. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/50/enacted>
- Universidad de Berlín. (2023). Deepfakes y procesos judiciales en Alemania. <https://www.uni-berlin.de/deepfakes>

Universidad de Costa Rica. (2025). Observaciones al Proyecto de Ley N.º 23.771 sobre evaluación de impacto en derechos humanos. *La Gaceta Universitaria, G18-2025*.

Westerlund, M. (2019). The emergence of deepfake technology: A review. *Technology Innovation Management Review, 9*(11), 39–52. <https://doi.org/10.22215/timreview/12>

ANEXOS

Con el fin de complementar el análisis desarrollado a lo largo del presente trabajo de investigación, se incorpora a continuación un conjunto de documentos que sirven como respaldo empírico, normativo y técnico de las afirmaciones planteadas. Estos anexos incluyen entrevistas realizadas a profesionales del ámbito jurídico, jurisprudencia relevante nacional e internacional, que contribuyen a la profundización del tema abordado.

Cada uno de los anexos ha sido numerado y titulado para facilitar su localización y vinculación con los apartados correspondientes del cuerpo principal del texto. De esta forma, se procura brindar una mayor claridad, solidez y veracidad al estudio efectuado sobre las implicaciones legales y vacíos normativos del artículo 174 bis del Código Penal costarricense frente a la alteración de imágenes con fines sexuales mediante inteligencia artificial.

Anexo A

Transcripción de Entrevista M.Sc. Luis Zúñiga Solís carné 29996

Fecha entrevista: 07 julio 2025

Pregunta 1: Tipicidad penal y técnica legislativa

- **Introducción:** El artículo 174 bis del Código Penal costarricense tipifica la pornografía simulada en relación con menores, pero no hace mención expresa a la manipulación digital de imágenes de personas adultas mediante inteligencia artificial. Esta omisión plantea dificultades para su aplicación en casos de pseudo pornografía.
- **Pregunta:** Desde una perspectiva normativa, ¿considera usted que la redacción actual del artículo 174 bis permite subsumir conductas vinculadas con deepfakes sexuales? ¿Qué deficiencias técnicas presenta su formulación en cuanto al tipo penal?

Respuesta: *"Referente a la tipicidad penal Artículo 1 del Código Procesal Penal establece es un deber normativo para la aplicación del derecho penal el que este tipificada la conducta y entre mas especifica mejor y el Artículo 2 que refiere sobre las reglas de interpretación establece que debe interpretarse todo de forma favorable hacia la libertad del imputado o restrictiva en cuanto*

a aprisionar al imputado lo que plantea la pregunta es una interpretación extensiva del tipo penal es decir introducir conductas que no están abiertas taxativamente dispuestas eso sería ilegal."

Pregunta 2: Bien jurídico tutelado y exigencia de daño

- **Introducción:** El análisis dogmático penal exige una correspondencia entre el tipo penal y el bien jurídico protegido. En los casos de pseudo pornografía, la afectación recae sobre la imagen, la intimidad y el consentimiento.
- **Pregunta:** ¿Considera que el artículo 174 bis protege adecuadamente el derecho a la imagen y la autodeterminación informativa en el entorno digital? ¿O estima que su objeto de protección sigue siendo insuficiente frente a las nuevas formas de agresión no física?

Respuesta: *"Me parece que no lo protege, pero si me parece que hay un bien jurídico de naturaleza sexual que se puede ver afectado, definitivamente si creo que, aunque no sea un contenido real si es una difuminación de ese carácter entonces si se vería la afectación como su fueran reales. "*

"En cuanto al objeto de protección totalmente sigue siendo insuficiente en cuanto a las nuevas formas de agresión no físicas. "

Pregunta 3: Retos probatorios y trazabilidad digital

- **Introducción:** La manipulación de imágenes mediante inteligencia artificial suele realizarse desde plataformas anónimas o extranjeras, lo que plantea desafíos probatorios y de jurisdicción.
- **Pregunta:** ¿Cuáles son, desde su experiencia, las principales dificultades procesales en la recolección de prueba digital en casos de alteración de imágenes con IA? ¿Considera que el ordenamiento procesal penal costarricense está preparado para estos casos?

Respuesta: *"La trazabilidad definitivamente es una dificultad a nivel probatorio porque son demasiadas plataformas, demasiadas personas y hay mucho anonimato no podemos equiparar un IP a una persona aunque aquí haya un delito no podemos decir que sos vos, podría ser cualquier*

persona conectada aquí, inclusive ya se logra hasta clonar el IP en lugares diferentes pero esa dificultad no se puede tomar como una luz para desproteger conductas ósea si alguien puede conseguir las pruebas idóneas debe estar contemplado regulado, pero por una dificultad probatoria no vamos a desproteger un bien jurídico sería el equivalente a desproteger una violación solo porque es el relato de la víctima por ejemplo. "

"A nivel normativo talvez no, pero a nivel practico si se está dando una actualización y se están contemplando muchos elementos digitales y cosas asi, desde la firma digital, pantallazos de WhatsApp si hay una apertura para estas cosas, no esta tan formalista como se supone que en algún momento. "

Pregunta 4: Concurso de delitos y normativa aplicable

- **Introducción:** En la práctica, la alteración de imágenes con fines sexuales mediante IA puede implicar no solo una infracción al artículo 174 bis, sino también a normas sobre protección de datos personales y delitos informáticos.
- **Pregunta:** ¿Resulta procedente, en su criterio, aplicar una interpretación concursal del artículo 174 bis junto con el artículo 196 bis del Código Penal? ¿Cuál debería ser el enfoque para evitar duplicidad punitiva o impunidad?

Respuesta: *"No, son excluyentes, no puedo llegar y decir que estamos hablando de violación de datos y afectación de un bien jurídico sexual, son bienes jurídicos distintos que tienen un vínculo separado, ósea podría ser que se unan en algún punto, pero el mismo punto en si no puede tutelar dos bienes jurídicos tan distintos o es uno o es otro. "*

"Talvez no desarrollar el tipo penal de forma taxativa sino mas bien introducir palabras jurídicamente indeterminadas como inteligencia artificial, plataformas digitales, alteración digital, pues, aunque no son especificas si desarrollan un contenido y permiten ubicarlos en un contexto más actual. "

Pregunta 5: Elementos del tipo penal para una posible reforma

- **Introducción:** En países como Reino Unido y España se han promulgado reformas específicas para sancionar la creación y difusión de deepfakes sexuales, incluyendo elementos técnicos como la ausencia de consentimiento, la alteración de la imagen y la intención de afectación sexual.
- **Pregunta:** ¿Cuáles considera que deberían ser los elementos esenciales de un tipo penal autónomo en Costa Rica para sancionar la alteración digital de imágenes con fines sexuales? ¿Debería esta figura incluir agravantes relacionadas con la difusión masiva o la identidad anónima del agresor?

Respuesta: *"Describirlo tal cual lo acabas de preguntar, agresión sexual con alteraciones de imágenes por medio de Inteligencia Artificial, yo haría énfasis en el concepto de Inteligencia Artificial, Plataformas digitales, pues permita que también cubra varios daños en el futuro. "*

"Sobre la identidad anónima no porque es una característica intrínseca del propio internet el anonimato, pero sobre la distribución masiva si porque no necesariamente por estar en internet es masivo. "

Pregunta 6: Valor probatorio del consentimiento y cadena de custodia

- **Introducción:** Uno de los principales ejes de la discusión penal frente a la pseudo pornografía es la existencia o inexistencia de consentimiento informado, lo cual es difícil de verificar una vez que el contenido ha sido alterado y viralizado.
- **Pregunta:** ¿Cómo se debería valorar la ausencia de consentimiento en estos casos desde una óptica probatoria? ¿Qué criterios procesales podrían reforzar la validez de la prueba digital en el proceso penal?

Respuesta: *"La ausencia es la negación del permiso. "*

"Cualquier medio que permita verificar el medio digital. "

Pregunta 7: Relevancia constitucional y estándar de protección de derechos fundamentales

- **Introducción:** La alteración de imágenes con fines sexuales mediante inteligencia artificial puede constituir una forma grave de violencia simbólica que afecta derechos fundamentales como la dignidad humana, la intimidad, la imagen personal y el consentimiento informado. La falta de un tipo penal expreso debilita el principio de seguridad jurídica y compromete el deber del Estado de proteger a las personas frente a nuevas amenazas digitales.
- **Pregunta:** Desde un enfoque constitucional, ¿considera usted que la ausencia de una figura penal que contemple expresamente la creación de pseudo pornografía mediante IA vulnera el principio de tutela judicial efectiva y el deber del Estado de proteger la dignidad humana? ¿Cómo debería responder el legislador para garantizar un estándar de protección que sea conforme con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en tratados internacionales?

Respuesta: *"Si, la ley va atrás de los eventos no antes, no podemos ver el futuro y ver que va a pasar, pero si es un deber del legislador estar actualizando la ley periódicamente no hablemos de cada cuatro años, pero si cada momento se identifique que se está quedando absoluta una norma hay que actualizarla y este caso de tu tesis es un caso en el que si se debe actualizar."*

"Eso dependerá de la técnica legislativa, pero debería contemplar un buen margen de casos de los cuales se puedan realizar alteraciones. "

Anexo B

Transcripción de Entrevista M.Sc. Siany Mata carné 16315

Fecha entrevista: 25 junio 2025

Pregunta 1: Tipicidad penal y técnica legislativa

- **Introducción:** El artículo 174 bis del Código Penal costarricense tipifica la pornografía simulada en relación con menores, pero no hace mención expresa a la manipulación digital de imágenes de personas adultas mediante inteligencia artificial. Esta omisión plantea dificultades para su aplicación en casos de pseudo pornografía.
- **Pregunta:** Desde una perspectiva normativa, ¿considera usted que la redacción actual del artículo 174 bis permite subsumir conductas vinculadas con deepfakes sexuales? ¿Qué deficiencias técnicas presenta su formulación en cuanto al tipo penal?

Respuesta: *"Puede ser la parte B del Artículo 174bis, podría calzar el tipo penal, yo que uso ChatGTP para cosas simple sé que podría dar cobertura a esas cosas, es muy importante ver que el tipo penal busca proteger al gremio (menores de edad) pero es extraño también pensar en caso de que sea caricatura ¿A quién protege? ¿Dónde está el bien jurídico afectado? pues no podemos relacionarlo directamente con una persona y el delito principal va relacionado a producirlo venderlo y demás, considerando que esos verbos son demasiados y relacionar el alcance este algo complicado."*

Pregunta 2: Bien jurídico tutelado y exigencia de daño

- **Introducción:** El análisis dogmático penal exige una correspondencia entre el tipo penal y el bien jurídico protegido. En los casos de pseudo pornografía, la afectación recae sobre la imagen, la intimidad y el consentimiento.
- **Pregunta:** ¿Considera que el artículo 174 bis protege adecuadamente el derecho a la imagen y la autodeterminación informativa en el entorno digital? ¿O estima que su objeto de protección sigue siendo insuficiente frente a las nuevas formas de agresión no física?

Respuesta: *"Considero que el 174bis, protege más al menor, e incluso protege al menor viendo la posición en la que el legislador puso el artículo dentro del cuerpo normativo penal, busca proteger la identidad sexual del menor, es pluri ofensivo y no una protección completa a quien hackearon o a quien tomaron la foto por ejemplo de una red y la modifican con una herramienta de inteligencia artificial por tanto para mí, es insuficiente dependiendo el caso. "*

Pregunta 3: Retos probatorios y trazabilidad digital

- **Introducción:** La manipulación de imágenes mediante inteligencia artificial suele realizarse desde plataformas anónimas o extranjeras, lo que plantea desafíos probatorios y de jurisdicción.
- **Pregunta:** ¿Cuáles son, desde su experiencia, las principales dificultades procesales en la recolección de prueba digital en casos de alteración de imágenes con IA? ¿Considera que el ordenamiento procesal penal costarricense está preparado para estos casos?

Respuesta: *"Las principales dificultades para este tipo son muchas, no estamos preparados recalquemos que tenemos un código procesal de 1988, el derecho es dinámico y no va al mismo ritmo que la tecnología. Entiendo que a nivel de policía judicial pues hay cosas que se pueden hacer pero no son rápidas, ya con solo el supuesto de que me llegue un dibujo a mano alzada y veo que lo comparten entre varios contactos de una red como WhatsApp no tenemos idea de la exposición principal, no estamos al tanto del avance tecnológico lo que efectivamente nos deja en una brecha de desprotección, incluso lo fácil que es hoy por día conseguir un sim o un chip e incluso los ponen en nombre de otra persona, van lo tirar a un río o un lote baldío y nunca sabremos realmente el origen y el real autor del delito de creación de pseudopornografía"*

Pregunta 4: Concurso de delitos y normativa aplicable

- **Introducción:** En la práctica, la alteración de imágenes con fines sexuales mediante IA puede implicar no solo una infracción al artículo 174 bis, sino también a normas sobre protección de datos personales y delitos informáticos.

- **Pregunta:** ¿Resulta procedente, en su criterio, aplicar una interpretación concursal del artículo 174 bis junto con el artículo 196 bis del Código Penal? ¿Cuál debería ser el enfoque para evitar duplicidad punitiva o impunidad?

Respuesta: *"No existe alguna duplicidad, de estar en conjunto el 174bis con el 196bis seria en manera en concurso material, porque el bien tutelado para mi parecer es totalmente diferente, el 196bis protege la acción típica en relación a la comunicación privacidad, el 174 es muy particular que se refiere a material pornográfico y que no necesariamente que la acción típica violente la comunicación de otro, no se me ocurre ningún ejemplo que pueda darme el choque entre esos dos honestamente , repito otro bien tutelado totalmente distinto"*

Pregunta 5: Elementos del tipo penal para una posible reforma

- **Introducción:** En países como Reino Unido y Corea del Sur se han promulgado reformas específicas para sancionar la creación y difusión de deepfakes sexuales, incluyendo elementos técnicos como la ausencia de consentimiento, la alteración de la imagen y la intención de afectación sexual.
- **Pregunta:** ¿Cuáles considera que deberían ser los elementos esenciales de un tipo penal autónomo en Costa Rica para sancionar la alteración digital de imágenes con fines sexuales? ¿Debería esta figura incluir agravantes relacionadas con la difusión masiva o la identidad anónima del agresor?

Respuesta: *"Considero que Costa Rica no está preparado para regular este tipo de delitos con herramientas como la IA pero sin embargo creo que no es necesario crear agravantes, siendo realistas ya por si solo el Artículo 174bis con ese montón de verbos lo vuelve complicado ahora un agravante de este tipo tendría que verse como desde el punto de vista que el elemento se volvió viral pero para este elemento es necesario determinar que es viral, 100, 20 o miles de personas esto buscando complicar el tipo penal. Sería un elemento más para probar que es difícil probar el tipo penal, no le veo sentido sumarle al bien jurídico y probatoriamente más complicado el debido proceso por cuestión de peritaje, recolección de datos y la autoría inicial es algo difícil de identificar. "*

Pregunta 6: Valor probatorio del consentimiento y cadena de custodia

- **Introducción:** Uno de los principales ejes de la discusión penal frente a la pseudo pornografía es la existencia o inexistencia de consentimiento informado, lo cual es difícil de verificar una vez que el contenido ha sido alterado y viralizado.
- **Pregunta:** ¿Cómo se debería valorar la ausencia de consentimiento en estos casos desde una óptica probatoria? ¿Qué criterios procesales podrían reforzar la validez de la prueba digital en el proceso penal?

Respuesta: *"Hablemos del supuesto en inciso A del 174bis es bastante inverosímil que no sepa porque se tienen que hacer acciones simulando actividad sexual, no podría estar la persona dormida, drogada, hipnotizada realizando la actividad sexual y pues de ser así el delito seria otro pues seria otra persona haciéndole acciones a la otra persona."*

Ahora en el inciso B un auge de protección del B protege al Menor de edad pero si toman una fotografía mia por ejemplo de perfil de redes sociales en la que estoy haciendo una actividad familiar; la toman la modifican y me ponen desnuda aparentando ser menor de edad o incluso yo con otra persona por medio de edición es un factor en el que el claro consentimiento NO existe no hace falta cuestionarlo, eso da vida a la acción típica del delito del 174bis y yo como adulta no tengo un auge de protección como tal."

Pregunta 7: Relevancia constitucional y estándar de protección de derechos fundamentales

- **Introducción:** La alteración de imágenes con fines sexuales mediante inteligencia artificial puede constituir una forma grave de violencia simbólica que afecta derechos fundamentales como la dignidad humana, la intimidad, la imagen personal y el consentimiento informado. La falta de un tipo penal expreso debilita el principio de seguridad jurídica y compromete el deber del Estado de proteger a las personas frente a nuevas amenazas digitales.
- **Pregunta:** Desde un enfoque constitucional, ¿considera usted que la ausencia de una figura penal que contemple expresamente la creación de pseudo pornografía mediante IA vulnera el principio de tutela judicial efectiva y el deber del Estado de proteger la dignidad humana?

¿Cómo debería responder el legislador para garantizar un estándar de protección que sea conforme con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en tratados internacionales?

Respuesta: *"Una reforma como tal seria en el 196bis en la toma de datos personales, pero al reformarla vuelvo a la pregunta de no retorno, como lo probamos, Costa Rica no tiene una la capacidad para rastrear estas cosas y crear un tipo penal independiente lo deja en desuso y agregarle una sanción mayor nos va a dar problemas de duplicidad de sanciones, entonces si quisiéramos seria como un agravante del 196bis porque ya existe un agravante seria editarlo un inciso D si se comprueba que fue utilizando IA y merece más sanción porque hay más desarrollo intelectual del actor, porque es una persona con capacidades tecnológicas que podría eliminar rastros o crear reds de transmisión masiva de contenido."*

"Si o si se vulnera derechos fundamentales y ningún tipo penal puede recuperar la dignidad humana o privacidad."

Anexo C

Transcripción de Entrevista Lic. Randall Tamayo Oconitrillo carné 7299

Fecha entrevista: 03 julio 2025

Pregunta 1: Tipicidad penal y técnica legislativa

- **Introducción:** El artículo 174 bis del Código Penal costarricense tipifica la pornografía simulada en relación con menores, pero no hace mención expresa a la manipulación digital de imágenes de personas adultas mediante inteligencia artificial. Esta omisión plantea dificultades para su aplicación en casos de pseudo pornografía.
- **Pregunta:** Desde una perspectiva normativa, ¿considera usted que la redacción actual del artículo 174 bis permite subsumir conductas vinculadas con deepfakes sexuales? ¿Qué deficiencias técnicas presenta su formulación en cuanto al tipo penal?

Respuesta: *"No, la redacción actual del artículo 174 bis del Código Penal no permite incluir adecuadamente las conductas vinculadas con deepfakes sexuales que afecten a personas adultas. El tipo penal está dirigido exclusivamente a proteger la indemnidad sexual de personas menores de edad, simuladas o no, sin prever la manipulación de imágenes de adultos. La norma actual adolece de una deficiencia estructural, pues no incorporó elementos como la manipulación digital, la ausencia de consentimiento o el uso de inteligencia artificial que son tendencia tecnológica, aspectos que son clave hoy día, en una nueva forma de agresión simbólica. Aunado a que se limita a formas tradicionales de representación (dibujos, caricaturas, actores adultos), dejando sin cubrir conductas gravemente lesivas que se materializan en entornos digitales mediante el uso de tecnología muy o más avanzada."*

Pregunta 2: Bien jurídico tutelado y exigencia de daño

- **Introducción:** El análisis dogmático penal exige una correspondencia entre el tipo penal y el bien jurídico protegido. En los casos de pseudo pornografía, la afectación recae sobre la imagen, la intimidad y el consentimiento.

- **Pregunta:** ¿Considera que el artículo 174 bis protege adecuadamente el derecho a la imagen y la autodeterminación informativa en el entorno digital? ¿O estima que su objeto de protección sigue siendo insuficiente frente a las nuevas formas de agresión no física?

Respuesta: *"Tal como está redactado, no, no protege adecuadamente el derecho a la imagen ni la autodeterminación informativa en medios digitales. Aunque busca proteger la integridad sexual de menores, excluye el bien jurídico de la privacidad e imagen de personas adultas, quienes pueden ser igualmente afectadas por la manipulación no consentida de sus imágenes. La norma no contempla el consentimiento como elemento constitutivo del tipo penal, lo que deja sin tutela a las víctimas de estos montajes en términos de su intimidad." "Si o sí se requiere una reformulación del tipo penal."*

Pregunta 3: Retos probatorios y trazabilidad digital

- **Introducción:** La manipulación de imágenes mediante inteligencia artificial suele realizarse desde plataformas anónimas o extranjeras, lo que plantea desafíos probatorios y de jurisdicción.
- **Pregunta:** ¿Cuáles son, desde su experiencia, las principales dificultades procesales en la recolección de prueba digital en casos de alteración de imágenes con IA? ¿Considera que el ordenamiento procesal penal costarricense está preparado para estos casos?

Respuesta: *"Considero que los principales retos serian primero, identificar el autor del hecho pues las plataformas anónimas y extranjeras dificultan establecer responsabilidad a alguien específicamente. Segundo con respecto a la trazabilidad, muchas veces el contenido se aloja en servidores fuera de Costa Rica, lo cual requiere cooperación internacional, manteniéndose en el anonimato. Y Tercero la pericia informática es Costa Rica es ineficiente y es indispensable acreditar técnicamente que la imagen fue alterada con IA, lo que demanda expertos capacitados o un método de peritaje moderno que se adecue a los nuevos avances que abre paso a nuevos delitos como este caso."*

"El ordenamiento procesal penal costarricense no está plenamente preparado para estos retos."

Pregunta 4: Concurso de delitos y normativa aplicable

- **Introducción:** En la práctica, la alteración de imágenes con fines sexuales mediante IA puede implicar no solo una infracción al artículo 174 bis, sino también a normas sobre protección de datos personales y delitos informáticos.
- **Pregunta:** ¿Resulta procedente, en su criterio, aplicar una interpretación concursal del artículo 174 bis junto con los artículos 196 bis del Código Penal? ¿Cuál debería ser el enfoque para evitar duplicidad punitiva o impunidad?

Respuesta: *"A mi criterio resulta procedente una reforma y no interpretación entre el artículo 174bis y 196bis, dado que el peso del delito recae en la norma del 174bis, debería tener más específico y amplio la protección del bien tutelado jurídico y el contemplar el medio delictivo para un debido proceso."*

Pregunta 5: Elementos del tipo penal para una posible reforma

- **Introducción:** En países como Reino Unido y Corea del Sur se han promulgado reformas específicas para sancionar la creación y difusión de deepfakes sexuales, incluyendo elementos técnicos como la ausencia de consentimiento, la alteración de la imagen y la intención de afectación sexual.
- **Pregunta:** ¿Cuáles considera que deberían ser los elementos esenciales de un tipo penal autónomo en Costa Rica para sancionar la alteración digital de imágenes con fines sexuales? ¿Debería esta figura incluir agravantes relacionadas con la difusión masiva o la identidad anónima del agresor?

Respuesta: *"Un tipo penal autónomo costarricense debería incluir para estos casos palabras como crear, modificar, poseer, compartir o difundir imágenes sexuales alteradas de una persona mediante Inteligencia Artificial esto para definir la conducta típica, de manera subjetiva se asume la falta de consentimiento pues es el requisito constitutivo y en definitiva un elemento técnico alguna referencia expresa a tecnologías como Inteligencia Artificial, algoritmos de generación de*

imágenes y manipulación digital. " Y en cuanto agravantes creo que no es necesario tomando en cuanto lo que dije anteriormente."

Pregunta 6: Valor probatorio del consentimiento y cadena de custodia

- **Introducción:** Uno de los principales ejes de la discusión penal frente a la pseudo pornografía es la existencia o inexistencia de consentimiento informado, lo cual es difícil de verificar una vez que el contenido ha sido alterado y viralizado.
- **Pregunta:** ¿Cómo se debería valorar la ausencia de consentimiento en estos casos desde una óptica probatoria? ¿Qué criterios procesales podrían reforzar la validez de la prueba digital en el proceso penal?

Respuesta: *"La ausencia del consentimiento se presume, pero desde una óptica probatoria y a favor del imputado viéndolo desde esa posición, deben aplicarse criterios como carga de la prueba invertida respecto al consentimiento si la víctima prueba que la imagen base fue extraída de un perfil público o privado ahora que existen muchas redes sociales y también un respaldo técnico y pericial que asegure la autenticidad de la evidencia."*
"Se debe fortalecer la formación de los jueces y de los fiscales en las pruebas tecnológicas y peritajes."

Pregunta 7: Relevancia constitucional y estándar de protección de derechos fundamentales

- **Introducción:** La alteración de imágenes con fines sexuales mediante inteligencia artificial puede constituir una forma grave de violencia simbólica que afecta derechos fundamentales como la dignidad humana, la intimidad, la imagen personal y el consentimiento informado. La falta de un tipo penal expreso debilita el principio de seguridad jurídica y compromete el deber del Estado de proteger a las personas frente a nuevas amenazas digitales.
- **Pregunta:** Desde un enfoque constitucional, ¿considera usted que la ausencia de una figura penal que contemple expresamente la creación de pseudo pornografía mediante IA vulnera el principio de tutela judicial efectiva y el deber del Estado de proteger la dignidad humana? ¿Cómo debería responder el legislador para garantizar un estándar de protección que sea

conforme con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en tratados internacionales?

Respuesta: *"En definitiva la ausencia de un tipo penal específico sobre imágenes sexuales editadas con inteligencia artificial podría vulnerar el principio de tutela judicial efectiva, ya que deja a las víctimas sin un mecanismo de defensa adecuado, ante la falta de tipicidad."*

"El legislador debería responder ante los cambios de la actualidad para una efectiva tutela judicial. Costa Rica debería analizar y darle seguimiento a países avanzados y donde ya existe este tipo de regulación y tomarlos como ejemplo para una nueva regulación."

Anexo D

Transcripción de artículos de importancia en esta investigación

Artículo 196. Violación de correspondencia o comunicaciones

Artículo 196.- Violación de correspondencia o comunicaciones. Será reprimido con pena de prisión de uno a tres años a quien, con peligro o daño para la intimidad o privacidad de otro, y sin su autorización, se apodere, acceda, modifique, altere, suprima, intervenga, intercepte, abra, entregue, venda, remita o desvíe de su destino documentación o comunicaciones dirigidas a otra persona.

La misma sanción indicada en el párrafo anterior se impondrá a quien, con peligro o daño para la intimidad de otro, utilice o difunda el contenido de comunicaciones o documentos privados que carezcan de interés público.

La misma pena se impondrá a quien promueva, incite, instigue, prometa o pague un beneficio patrimonial a un tercero para que ejecute las conductas descritas en los dos párrafos anteriores.

La pena será de dos a cuatro años de prisión si las conductas descritas en el primer párrafo de este artículo son realizadas por:

- a) Las personas encargadas de la recolección, entrega o salvaguarda de los documentos o comunicaciones.
- b) Las personas encargadas de administrar o dar soporte al sistema o red informática o telemática, o bien, que en razón de sus funciones tengan acceso a dicho sistema o red, o a los contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos.

(Así reformado por el artículo 1° de la Ley N.º 9135 del 24 de abril de 2013).
(Costa Rica, Asamblea Legislativa, 2013)

Artículo 196 bis. Violación de datos personales

Artículo 196 bis.- Violación de datos personales. Será sancionado con pena de prisión de uno a tres años quien en beneficio propio o de un tercero, con peligro o daño para la intimidad o privacidad y sin la autorización del titular de los datos, se apodere, modifique, interfiera, acceda, copie, transmita, publique, difunda, recopile, inutilice, intercepte, retenga, venda, compre, desvíe para un fin distinto para el que fueron recolectados o dé un tratamiento no autorizado a las imágenes o datos de una persona física o jurídica almacenados en sistemas o redes informáticas o telemáticas, o en contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos.

La pena será de dos a cuatro años de prisión cuando las conductas descritas en esta norma:

- a) Sean realizadas por personas encargadas de administrar o dar soporte al sistema o red informática o telemática, o bien, que en razón de sus funciones tengan acceso a dicho sistema o red, o a los contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos.
- b) La información vulnerada corresponda a un menor de edad o incapaz.
- c) Las conductas afecten datos que revelen la ideología, la religión, las creencias, la salud, el origen racial, la preferencia o la vida sexual de una persona.

No constituye delito la publicación, difusión o transmisión de información de interés público, documentos públicos, datos contenidos en registros públicos o bases de datos públicos de acceso irrestricto cuando se haya tenido acceso de conformidad con los procedimientos y limitaciones de ley.

Tampoco constituye delito la recopilación, copia y uso por parte de las entidades financieras supervisadas por la Sugef de la información y datos contenidos en bases de datos de origen legítimo de conformidad con los procedimientos y limitaciones de ley.

(Así adicionado por Ley N.º 8148 de 24 de octubre del 2001 y posteriormente reformado en la forma indicada por el artículo 1º de la Ley N.º 9135 del 24 de abril de 2013).
(Costa Rica, Asamblea Legislativa, 2001/2013)

Artículo 174 bis. Pornografía virtual y pseudo pornografía

Artículo 174 bis.- Pornografía virtual y pseudo pornografía. Se impondrá pena de prisión de seis meses a dos años al que posea, produzca, venda, distribuya, exhiba o facilite, por cualquier medio, material pornográfico en el que no habiendo utilizado personas menores de edad:

a) Emplee a una persona adulta que simule ser una persona menor de edad realizando actividades sexuales.

b) Emplee imagen, caricatura, dibujo o representación, de cualquier clase, que aparente o simule a una persona menor de edad realizando actividades sexuales.

(Así adicionado por el artículo 3° de la Ley N.º 9177 del 1 de noviembre de 2013).
(Costa Rica, Asamblea Legislativa, 2013)

Anexo E

Jurisprudencia Nacional

Sala Constitucional (14 de marzo de 2023) – Resolución N.º 06831-2023

Transcripción Completa:

Resultando: 1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 15:37 horas del 5 de octubre de 2022, y con fundamento en los artículos 8, inciso 1), de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 2, inciso b); 3, 13, 102 y 104, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el despacho consultante solicita a esta Sala que se pronuncie sobre el artículo 174 bis, del Código Penal, que se denomina “Pornografía virtual o pseudo pornografía”, lo que podría lesionar el artículo 28, de la Constitución Política, al no existir un bien jurídico determinado en la figura delictiva indicada (por tratarse de delitos virtuales); y, además, al menos dos de los verbos típicos contemplados: “poseer” y “producir”, constituirían acciones privadas que no perjudican a terceras personas, el orden público o la moral. En términos generales, el Constituyente de 1949 estableció un límite al ius puniendi estatal, al impedir que se regule mediante ley, aquellas acciones o conductas que por su naturaleza no perjudiquen a terceras personas, dañen el orden público o afecten la moral, pensada esta como una moral general del grupo social y no la particular de algunas personas o grupos de estas. Considera el consultante, que no hay afectación o puesta en peligro de un bien jurídico, por dos razones: 1) No se hace uso de la imagen de personas menores de edad reales, realizando actividades sexuales, pues dentro de los elementos objetivos se excluye esa posibilidad. En primer lugar, por el uso de adultos que aparentan ser menores y, en el otro, por el uso de dibujos que tiene la misma apariencia; 2) En el caso de los verbos “poseer” y “producir” al ser una persona adulta quien posee el material pseudo pornográfico, sus acciones no podrían ser alcanzados por la acción de la justicia penal, sin lesionar el artículo 28, Constitucional, pues se tratarían de acciones privadas que no afectan a terceros, no dañan el orden público y no afectan la moral social, en tanto la posesión de ese material se encuentra destinada al disfrute exclusivo de la persona que la posee.

2.- Pese al emplazamiento conferido a las partes dentro del asunto principal, no se apersonaron ante la Sala ninguna de las partes.

3.- Mediante auto de las 11:52 horas del 2 de noviembre de 2022, la Presidencia de la Sala dio curso a la consulta, confiriendo audiencia a la Procuraduría General de la República.

4 . - Magda Inés Rojas Chaves, en su condición de Procuradora General de la República a.i., contesta a la audiencia conferida, indicando que, como aspecto introductorio, se desprende de la pieza acusatoria, cuyos hechos y calificación jurídica fueron aceptados por el encartado (como formalidad para la procedencia del proceso especial abreviado), que la acusación se sitúa en el verbo “poseer”, en estrecha relación con el

inciso b), del artículo 174 bis, del Código Penal (y en concordancia con la primera figura descrita en el epígrafe, que atañe a la pornografía virtual); por ende, la consulta judicial tiene un límite inexorable, en la que el Juez consultante solamente puede tener dudas acerca de la constitucionalidad de la norma que va a aplicar (artículo 102, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). Cualquier otra mención del inciso b), del mismo artículo, o bien, cualquier otro verbo que no sea poseer, no debe ser objeto de análisis.

En tratándose del interés superior de las personas menores de edad, el respeto a su indemnidad sexual y a su imagen, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos enfocado en aquellas, ha generado instrumentos que buscan evitar todo tipo de explotaciones y exposiciones que puedan atentar contra su normal desarrollo; para ello se cita el artículo 34, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (Ley N° 7184 de 18 de julio de 1990), en cuanto recoge la protección al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales, en específico para la toma de medidas para impedir la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos. Ese mismo interés de tutelar y evitar la exposición de las personas menores de edad a actos vejatorios de índole sexual, se refuerza con el artículo 2.c), del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía que dice: “Por utilización de niños en la pornografía se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales” (lo resaltado es agregado por el informante). Considerando la evolución de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC’s), la explotación sexual de las personas menores de edad y el uso de su imagen en pornografía infantil se ha visto sobrecogedoramente incrementada. La protección de la niñez ha sido recogida en el Convenio de Europa sobre Ciberdelincuencia (Costa Rica se adhirió mediante Ley N° 9452 de 26 de mayo de 2017), que define la pornografía infantil como “todo material pornográfico que contenga la representación visual de: a) Un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; b) Una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita. c) Imágenes realistas que representen a un menor a comportarse de una forma sexualmente explícita” (lo resaltado es agregado por el informante). La Procuraduría General también trae a colación los esfuerzos nacionales para la defensa y protección de la niñez, entre ella menciona los artículos 47, y 48, del Código Civil; y el numeral 1°, de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia (Ley N° 7648 de 9 de diciembre de 1996). Menciona el numeral 13, del Código de la Niñez y Adolescencia (Ley N° 7739 de 6 de enero de 1998). Cita, además, las reformas a los artículos 173, 173 bis, y 174, y adición de un artículo 174 bis, del Código Penal (Ley N° 9177 de 1° de noviembre de 2013), en cuanto implementó el objeto de la consulta de constitucionalidad denominado “Pornografía virtual y pseudo pornografía”. También la Ley para la prevención del acoso a personas menores de edad por medios electrónicos o virtuales (GROOMING), N° 10.020 de 9 de septiembre de 2021), que estableció, en el Código Penal, los artículos 173 (fabricación, producción o reproducción de pornografía), 173 bis (tenencia de material pornográfico) y 174 (difusión de pornografía). Y se mantuvo incólume la definición de pornografía infantil -elemento objetivo normativo del tipo- en el artículo 173, del Código Penal.

Sin ambages, la Procuraduría General señala que el epígrafe del artículo 174 bis, del Código Penal, se refiere a la denominada “pornografía virtual”, no obstante, hay una disparidad de términos en lo que concierne a la “pseudo pornografía”, por doctrina mayoritaria y que se plasmó en el inciso a), del mencionado artículo. La “pseudo pornografía” también se le llama artificial. Cita doctrina nacional e internacional, y repasa que el inciso a), del artículo 174 bis, señala “a) Emplee a una persona adulta que simule ser una persona menor de edad realizando actividades sexuales”, en la que hay disparidad de conceptos, y califica como un hallazgo de peso que el artículo 174 bis, sobre “pseudo pornografía” calza con el inciso a), y más bien se refiere a la “pornografía infantil técnica” según la definición del autor Soldino (de personas mayores de edad presentadas como menores de edad). Dicho lo anterior, es claro para la Procuraduría que este supuesto de pseudo pornografía no tiene relación con la pornografía acusada al encartado, ni relación con otros verbos usados en el tipo penal, distintos al verbo poseer.

Destaca que el artículo 174 bis, establece que “no habiendo utilizado personas menores de edad:” a lo que, indica que el tipo de pornografía infantil hallada en el dispositivo móvil del encartado, así como en su ordenador, debe mencionarse que este material, así como su producción, es una variante de la versión llamémosla original (circunscrita a la pornografía infantil real, que utilizan menores de edad reales sin el empleo de tecnologías que distorsionen su imagen o su voz), que la denominada “hentai”, que proviene de dibujos, representaciones o caracterizaciones de menores de edad pero irreales o ficticios, siempre en situaciones de contenido sexual pornográfico. Son inventados por la mano del hombre, como creación intelectual o por medio de dispositivos electrónicos. Cita doctrina que se refiere a los comics manga hentai, shota-con, todos de contenido pornográfico sin daños a menores, salvo en lo relativo al consumo de otros materiales que sí lo hacen.

Retomando el tema de la pornografía virtual y que es objeto de estudio en la presente respuesta, hay un consenso generalizado en no penalizar su posesión, debido a que no representa una afectación al bien jurídico protegido, ya sea este el interés superior del menor, su indemnidad sexual o el derecho al respeto de su imagen o bien a su decoro. Continúa citando doctrina nacional sobre la pornografía infantil de tipo virtual y técnica, “Los casos concretos de la pornografía infantil en su concepción virtual y la técnica, donde no se utilizan menores de edad, no queda claro qué lesión le crean a la libertad sexual, y a la libertad de cuál menor concretamente. Por ello generan una gran incertidumbre acerca de cuál bien jurídico que (sic) protegen.

Debido a que si se parte del bien jurídico “libertad sexual” de las personas menores de edad, en virtud de la afectación de su adecuado desarrollo sexual, sendos tipos penales requieren la involucración de menores de edad para que sea lesionado, de manera que estaríamos en casos donde no hay antijuricidad material de la conducta. Vemos que en el caso de la pornografía virtual se trata de imágenes generadas integralmente por el ordenador, o lo que es lo mismo, se constituyen a partir de patrones irreales. En forma concreta debemos interrogarnos ante la producción de un dibujo, por ejemplo, cómo se lesiona el bien jurídico de la libertad sexual de un menor de edad concretamente” (Cortés Sandí, Soledad (2020) El delito de pornografía virtual y pseudo pornografía en el Código Penal de Costa Rica. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, N° 12). De lo anterior, luego de leer el inciso a), del artículo 174 bis, del Código Penal, ésta se refiere a la “pornografía infantil técnica” que “trata de imágenes en las que aparecen personas mayores de dieciocho años, que son presentadas como menores de edad – hecho buscado por el productor- en un contexto sexual, y ante las que resulta particularmente difícil determinar la mayoría o minoría de edad de los protagonistas” (Soldino Garmendia, Virginia (2019) Pornografía alusiva a menores: Dificultades Probatorias Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad). La Procuraduría General insiste en que el Juez consultante debió aclarar que se trata del verbo poseer, en relación con el inciso b), del artículo 174, del Código Penal, y no lo referente al inciso a), la pseudo-pornografía y otros verbos del tipo.

El tipo de pornografía infantil hallada en el dispositivo móvil del encartado es una variante de la versión que se llamaría como la original (que sería la circunscrita a la pornografía infantil real), denominada “hentai” que proviene de dibujos, representaciones o caracterizaciones de menores de edad, pero irreales o ficticios, con contenidos sexual pornográfico; es decir, inventados de la mano del hombre sea “creación intelectual”, o por medios dispositivos electrónicos. Cita a la autora Sanz Mulas que hace referencia a este tipo de representaciones gráficas, a los comics manga hentai de Japón, con los que representan a niños-niños o niñas-niñas teniendo relaciones sexuales, con las que indica que “En esta pornografía no se producen daños a menores, salvo en lo relativo a que pueda fomentar el consumo de otros materiales que sí lo hacen”. La Procuraduría General afirma, posteriormente, que en la pornografía virtual a la que se refiere el informe, hay un consenso generalizado en no penalizar su posesión, debido a que no representa una afectación al bien jurídica protegido, ya sea este el interés superior del menor, su indemnidad sexual o el derecho al respeto de su imagen o bien a su decoro. No hay concreción en la lesión a la libertad sexual,

y a la libertad de cuál menor concretamente (citando a Cortés Sandi). Otro autor afirma que “... esta pornografía ficticia puede ser muy discutida a la hora de ser castigada, porque no hay abuso sexual, no hay personas utilizadas por estas conductas, no hay un perjuicio claro, salvo una afectación general a la infancia. Por lo tanto, parecería más aconsejable no considerar ilícitas estas conductas y calificarlas como inmorales, socialmente inconvenientes, etc.” (Rojo García, y en términos similares Fernández citando a Gimbernat Ordaig). Lo que se busca, entonces con la normativa, es la protección de personas físicas reales, con derechos a su haber que sean susceptibles de ser protegidos.

En lo que se refiere a la jurisprudencia de la Sala sobre el análisis del bien jurídico que deben salvaguardar los tipos penales, cita la Sentencia N° 1996-006410 de las 15:12 horas del 26 de noviembre de 1996. Se debe resaltar, que no hasta que una conducta sea típica bajo la óptica de la Teoría Finalista del Delito, sino que, para que su regulación proceda a nivel de un tipo penal, se debe descender hasta el análisis de la antijuridicidad material, para determinar la peligrosidad que un comportamiento humano le representa a un bien jurídico tutelado por el Ordenamiento; dicho de otra forma, que se encuentre presente el Principio de Lesividad. Para esto último, señala que es un límite al ejercicio del ius puniendi la última ratio del Estado para sancionar conductas antisociales. Así, cita las Sentencias N° 2008-13852 de las 14:39 horas del 17 de septiembre de 2008 y N° 2009-16307 de las 15:14 horas del 21 de octubre de 2009.

El artículo 174 bis, con el verbo poseer y el inciso b), tiene incidencia en los derechos fundamentales de las personas, debe responder a una finalidad, sea la prevención general o especial (desde la órbita teleológico). Una conducta sancionada como típica debe revestir una afectación tangible -al menos materialmente hablando, bajo la lógica de la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto-, de alguno de los bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento Jurídico, que merezca que se aplique el aparato punitivo del Estado.

La afectación o potencialidad objetiva de menoscabo a un bien jurídico tutelado, no existe en el caso que estamos analizando sobre posesión de pornografía infantil virtual, en las representaciones gráficas no aparecen personas menores de edad reales, sino que son dibujos completamente ficticios (creados por la mente humana o manipulación de un ordenador), y su posesión privada no afecta a ninguna persona menor de edad real, a pesar de que sea un contenido reprochable social y moralmente. Se echa de menos que en la exposición de motivos, se haga referencia al por qué o para qué sancionar penalmente la posesión de pornografía infantil virtual. Sólo se hizo alusión a lo negativo de su venta o inclusive a una posesión con fines lucrativos (que no se hizo), pero sin referirse al peligro que ocasiona al bien jurídica tutelado la posesión privada de este material. Debe tomarse en cuenta la Sentencia N° 2019-001691 de las 12:30 horas del 30 de enero de 2019, en el que, entre otras cosas dice: “La consecución de los fines preventivos y represivos de la pena no puede llegar al grado de obligar a la aplicación de la pena a conductas que no constituyen una lesión o puesta en peligro significativa al bien jurídico tutelado”. La Procuraduría General concluye que las citas doctrinarias expuestas, confrontadas con los extractos de la Sala Constitucional, permiten concluir que la tenencia de pornografía infantil del tipo virtual no representa un peligro real a un bien jurídico en concreto, y ajeno al principio de lesividad. Si bien tener el material para “disfrute personal” es moral y socialmente reprochable, se da en la esfera privada y no lesiona a un menor identificado o identificable, por ser meras animaciones ficticias y en donde no está involucrado una persona menor de edad real y ni siquiera su imagen o voz. Se sugiere declarar la inconstitucionalidad del verbo “poseer” establecido en el párrafo primero, del artículo 174 bis, del Código Penal, en relación con el inciso b), porque la estructuración tipológica compromete lo establecido en el artículo 28, de la Constitución Política. La posesión de pornografía infantil de la categoría virtual, por no tener menores reales expuestos, y solo representaciones animadas de personas menores no existentes ni identificables, bajo la esfera de la privacidad del sujeto activo que las posee, no representa un irrespeto a la moral, al orden público y no afecta a terceros. Tampoco representa un peligro real al bien jurídico tutelado por el elenco normativo que protege la indemnidad de las personas menores de edad, su imagen y el interés superior que tutela a ese grupo etario,

por lo que no supera el test de lesividad requerida para que dicha conducta sea tipificada como una merecedora de sanción penal.

5.- En el procedimiento se cumplió con las formalidades establecidas por ley. Redacta el magistrado Salazar Alvarado; y,

Considerando:

I.- Sobre la admisibilidad. La consulta de constitucionalidad cumple con los requisitos establecidos en el artículo 102, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que establece que la consulta judicial da lugar cuando todo juez tenga dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento. Tales presupuestos fueron analizados, en detalle, en la Sentencia de esta Sala N° 1997-01617 de las 14:54 horas del 17 de marzo de 1997, de la siguiente manera:

"A. Que la formule un "juez", término genérico que -desde luego- se aplica tanto a los juzgadores unipersonales como a los tribunales colegiados, y sobre lo cual es innecesario precisar más que: a) que debe tratarse de autoridades dotadas de poder jurisdiccional, lo cual excluye las consultas formuladas por tribunales administrativos, pero sí incluye las que hagan los árbitros en el marco de los asuntos sujetos a su decisión (nótese que lo relevante en todos los casos es que se esté ante el trámite de un proceso conducente al dictado de una sentencia o laudo arbitral, dotados de la autoridad de la cosa juzgada); y, b) que el juzgador debe estar, al momento de formular la consulta, debidamente habilitado para ejercer esa competencia (ya que mal podría pensarse que una resolución que sea inválida en el proceso en cuestión pueda surtir el efecto de dar inicio a un trámite que, como éste, posee un carácter puramente incidental).

B. Que existan "dudas fundadas" sobre la constitucionalidad de la norma, acto, conducta u omisión que se deba aplicar o juzgar. Esto quiere decir que el cuestionamiento debe ser razonable y ponderado. Además, implica que no puede versar sobre aspectos sobre cuya constitucionalidad la Sala ya se haya pronunciado. Ello es así no sólo porque aceptar lo contrario implicaría desconocer la eficacia erga omnes de las resoluciones de esta jurisdicción, sino también dado que una consulta bajo esas circunstancias evidentemente carecería de interés actual. Pero subráyese, por su relevancia para el sub examine, que la explicada circunstancia sólo deriva de aquéllos pronunciamientos en que la Sala haya validado expresamente la adecuación de la norma, acto, conducta u omisión a los parámetros constitucionales. En consecuencia, si una norma ha superado anteriormente el examen explícito de constitucionalidad (en vía de acción o consulta), no sería viable un nuevo cuestionamiento sobre el mismo punto, pero sí podría serlo respecto de un acto, conducta u omisión basados en la misma norma, particularmente porque -en este caso- siempre existe la posibilidad de un quebranto constitucional, ya no en la norma en sí, sino en su interpretación o aplicación. A la inversa, el hecho de que un acto, conducta u omisión haya sido refrendado anteriormente (quizás en vía de amparo o hábeas corpus) no significa que no puedan existir dudas sobre la constitucionalidad de la norma misma en que aquéllos se fundamenten. Y, en esta hipótesis, la consulta judicial es pertinente.

C. Que exista un caso sometido al conocimiento del juzgador o tribunal. Al igual que en la acción de inconstitucionalidad, la consulta judicial nunca se da en el vacío o por mero afán académico, sino que ella debe ser relevante para la decisión o resolución del llamado "asunto previo" o "principal". Finalmente,

D. Que, en ese asunto previo, deba aplicarse la norma o juzgarse el acto, conducta u omisión que suscite la duda de constitucionalidad, aspecto que -por su relevancia para el caso- resulta conveniente precisar. En efecto, la expresión "deba aplicarse la norma o juzgarse el acto, conducta u omisión", conlleva un sentido actual muy definido y totalmente distinto a que si la ley hablara en términos de que "pueda aplicarse la norma o juzgarse el acto, conducta u omisión". La consulta judicial no procede ante la mera eventualidad de que acaezcan esas circunstancias, ya que -como se explicó arriba- esta concepción equivaldría a que se

inviertan los recursos de la jurisdicción constitucional en un simple ejercicio académico o doctrinario. Para que la consulta sea viable, el juzgador debe estar enfrentado, con certidumbre y en tiempo presente, a la aplicación de la norma o al juzgamiento del acto, conducta u omisión que le suscite una duda de constitucionalidad".

Asimismo, el artículo 104, de la misma Ley, exige que la consulta judicial se formule en resolución fundada, se emplace a las partes dentro de tercero día y se suspenda la tramitación del proceso, hasta tanto la Sala no haya evacuado la consulta. En el caso que nos ocupa, el Juez consultante del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, por resolución de las 9:22 horas del 23 de septiembre de 2022, explica que, de conformidad con el turno que le corresponde, debe valorar la homologación del procedimiento especial abreviado, la prueba existente y proceder a emitir la resolución de conformidad con el artículo 375, del Código Procesal Penal. En este sentido, antes del dictado de la sentencia en el asunto que sirve de base a la consulta, el Juez cuestiona y duda sobre la constitucionalidad del artículo 174 bis, del Código Penal, razón por la cual, dicta la mencionada resolución para suspender los procedimientos, y emplazar a las partes, todo previo al dictado de la sentencia. En la resolución el juzgador consulta en forma motivada, señalando los preceptos constitucionales y legales que estarían en conflicto, específicamente sobre la "Pornografía virtual o pseudo pornografía", y los motivos que le hacen dudar al encontrarse al encartado dibujos de menores con contenido sexual. De este modo, por virtud de la reforma constitucional al artículo 10, de la Constitución Política, operada en 1989, el control de constitucionalidad de las normas reside de forma exclusiva y excluyente en la Sala Constitucional, lo que imposibilita al juzgador ordinario pronunciarse al respecto. De este modo, al establecerse el monopolio del rechazo de las normas en esta jurisdicción constitucional, procede analizar en esta vía de constitucionalidad los reproches formulados contra las normas consultadas.

II.- Sobre el fondo.

En concreto, las razones por las que se consulta el artículo 174 bis, del Código Penal, reside en que el tipo penal sanciona con una pena privativa de la libertad, a la persona que posea y "Emplee una imagen, caricatura, dibujo o representación, de cualquier clase que aparente o simule a una persona menor de edad realizando actividades sexuales". Dice que el nomen iuris se definió como "Pornografía virtual o pseudo pornografía". Los delitos de peligro adelantan la conducta delictiva hasta un punto donde se supera el riesgo y se genera el peligro. El Juez consultante duda sobre su constitucionalidad porque no hay una afectación o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, y para ello, ofrece dos razones: la primera, porque no se usan imágenes de personas menores de edad realizando actividades sexuales, sea por adultos aparentando ser menores de edad, o porque son dibujos; y la segunda, en cuanto gira alrededor del verbo "poseer", toda vez que la persona adulta que posee este tipo de material estaría resguardada bajo el artículo 28, de la Constitución Política. No hay un bien jurídico tutelado que pueda ser lesionado o puesto en peligro o bien, ser acciones de la vida privada que no afectan a terceras personas, no dañan el orden público o afectan la moral social.

En el informe de la Procuraduría General de la República se explican los fundamentos normativos de la protección de las personas menores de edad de la pornografía infantil, algunos aspectos conceptuales que resultan muy relevantes para la materia bajo examen, y confirma la opinión que se tiene respecto de la duda del Juez consultante. Sugiere, en consecuencia, declarar inconstitucional el verbo "poseer" establecido en el párrafo primero, del artículo 174 bis, del Código Penal, en relación con el inciso b), según explica, porque "... dicha estructuración tipológica compromete lo establecido en el artículo 28 de la Constitución Política, ya que la posesión de pornografía infantil de la categoría virtual, por no tener menores reales expuestos y solo representaciones animadas de personas menores de edad no existentes ni identificables, todo bajo el marco de la esfera de la privacidad del sujeto activo que las posee, no representa un irrespeto a la moral, al orden público y no afecta a terceros. Asimismo, la acción descrita en el artículo 174 bis en relación con su inciso b), no representa un peligro real al bien jurídico tutelado por el elenco normativo que protege la

indemnidad de las personas menores de edad, su imagen y el interés superior que tutela a ese grupo etario, por lo que no supera el test de la lesividad requerida para que dicha conducta sea tipificada como una merecedora de sanción penal”.

Esta Sala, en consecuencia, debe avocarse, en efecto a establecer la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la palabra “posee” en relación con el inciso b), del artículo 174 bis, del Código Penal, como sugiere la Procuraduría General, y no en cuanto a los otros aspectos del inciso a), de mismo numeral.

III.- El objeto de la consulta judicial.

El numeral del Código Penal que se consulta, para determinar su constitucionalidad es el siguiente:

“Artículo 174 bis.- Pornografía virtual y pseudo pornografía. Se impondrá pena de prisión de seis meses a dos años al que posea, produzca, venda, distribuya, exhiba o facilite, por cualquier medio, material pornográfico en el que no habiendo utilizado personas menores de edad:

- a) Emplee a una persona adulta que simule ser una persona menor de edad realizando actividades sexuales.
- b) Emplee imagen, caricatura, dibujo o representación, de cualquier clase, que aparente o simule a una persona menor de edad realizando actividades sexuales.

(Así adicionado por el artículo 3° de la ley N° 9177 del 1 de noviembre de 2013)”.

El diccionario de la Real Academia Española define a la palabra “virtual” como “Que tiene virtud para producir un efecto, aunque no lo produce de presente, frecuentemente en oposición a efectivo o real” (itálicas son del original). En línea con lo anterior, la palabra “virtud”, se estaría definiendo igualmente como “Actividad o fuerza de las cosas para producir o causar sus efectos”; es decir, debe entenderse como el vigor que tiene algo y que permite causar e imprimir un efecto que en realidad no está ahí, presencialmente, pero que tiene esa fuerza o actividad de impresionar. Existe, pero es una representación de algo que no está presente, o que, al modo de entender de esta Sala, es algo que se funda en el “engaño” a los sentidos, porque pretende ser pero no es en la realidad.

Así, según la estructura del tipo penal se sancionan representaciones, que vale decir no son reales, como en efecto detalla la norma “en el que no habiendo utilizado personas menores de edad”, pero donde si utilizan la idea o figura de menores de edad realizando actividades sexuales, sea a través de una persona adulta con la simulación de ser niños y/o niñas (inciso a) que no sería parte de lo consultado), y el empleo de imágenes, caricaturas, dibujos o representaciones de cualquier clase, que aparente o simule menores de edad en actividades sexualmente explícitas (inciso b). Valga reafirmar, como lo hace la Procuraduría General de la República, de que la estructura de la norma incluye el hecho de que no se utilizan personas menores de edad, sino representaciones, sea de personas o de creaciones intelectuales con dibujos manuales o por computador (ordenador), como sucedáneos de personas menores reales. Es en este último supuesto, en el que la Sala resolverá la consulta, como bien lo indica la Procuraduría General, dado que este sería el supuesto que debe aplicar el Juez consultante, en el proceso penal.

IV.- El derecho internacional esboza un enfoque de los estándares aplicables.

En su informe, la Procuraduría General de la República trae a colación el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y el enfoque que tiene para la protección, y evitación de la explotación y exposición de los niños y niñas, contra su normal desarrollo. A su vez, cita el artículo 34, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (Ley N° 7184 del 18 de julio de 1990); el numeral 2, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley N° 8172 de 7 de diciembre de

2001); y el Convenio de Europa sobre Ciberdelincuencia (Ley N° 9452 de 26 de mayo de 2017). Todos estos instrumentos son altamente pertinentes, se encuentran ratificados por nuestro país; y, por ende, despliegan y tienen en toda su extensión la fuerza y vigor de sus obligaciones internacionales, especialmente, porque instituyen la protección de los menores de edad, quienes por su condición de edad, son personas muy vulnerables que requieren la protección del Estado. Así, la comunidad internacional ha dirigido todos sus esfuerzos para proteger y ofrecer mejores condiciones para su desarrollo.

La Sala, primero que todo, debe indicar que además del artículo 34, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, invocado por la Procuraduría General, también, debe ser incluido en el elenco de normas los numerales 2, 3, y 4, del mismo Tratado, que se leen de la siguiente manera:

“Artículo 34.

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;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Artículo 3.

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. De la transcripción de los anteriores numerales, resulta menester establecer que la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en forma específica, establece algunas obligaciones sobre los Estados que han sido desarrollado en forma profusa por esta Sala, respecto de la atención que las autoridades públicas deben al interés superior del niño, especialmente en lo que se refiere a las protecciones que deben establecer de cara a las diferentes formas de explotación que la niñez puede enfrentar en espectáculos o materiales pornográficos. Así, en un primer plano, la obligación internacional de asegurar la aplicación de los derechos que concede la Convención está, de manera clara, establecida especialmente en el artículo 34, a favor de cada niño sujeto a la jurisdicción nacional. Es decir, el Estado debe asegurar la protección contra diferentes maneras en las que los niños y niñas puedan ser víctimas (por explotación) de personas que, en el idioma inglés, se ha venido denominando “sexual predators”, o en español “predadores sexuales”. Con esto se describen a aquellas personas que buscan las maneras de tener contacto sexual con otras en una manera abusiva, controladora, denigrante, y con poca o nada contención sexual, y donde la víctima es un objeto de satisfacción de la propia libido del ofensor.

Por su parte, el objeto de interés internacional sobre la niñez, se acrecienta con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, y extiende esa protección más allá de las fronteras de las jurisdicciones nacionales, cuando establece que: “Artículo 1.

Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo.

Artículo 2.

A los efectos del presente Protocolo:

- a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;
- b) Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;
- c) Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

Artículo 3.

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.

Artículo 10.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas necesarias para fortalecer la cooperación internacional mediante acuerdos multilaterales, regionales y bilaterales, para la prevención, la detección, la investigación, el enjuiciamiento y el castigo de los responsables de actos de venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía o el turismo sexual. Los Estados Partes promoverán también la cooperación internacional y la coordinación entre sus autoridades y las organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, así como las organizaciones internacionales.

2. Los Estados Partes promoverán la cooperación internacional en ayuda de los niños víctimas a los fines de su recuperación física y psicológica, reintegración social y repatriación.

3. Los Estados Partes promoverán el fortalecimiento de la cooperación internacional con miras a luchar contra los factores fundamentales, como la pobreza y el subdesarrollo, que contribuyen a la vulnerabilidad de los niños a las prácticas de venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía o en el turismo sexual.

4. Estos instrumentos internacionales materializan los esfuerzos de los Estados que buscan la sanción de conductas humanas que sean formas de explotación de la niñez (pornografía), que no sobra decir son contrarias a la salud física y mental; y, en general al bienestar de las niñas y niños del mundo, especialmente cuando se enfrentan al poder, la manipulación y el control de personas predatoras sexuales. No cabe duda, que en el contexto actual, donde la circulación de ideas e imágenes en la web se ha incrementado exponencialmente, sin consideración de fronteras y divisiones territoriales, la probabilidad de la comisión de crímenes contra poblaciones vulnerables -como es la niñez- es cada vez mayor. Tampoco es de extrañar, entonces, la atención e interés internacional que adquiere la reproducción ilimitada que permite la web, y la inmediatez del material que justificaría la necesidad de implementar medidas extraordinarias para controlar su difusión.

Para abordar la cibercriminalidad (la que sin dudas tiene muchas caras), el Convenio de Europa sobre Ciberdelincuencia (Budapest, 2001) tuvo un efecto aún más preciso en el tema que nos ocupa. Dicho tratado permite la adhesión de Estados, para tal consecución fue aprobado por nuestro país por Ley N° 9452 de 26

de mayo de 2017, en el que voluntariamente se acogieron y se establecieron diferentes obligaciones internacionales. Por Sentencia N° 2017-04221 de las 9:15 horas del 21 de marzo de 2017, la Sala estableció que: “el proyecto de ley fue presentado para su tramitación legislativa por parte del Poder Ejecutivo en ejercicio de su derecho de iniciativa previsto en el artículo 140, inciso 5), de la Constitución Política, con el fin de insertar el país en un acuerdo internacional multilateral, en términos generales, de naturaleza non-self-executing o sin efecto directo en el ordenamiento jurídico, razón por la cual se debe proceder a la implementación de legislación a partir del marco jurídico que establece el Tratado en temas de cooperación o asistencia en materia penal”. En general, se debe decir que esta Convención es la primera en su naturaleza, que pretende implementar y sancionar aquellos crímenes que se cometen en la Internet u otro tipo de redes informáticas, o con dispositivos de almacenaje de datos, abarcando materias desde los derechos intelectuales, uso de las plataformas para fraudes, pornografía infantil y también la infracción a la seguridad de la red. En consecuencia, está dirigida a crear una política común entre los países para sancionar el cibercrimen, entre ellos, se reitera para efectos de la consulta, la creación de diversos tipos penales que tuvieran por objetivo sancionar el contenido de la pornografía infantil la que se debería desarrollar a través de legislación apropiada a nivel nacional y mediante la cooperación internacional.

Entre las diferentes afirmaciones, en el preámbulo de este Tratado, se estableció que:

“Conscientes de la necesidad de garantizar el debido equilibrio entre los intereses de la acción penal y el respeto de los derechos humanos fundamentales consagrados en el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (1966), y otros tratados internacionales aplicables en materia de derechos humanos, que reafirman el derecho de todos a defender sus opiniones sin interferencia alguna, así como la libertad de expresión, que comprende la libertad de buscar, obtener y comunicar información e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, así como el derecho al respeto a la intimidad”.

Asimismo, en el tema que nos ocupa, se establece en el artículo 9, del Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia, que:

Título 3. Delitos relacionados con el contenido

Artículo 9. Delitos relacionados con la pornografía infantil.

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:

- 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.

2. A los efectos del anterior apartado 1, por «pornografía infantil» se entenderá todo material pornográfico que contenga la representación visual de:

- a. un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; -

- b. una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita;
 - c. imágenes realistas que representen un menor comportándose de una forma sexualmente explícita
3. A los efectos del anterior apartado 2, por «menor» se entenderá toda persona menor de 18 años. No obstante, cualquier Parte podrá establecer un límite de edad inferior, que será como mínimo de 16 años
4. Cualquier Parte podrá reservarse el derecho a no aplicar, en todo o en parte, las letras d) y e) del apartado 1, y las letras b) y c) del apartado 2”.

Finalmente, es importante traer a colación la opinión consultiva de esta Sala, al conocer de la aprobación legislativa del Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia, la que por Sentencia N° 2017-04221 de las 9:15 horas del 21 de marzo de 2017, estableció que:

“Sobre el objeto del tratado internacional.- El Convenio sobre la Ciberdelincuencia proporciona un marco jurídico para regular multilateralmente las figuras penales destinadas a sancionar las diferentes formas de delincuencia que gira o se organiza a través de los medios telemáticos. Evidentemente, frente a la permeabilidad de las fronteras con las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, se requiere de un instrumento internacional para uniformar la política criminal de los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados, en contra de las conductas ilícitas de las personas que se aprovechan de la internet. Con ello, las Altas Partes del Tratado negociaron la formación de “normas tipo” que pueden ser replicadas a nivel nacional, lo que permite la investigación, preservación y recuperación probatoria y la persecución de delitos, nacional e internacionalmente. El preámbulo del Convenio establece que busca:

“... prevenir los actos dirigidos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, redes y datos informáticos, así como el abuso de dichos sistemas, redes y datos, mediante la tipificación de esos actos, tal y como se definen en el presente Convenio, y la asunción de poderes suficientes para luchar de forma efectiva contra dichos delitos, facilitando su detención, investigación y sanción, tanto a nivel nacional como internacional, y estableciendo disposiciones que permitan una cooperación internacional rápida y fiable”.

También continúa diciendo:

“... el presente Convenio pretende [...] dotar de mayor eficacia las investigaciones y los procedimientos penales relativos a los delitos relacionados con los sistemas y datos informáticos, así como facilitar la obtención de pruebas electrónicas de los delitos...”. Sobre el tema de la cooperación internacional, esta Sala estableció lo siguiente:

“Las formas de asistencia judicial internacional se deben fundamentar en uno de sus rasgos más característicos: la cooperación internacional. En este sentido, ésta puede entenderse con claridad en los términos de la sesión de Wiesbaden de 1975 del Instituto de Derecho Internacional que manifiesta, en uno de sus preámbulos, lo siguiente: “las necesidades de una sociedad internacional caracterizada a la vez por la diversidad y concurrencia de legislaciones, de políticas y de intereses estatales y por una aspiración a la colaboración internacional y a la coexistencia o la armonización de los sistemas jurídicos nacionales”

En un contexto que posteriormente se sucede décadas después, con la llamada globalización de la economía y de las sociedades, cada vez más se evidencia la necesidad de echar mano a los mecanismos que permitan amortiguar la diversidad y asentar el conjunto de ordenamientos jurídicos, así como de las fuerzas que detrás de ellas existen. Visto así, las políticas y los intereses que representan los Estados, éstos unilateralmente desarrollan o se unen para articular un conjunto de puntos de colaboración internacional, en aras de una existencia y armonización de las diferencias, para que cuando el poder jurisdiccional se encuentre limitado a sus propias fronteras, pueda acudir a estos instrumentos, y poder realizar actos jurisdiccionales en otro Estado, tales como notificaciones o prácticas probatorias. Aunque alguna actividad

probatoria se puede realizar con funcionarios consulares o diplomáticos, por ejemplo, es innegable la necesidad de acudir a la autoridad extranjera, lo que hace necesario abordar la cooperación internacional (sea, con la autorización normativa del legislador nacional o de los Tratados Internacionales). Pero, normalmente, se acepta cierta discrecionalidad en la cooperación, que se basa principalmente en la cortesía internacional, salvo el supuesto de la existencia de un convenio internacional, como es el caso que nos ocupa, que puede desplazarla y convertir sus términos en unos de observancia obligatoria”.

En el caso que nos ocupa, el tratado reafirma la política criminal sobre aquellas formas de delincuencia que aprovecha las nuevas tecnologías de la información y comunicación, cuando atacan contra los bienes jurídicos más relevantes de la sociedad mundial, bien sea: el derecho a las distintas formas de propiedad, el derecho al honor y la intimidad, las formas de protección contra la explotación de menores y pornografía infantil, la seguridad de las transacciones y de la información en la web, todos ellos bienes de relevancia constitucional que merecen protección jurídica en nuestro país. En este sentido, el Convenio sobre la Ciberdelincuencia busca dar una respuesta concatenada con otros Estados sobre esos bienes jurídicos, lo que resulta compatible, por el fondo, con el Derecho de la Constitución (valores, principios y normas”).

Evidentemente, del texto del Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia, surgen una serie de obligaciones internacionales que son los asideros de ciertos institutos jurídicos, algunos de ellos penales, y que, obligan jurídicamente al legislador costarricense a implementar la legislación apropiada para dar la cobertura acordada en el concierto de las Naciones a los menores (así como otras materias ahí reguladas).

V.- El principio de lesividad que limita el ius puniendi del Estado.

Ahora bien, es obligado repasar algunos puntos abordados por la jurisprudencia de la Sala sobre el principio de lesividad. En este sentido, por Sentencia N° 2009-002004 de las 14:40 horas del 11 de febrero de 2009, se ha establecido que: “El principio de ofensividad o lesividad exige que no haya delito sin puesta en peligro de un bien jurídico (“nullum crimen sine injuria”). La protección de bienes jurídicos se reputa en las sociedades democráticas como la justificación de las prohibiciones penales, constituyéndose esta finalidad en un verdadero límite al poder punitivo estatal. Dicho principio deriva de lo dispuesto en los artículos 1, 20, 28 y 39 de la Constitución Política, los cuales, por su orden establecen:

Artículo 1.-

“Costa Rica es una República democrática, libre e independiente.” Artículo 20.-

“Toda persona es libre en la República, quien se halle bajo la protección de sus leyes no podrá ser esclavo ni esclava.”

Artículo 28.- “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 público, 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.”

Artículo 39. “A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad (...).”

Bajo este marco normativo, es claro que una teoría del delito acorde con la Constitución sólo puede partir del interés de la protección de un bien jurídico; no se justifica la existencia de una norma penal sin que sea inherente el objetivo de esa protección. Para poder configurar una conducta como delito, no basta que infrinja una norma ética, moral o divina, sino que es necesario, ante todo, la prueba de su carácter lesivo de

valores o intereses fundamentales para la sociedad. Ciertamente, la decisión de cuáles bienes jurídicos han de ser tutelados por el derecho penal es una decisión de carácter político criminal; no obstante, dentro de un sistema democrático como el que consagra la Constitución, en donde se pretende realizar el ideal de una sociedad libre e igualitaria, las intromisiones en el ámbito de libertad de las personas han de ser las estrictamente necesarias para hacer efectivas las libertades y derechos de los demás ciudadanos, y sobre todo, han de atender al principio de proporcionalidad. Lo anterior, por cuanto la existencia del derecho penal implica a su vez la existencia de la estructura carcelaria, que apareja la más grave restricción a la libertad humana; libertad que el Estado, paradójicamente, debe garantizar y proteger. El legislador debe seleccionar de entre todas las posibles conductas antijurídicas solamente algunas, aquellas que afectan en forma importante bienes jurídicos de trascendencia para la convivencia social y en las que no exista otro medio de solución más efectivo y menos lesivo de los derechos fundamentales de las personas”.

Como es evidente, de los artículos 1, 20, 28 y 39, Constitucionales, en una sociedad democrática se recoge el concepto de daño o de lesividad, cuyo objetivo es ofrecer protección a ciertas relaciones sociales concretas y fundamentales para la vida en sociedad, pero también, debidamente calibradas para no desproteger la libertad y los derechos de la ciudadanía de vivir libre. En la doctrina penal toman el nombre de bienes jurídicos, porque están en función de esa importancia para los individuos y para la sociedad. De este modo, el legislador al regularlos impone una protección a esos bienes jurídicos para preservarlos y mantenerlos incólumes. Es claro, que el bien jurídico debe ser real para las personas, deben saber qué es lo que se protege y la razón de ser de esa protección, pues evidentemente, la infracción implica para ese individuo, la sujeción a un procesamiento penal, y la eventual imposición de una sanción económica significativa (especialmente si es de gravedad para la persona imputada) y/o la privación de la libertad. En una sociedad democrática, como la nuestra, la imposibilidad de ligar un bien jurídico a un tipo penal, podría ser causal suficiente para decretar su inconstitucionalidad, pues el principio de lesividad conlleva la obligación del Estado de tener que justificar o demostrar que la imposición de una sanción es la última ratio, y que la sanción penal es el medio jurídico para brindar una protección adecuada al bien jurídico que se pretende proteger. Ese bien jurídico, es en sí mismo el fin de la protección del tipo penal, de tal manera que, si bien la persona es libre para infringirlo, debe saber que producto de la contravención será sancionado, pues el Estado así lo ha impuesto para protegerlo mediante el ius puniendi estatal.

De la mano con lo anterior, estaría el principio de nullum crimen sine lege, que le impone al Estado no solo el deber de señalar en forma concreta la tipificación de una conducta delictiva, sino la del bien jurídico, todo en una ley. Así, se exige al Estado que si impone estas obligaciones a los particulares, eso sea producto de una fundamentación razonable (que se explicó), además que esa conducta delictiva sería establecida en la ley penal, y que, a su vez, esta tenga como fin la protección de un bien jurídico. De lo anterior, es claro que hay una verdadera necesidad de que el bien jurídico no solo se sustente en lo que es socialmente valorado y apreciado, sino que, debe también estar jurídicamente validado. Cuando la conducta de un individuo se subsume dentro de los presupuestos de un tipo penal, en la antijuricidad de la conducta es donde radica la violación de una norma legal que perjudica el bien jurídico protegido, que es de una importancia total para la sociedad, y pese a que se es libre de infringirla, ya no se puede tolerar y cae bajo la acción penal. En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone en el artículo 11, párrafo 2º, que “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional”.

Debe quedar claro, que el ius puniendi estatal no puede fundarse en un mero interés de sancionar conductas que no encajen en omisiones o conductas recogidas en los artículos 1, 20, 28 y 39, Constitucionales, pues detrás de esta norma radica la protección a los bienes jurídicos concretos y más importantes de la sociedad costarricense. Es un claro límite a la potestad de sancionar sobre la base de bienes jurídicos verdaderamente sentidos por la comunidad nacional.

El Juez consultante duda de la constitucionalidad del inciso b), del artículo 174 bis, del Código Penal, porque no hay un bien jurídico tutelado que pueda ser lesionado, o que haya peligro para un bien jurídico, pues en el ejercicio de la libertad de todas las personas en una sociedad democrática, al usar dibujos no hay ni se aprecia una persona víctima concreta, lo que estaría constitucionalmente protegido en el artículo 28, Constitucional, si no se afecta a terceras personas, daño al orden público o la moral social. Bajo lo anterior, no sería posible impedir que se puedan poseer imágenes de menores de edad en actividades sexualmente explícitas. En este sentido, la Procuraduría General de la República estima en efecto que la disposición tiene problemas de constitucionalidad.

La discusión claramente tiene relación con el concepto de daño o el principio de lesividad, porque evidentemente aún si se trata de pseudo pornografía, o de formas técnicas o artificiales de pornografía infantil, es cierto que en principio no hay “verdaderas” víctimas concretas y explícitas. Pero eso no ha sido obstáculo para establecer sanciones fundados en evitar un daño. La Sala, en su jurisprudencia, ha reconocido la dificultad que existe para deslindar el tema de los delitos de lesión, de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto. Sin embargo, con esto el ius puniendi del Estado impone el poder sancionatorio sobre una persona en razón de la generación de un peligro más o menos abstracto, pero probable sobre un bien jurídico protegido. Es importante traer a colación la jurisprudencia que afirma lo siguiente:

“Así, el legislador tiene la facultad de diseñar las normas penales conforme considere se adaptan mejor a la naturaleza del bien que se pretende tutelar y de acuerdo con los fines que le ha asignado a la pena y al derecho penal en general, los cuales pueden ser no sólo retributivos, sino también preventivos -ya sea prevención general positiva o negativa-, resocializadores y demás. La doctrina dominante ha distinguido entre delitos de lesión y de peligro, atendiendo a la distinta intensidad del ataque al bien jurídico. [...]. La diferenciación entre los delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto tampoco es fácil en algunos casos, ya que en ambos se requiere un desvalor de acción, mientras que sólo los delitos de peligro concreto exigen un verdadero desvalor del resultado, que consiste precisamente en esa concreta puesta en peligro. Según la opinión doctrinal mayoritaria, los delitos de peligro abstracto sancionan la puesta en práctica de una conducta reputada generalmente peligrosa, sin necesidad de que se haga efectivo un peligro para el bien jurídico protegido. Se busca castigar la peligrosidad misma de la conducta, sin entrar a evaluar la capacidad de lesión o la real puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados. [...] aunque sí que la realización de ese comportamiento suponga -desde una perspectiva ex ante- un riesgo de producción de una concreta puesta en peligro o de la lesión del bien jurídico. La doctrina ha encontrado dificultades en determinar si los delitos de peligro abstracto implican un verdadero contenido de antijuridicidad material y se discute si son violatorios o no de los principios de culpabilidad y lesividad. La Sala Constitucional, por su parte, ha determinado que no todos los tipos penales de peligro abstracto son inconstitucionales -al respecto, pueden consultarse las sentencias 1996-2805, que se pronunció en relación con los artículos que regulan la portación ilícita de armas; 1999-1792, en relación con la tenencia de instrumentos de falsificación y asociación ilícita; 2003-4673, sobre los delitos de la Ley de Migración y Extranjería; y 2006-218, sobre los delitos de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas-. En los delitos de peligro concreto, en cambio, el peligro para el bien jurídico sí constituye un elemento expreso del tipo, de modo que para considerar consumado el delito, el juez ha de comprobar la producción de un peligro real para un objeto de la acción, ligado causalmente y objetivamente imputable a ésta. Por lo tanto, al igual que en los delitos de lesión, debe crearse, si bien no un resultado, sí un ‘peligro de resultado concreto’ en cuanto sea un riesgo de lesión adecuado y no permitido, que requiere como presupuestos que el objeto de la acción haya entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro y, luego que el comportamiento haya creado un peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción” (Sentencia N° 2012-004790 de las 14:30 horas del 18 de abril de 2012).

Pese a que el legislador tiene una cuota importante de discrecionalidad a la hora de decidir qué conductas humanas penalizar, lo primero que hay que decir, es que en el caso que nos ocupa, la decisión de qué penalizar y cómo, fue establecido en el Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia. Como segundo punto, esto tiene una repercusión importante sobre el consenso generalizado de la peligrosidad de una conducta humana, sobre la capacidad de lesión o de la real puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados, las que están asentadas en normas de orden nacional y del derecho internacional. El criterio de la Sala, si bien se trata de un delito de peligro abstracto, éste no es inconstitucional, en la medida en que tiene raigambre en obligaciones internacionales debidamente aceptadas por nuestro país, que acuerdan la sanción de conductas humanas que ponen en peligro a los menores de edad. En razón de lo anterior, la duda del Juez consultante radica en que si no hay materialmente una víctima, no se configura una lesión última o se consuma negativamente una lesión a un bien jurídico protegido. Es decir, no hay ni se justifica la prevención de un daño. Sin embargo, en opinión de la Sala, como se explicará más adelante, sí que la hay, pues la pornografía, según la define la Real Academia Española es: “Presentación abierta y cruda del sexo que buscar producir excitación”, y lo que a nivel internacional ha evolucionado para considerar que esta actividad en menores de edad es una forma abierta y burda de explotación, mientras estén presentes menores de edad o por extensión a sus representaciones. Si bien, es cierto que no se puede ligar a un menor de edad en concreto como el fin último de protección de la norma penal bajo análisis, se debe afirmar que el bien jurídico tutelado o aquél que se pone en peligro, sí existe en la protección internacional de los derechos humanos sobre las poblaciones mundiales más vulnerables, como en este caso, la niñez promoviendo la prohibición de la pornografía, turismo y prostitución infantil.

VI.- Los conceptos indeterminados y el Derecho de la Constitución.

En los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos transcritos, así como la jurisprudencia citada, son claros en establecer una idea transversal y vertical, en la que los Estados se van comprometiendo a actuar a nivel nacional, bilateral y multilateral, a tratar y prohibir la prostitución y pornografía infantil, incluso sancionando penalmente a los infractores. Esto incluye la posesión del material. Así, se proscribire y se sanciona penalmente la pornografía infantil, entendida en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, como toda representación por cualquier medio de niños y/o niñas en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas. Aún con más precisión, el Convenio de Europa sobre Ciberdelincuencia, fue más allá, al incluir las formas virtuales y de representación de la niñez involucrada en actividades sexualmente explícitas. La protección a los niños y las niñas es una norma que se conduce no solo dentro y a todo lo largo de los Tratados Internacionales transcritos anteriormente, sino que se integra a la Constitución Política, con los artículos 10, 48, y 51, en cuanto forman parte del Derecho de la Constitución (principios, valores y normas); y, que además, potencian el derecho sustantivo y de procedimiento según el interés superior del menor. No obstante, en criterio del Juez consultante, y de la Procuraduría General de la República, para el imputado se desdibujan las protecciones que deberían protegerle como encartado de un proceso penal, materia que por el principio de lesividad debería estar reservado a infracciones graves a los bienes jurídicos relevantes de la sociedad. En el caso de los dibujos o representaciones virtuales como fábulas, hentai o manga, en sus criterios, el primero duda, y la segunda estima que no se produce tal lesión al carecer de niños y niñas reales.

Para dilucidar lo anterior, debe traerse a colación la Sentencia N° 1993-3173 de las 14:57 horas del 6 de julio de 1993, en cuanto estableció que:

“II.- Los derechos fundamentales de cada persona deben coexistir con todos y cada uno de los derechos fundamentales de los demás; por lo que en aras de la convivencia se hace necesario muchas veces un recorte en el ejercicio de esos derechos y libertades, aunque sea únicamente en la medida precisa y necesaria para que las otras personas los disfruten en iguales condiciones. Sin embargo, el principio de la coexistencia de las libertades públicas -el derecho de terceros- no es la única fuente justa para imponer limitaciones a éstas;

los conceptos "moral", concebida como el conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofende gravemente a la generalidad de sus miembros-, y "orden público", también actúan como factores justificantes de las limitaciones de los derechos fundamentales. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados, cuya definición es en extremo difícil".

Por otra parte, de un modo más concreto, por Sentencia N° 2000-06636 de las 9:12 horas del 28 de julio de 2000, la Sala estableció para los conceptos indeterminados de la moral y buenas costumbres, que:

"II.- El artículo 81 del Código Municipal establece:

"La licencia municipal referida en el artículo anterior solo podrá ser denegada cuando la actividad sea contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres, cuando el establecimiento no haya llenado los requisitos legales y reglamentarios o cuando la actividad, en razón de su ubicación física, no esté permitida por las leyes o, en su defecto, por lo reglamentos municipales vigentes." (El destacado no es parte del original).

Los términos "moral y buenas costumbres", contenidos en el artículo transcrito, han sido objeto de análisis por parte de la Sala. Así ha partido del hecho de que los conceptos utilizados en las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los primeros delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca, como lo son, por ejemplo, la mayoría de edad o los plazos para promover recursos y apelaciones. Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado, la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, pero es claro que intenta delimitar un supuesto concreto; conceptos como lo son la buena fe, la falta de probidad, la moral, las buenas costumbres. Aunque la ley no determine con claridad los límites de estos conceptos, por ser uno de los que no admiten cuantificación o determinación rigurosa, pero que en todo caso, es manifiesto que con ellos se está refiriendo a un supuesto de realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de aplicación. La ley utiliza conceptos de valor, buena fe, estándar de conducta del buen padre de familia, orden público, justo precio, moral, o de experiencia, incapacidad para el ejercicio de sus funciones, premeditación, fuerza irresistible, porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Sin embargo, resulta claro que al estarse refiriendo a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, como lo es el otorgamiento o no de una patente municipal, la aplicación de tales conceptos a la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; hay acciones contrarias al orden público o no las hay; hay acciones contrarias a la moral, o no las hay. En esto radica lo esencial de este tipo de conceptos, de manera que la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una unidad de solución justa en cada caso. (En este sentido sentencia número 5594-94, de las quince horas cuarenta y ocho minutos del veintisiete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro).

V.- En la especie, la Administración fundamenta la decisión de no otorgar la patente a la amparada en una restricción legal establecida en el artículo 81 del Código Municipal, a saber, de que la actividad comercial sea contraria a la moral y las buenas costumbres. Especialmente se tomó en cuenta la cercanía del local comercial de la sociedad que representa el recurrente, a una serie de instituciones educativas. Recuérdese que en la Declaración de Los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, se señaló 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 (...)". Este interés mundial de proporcionar a las personas menores de edad una protección especial enunciado en la declaración anterior, así como en la Declaración de Ginebra de mil novecientos veinticuatro sobre Los Derechos del Niño, y en las existentes convenciones internacionales, dio origen a la Convención Sobre los Derechos del Niño. Dentro de los acuerdos tomados por los Estados Partes de dicha convención, están el atender el interés superior del niño (artículo 3), así como el derecho a "un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social" (artículo 27).

En criterio de este Tribunal dichos derechos reconocidos a las personas menores de edad en la Convención sobre los Derechos del Niño, encuentran eco en la denegatoria de la patente que la municipalidad hizo con el fin de proteger la moral social y a los niños de las escuelas vecinas (véase la queja de los vecinos y la carta de los colegios), de donde si bien es cierto que el término "moral" es jurídicamente indeterminado, en este caso particular, para la municipalidad recurrida, revistió un contenido claro dada la existencia de un bien mayor que salvaguardar, cual son los niños con posibilidad de ser afectados por las consecuencias de la existencia del local comercial”.

Para la Sala, la aplicación de conceptos indeterminados como el orden público, la moral social o daño a terceros admiten salvaguardar un bien mayor como el interés superior del menor, incluso al justificar una sanción penal que implica la privación de la libertad de un infractor. El contenido estaría definido por un interés muy claro de la comunidad internacional, así como de la política criminal acogida por el legislador, para erradicar contenidos que se consideran lesivos, y por ello, si podría dar sustento para fijar esos límites a la conducta humana, especialmente frente a las diferentes formas de explotación infantil prohibido en el concierto de las Naciones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos recientemente estableció, en el Caso Angulo Losada vs. Bolivia (Sentencia de 18 de noviembre de 2022, párrafo 98), que: “Esta Corte ha entendido que, conforme al artículo 19 de la Convención Americana, el Estado se encuentra obligado a promover las medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de la niña y del niño, asumiendo su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad en consideración a su condición especial de vulnerabilidad. El interés superior de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de estos, y en la necesidad de propiciar su desarrollo. A su vez, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que en todas las medidas concernientes a los niños y las niñas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño y de la niña. En relación con este principio, el Comité sobre los Derechos del Niño ha señalado que “todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño [y de la niña] estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses de [estos] se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo a las que no se refieren directamente a los niños [y las niñas,] pero los afectan indirectamente” (citás omitidas del original).

Se debe tener claro, que existe una violación potencial de intereses o bienes sustancialmente relevantes, que están reconocidos por el Derecho de la Constitución (valores, principios y normas). La necesidad de extender la protección de la niñez por encima de una pretendida libertad o autonomía de una persona, porque no atenta o daña a terceros con la posesión de material pornográfico infantil, no es válido porque los Estados establecieron un estándar jurídicamente exigible de castigar estas conductas humanas con el fin de proteger a la niñez, y porque conlleva un riesgo de dañar a menores reales, razón por la que procede prohibirla penalmente.

Como punto de partida, debe decirse que los Tratados mencionados se encargan de delimitar con más precisión el tema que nos ocupa, es evidente que, las distintas formas de pornografía infantil, que son a su vez formas de explotación infantil, están proscritas por la legislación internacional, y en cumplimiento de las obligaciones internacionales por la legislación nacional, de manera que, lo que se resuelve en este aspecto, tiene relación con ese puntual tema, y no otras formas de actividad sexual explícita y consensuada entre personas mayores de edad o adultas. La razón misma por la que es una práctica con los menores, es la que la hace ilícita y perseguible penalmente.

Esta Sala no puede negar que para una sociedad debe resultar preocupante que la niñez sea objeto de ataques, sean reducidos por los adultos a objetos de consumo en actividades sexuales explícitas, que son contrarios a la indemnidad sexual de los menores y a prácticas sexuales que de suyo están totalmente fuera de lugar.

Se recuerda que ésta sería una de las formas de explotación y agresión más radicales en contra de la indemnidad e integridad de los menores, y es claro que el Estado debe garantizar la protección de los menores según el artículo 51, Constitucional, secundado por todo el entramado de tratados que imponen obligaciones internacionales sobre todas las autoridades públicas, al establecer las estructuras concretas para combatir toda forma de explotación sexual de la niñez, así como generar condiciones para su protección. Esto permite construir formas de aplicación concreta como el artículo 174 bis, del Código Penal, basado en un derecho penal internacional que coincide con el concepto de moralidad social vigente en el país.

VII.- Sobre la fuerza jurídica de la obligación internacional de implementar el tipo penal.

Es importante mencionar, que para los delitos relacionados con la pornografía infantil, el artículo 9.4, del Convenio, ofrece dos posibilidades para los Estados al aplicar las obligaciones internacionales que se adquieren, por un lado, una aplicación irrestricta y sin reservas en los alcances del Convenio de Budapest, y por el otro, la aplicación más moderada, pero autorizada por el Tratado que daría una latitud al legislador a no sancionar los supuestos establecidos en las letras d) y e), del apartado 1, y las letras b) y c), del apartado 2. Así, de conformidad con el artículo 9.1.d) y e), del Convenio, los Estados podrían reservarse la posibilidad de no sancionar o sancionar de un modo menos severo, la adquisición o descarga de pornografía infantil para consumo propio o de otra persona, y la posesión de material pornográfico infantil. En ambos casos se refiere a un sistema informático, y en el segundo, también en medios de almacenaje de datos informáticos. De igual manera, en el numeral 9.2.b), y c), los Estados Parte no se encuentran tampoco en la obligación jurídica internacional de tener que sancionar, por ejemplo cuando otras personas que no son menores de edad, pero que lo parezcan, o mediante imágenes realistas que se asemejen a menores de edad, que representan y se comportan en actividades sexualmente explícitas. También, puede reservarse de regular en toda su extensión del artículo 9.4, los incisos b) y c), en cuanto contempla la definición de “pornografía infantil”, o moderar su cobertura, para adultos que parezcan menores de edad, o imágenes, que a pesar de que son dibujos, se acercan a la realidad pero que no contienen realmente a menores de edad, en actividades sexualmente explícitas. Pero como se dirá más adelante, las reservas autorizadas tienen un carácter temporal, que se justifica en alcanzar una mejor cobertura universal de las prohibiciones.

Estas medidas tienen como fin reducir la demanda por obtener este tipo de material y la generación de una industria aprovechando los medios electrónicos, de forma tal que se busca cortar un tráfico de información e ideas entre los pedófilos, y cortar todas aquellas facilidades que los sistemas informáticos y aparatos de almacenamiento de datos puedan ofrecer para fomentar y ayudar a que se cometan delitos en contra de la niñez. Definitivamente, lo que se busca es combatir la sub culturización y demanda porque implica un claro riesgo de daño, fomentar el uso de la niñez en estas irregulares prácticas, así como fomentar el uso y seducir a la niñez en la participación de esta actividad. La vulnerabilidad propia de los menores de edad aumenta aún más si se mantienen estas formas de consumo por los adultos, y claro está, debe acudir a conceptos un poco más indeterminados como la moral social para proteger a la niñez contra una industria clandestina que no opera a la luz del día, y que, sin embargo, fomentaría actividades que caería en los supuestos que se puede regular en el artículo 28, Constitucional, que debe ser identificadas como obscenas (impropias y precoces, a toda luces, para los menores de edad), desde el punto de vista del estándar jurídico de un ciudadano promedio o de un buen padre de familia, y que puede calificarse de corruptas e inconsistentes con la moralidad social. El foco de interés del Estado, no está en perseguir otras actividades que no darían cabida a tales consideraciones, pues evidentemente, no debería incluir juicios de valor sobre las actividades artísticas, médicas y científicas cuyos fines son distintos a nutrir un consumo de la pornografía infantil.

Ahora bien, también debe mencionarse que nuestro país, al no presentar las reservas, surge la pregunta si podría hacerlo posteriormente. De conformidad con los artículos 9.4, y 42, del Tratado, los Estados debían hacer las reservas en el momento de la firma o del depósito del instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, en cuyo caso, se informa que se acoge a las reservas específicamente previstas, entre ellos el apartado 4, del artículo 9, que nos ocupa. En este sentido, no es posible hacer las reservas con posterioridad, y que, de conformidad con el numeral 43, del Convenio, establece que con posterioridad se permite retirar o modificar las reservas, una vez que la legislación nacional haya evolucionado y con ello permite su retiro. En su oportunidad, el Poder Ejecutivo mediante el Decreto Ejecutivo N° 40546-RREE de 3 de julio de 2017, formaliza la adhesión del país al Convenio de Europa sobre Ciberdelincuencia (Budapest, 2001), y vale decir, no hace reserva alguna en los artículos autorizados (solo algunas cláusulas interpretativas, sin señalar el numeral 9). Esto tiene importantes consecuencias para la materia que aborda esta Sala, toda vez que el Estado costarricense no se limitó, respecto a la materia y contenido que debía legislar de conformidad con el artículo 9.1, al implementar el Convenio, y en consecuencia, debe descartarse la irregularidad constitucional del artículo 174 bis, del Código Penal.

El Convenio admitió la presentación de reservas, esto se hizo de forma específica en algunos artículos, y no en forma generalizada, de manera que existía alguna flexibilidad para acercar a una mayor cantidad de países que quizás en el momento no podían cumplir con las exigencias jurídicas a lo interno de sus países. Sin embargo, es importante traer a colación que el artículo 43.3, del Convenio aspira a una evolución -positiva- para la implementación total de sus términos, de ahí que, si Costa Rica hubiera formulado una reserva sobre el artículo 9.4, era lógico que ello debía ser temporal. Evidencia de ello, es que las altas partes contratantes no hubieran aceptado que se tuviera que informar periódicamente sobre la situación de las reservas y su retiro, cuando autoriza que “El Secretario General del Consejo de Europa podrá preguntar periódicamente a las Partes que hayan formulado una o varias reservas según lo dispuesto en el artículo 42 acerca de las perspectivas de que se retire dicha reserva”, lo que claramente muestra la necesaria nivelación de las legislaciones nacionales a los estándares jurídicos del Convenio de Europa sobre Ciberdelincuencia (Budapest, 2001). Este significa la penalización de las conductas ahí descritas.

El legislador promulga sanciones penales originadas en los mismos instrumentos internacionales. Estas disposiciones estarían basadas en normas de jerarquía superior a las leyes, normas que son receptadas por la Constitución, que tienen la función de servir de acicate para el establecimiento de tipos penales que son exigibles en el ámbito internacional. Sobre estos temas, el Estado costarricense adquirió los compromisos voluntariamente, con la aprobación legislativa del instrumento internacional, y posteriormente, así lo manifestó mediante los respectivos canales diplomáticos, para considerarse vinculado jurídicamente. El Convenio de Europa sobre Ciberdelincuencia, al ser non self-executing, hacía recaer sobre el Estado la emisión de medidas de diferente tipo, y en ese tanto, requirieron entre otras a la producción normativa de parte del legislador.

VIII.- La constitucionalidad de la penalización de la posesión de y empleo de imágenes, caricatura, dibujo o representación, de cualquier clase, de menores realizando actividad sexual.

El Convenio establece la posesión de pornografía infantil como uno de los supuestos a tipificar dentro de las normas penales, de conformidad con lo siguiente:

Artículo 9. Delitos relacionados con la pornografía infantil.

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:

e. la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos.

2. A los efectos del anterior apartado 1, por «pornografía infantil» se entenderá todo material pornográfico que contenga la representación visual de:

- a. un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; -
- b. una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita;
- c. imágenes realistas que representen un menor comportándose de una forma sexualmente explícita

3. A los efectos del anterior apartado 2, por «menor» se entenderá toda persona menor de 18 años. No obstante, cualquier Parte podrá establecer un límite de edad inferior, que será como mínimo de 16 años.

4. Cualquier Parte podrá reservarse el derecho a no aplicar, en todo o en parte, las letras d) y e) del apartado 1, y las letras b) y c) del apartado 2.

El inciso b), del artículo 174 bis, del Código Penal, establece que:

“Artículo 174 bis.- Pornografía virtual y pseudo pornografía. Se impondrá pena de prisión de seis meses a dos años al que posea, produzca, venda, distribuya, exhiba o facilite, por cualquier medio, material pornográfico en el que no habiendo utilizado personas menores de edad:

- a) Emplee a una persona adulta que simule ser una persona menor de edad realizando actividades sexuales.
- b) Emplee imagen, caricatura, dibujo o representación, de cualquier clase, que aparente o simule a una persona menor de edad realizando actividades sexuales.

(Así adicionado por el artículo 3º de la ley N° 9177 del 1 de noviembre de 2013)”.

De la lectura del tipo penal, se sanciona con pena de prisión de seis meses a dos años a la persona que tenga posesión de material pornográfico aún sin haber utilizado menores de edad, donde se usa la “imagen, caricatura, dibujo o representación, de cualquier clase” para ofrecer la apariencia o simulación de una persona menor en actividades sexuales.

Como se ha dicho anteriormente, la receptación del supuesto de sancionar penalmente la posesión de pornografía infantil en un sistema o medio de almacenamiento informático está establecida en el Convenio de Europa sobre Ciberdelincuencia. De lo anterior, el propio Tratado regula la definición de lo que significa “pornografía infantil”, la que está ampliamente concebida para comprender “todo material pornográfico que contenga la representación visual” de un menor real, simulado o virtual, y de dibujos, de un menor “comportándose de una forma sexualmente explícita”. Se observa, entonces, que el tipo penal en Costa Rica refleja el objeto de ese fuerte interés internacional por establecer que la posesión de material pornográfico infantil debe estar proscrita, y lógicamente como lo establece el tipo penal su empleo. Esto último se sanciona porque esa posesión implica el empleo de una “imagen, caricatura, dibujo o representación, de cualquier clase, que aparente o simule a una persona menor de edad realizando actividades sexuales”, lo que a su vez debe comentarse.

Primero, debe precisarse que, si bien el Convenio se refiere a “imágenes realistas” es importante precisar que el realismo no necesariamente abarca el punto de vista del arte realista, sino la representación del cuerpo humano de un menor, con un contenido vedado por el Tratado. Segundo, también al referirse a “imágenes realistas” ello debe precisarse por su contenido, ya que debe incluir un sentido de realidad de lo transmitido a cualquier receptor cuando utiliza esa imagen. Tercero, que el diccionario de la Real Academia Española define “sentido” como “Razón de ser, finalidad o justificación de algo”, lo que implica por supuesto, que el dibujo tiene una finalidad de despertar, incitar y estimular la excitación sexual con base en imágenes de menores de edad en actividad sexual explícita. Cuarto, el bien jurídico tutelado es la protección

internacional debida por el Estado al menor de edad contra una usurpación de la dignidad humana del menor de edad, incluso considerado en forma abstracta. Cuando se utiliza a las personas menores de edad, se reconoce la obligación del Estado de brindar la protección por su propia situación de vulnerabilidad frente a las distintas formas de explotación sexual y prostitución. La mera construcción o idealización de hechos que se representan en un papel o en cualquier otro medio informático genera un riesgo de daño, es un testimonio de una actuación y reproducción de un ilícito que es poseer pornografía infantil, es decir que recrea actividad sexual prohibida de adultos con y/o entre menores, y que no es un caso único para la legislación costarricense, sino que responde a los estándares internacionales. Si bien es necesario aclarar que hay una libertad de pensamiento y expresión artística por medios que se materializan en impresiones sobre papel, tela, u otros medios materiales, incluidas las redes y dispositivos de almacenamiento informáticos, incluso de valor científico por los contenidos ilustrativos, informativos médicos, educativos, artísticos, entre otros, se tiene como objetivo preciso erradicar el problema de la pornografía y prostitución infantil, como uno de los medios de abuso y explotación sexual, y que forman parte de los vejámenes más serios que se comete en contra de la dignidad de la persona humana joven, y cuya huella psicológica es para toda la vida. Se reitera que esto ha sido abordado por los Estados de una manera puntual, llamando a sancionar con penas privativas de la libertad a los infractores.

La posesión de la pornografía infantil conduce inexorablemente al empleo; es decir, a la exposición de un material diseñado a provocar e incluso despertar en personas indeterminadas la excitación sexual, desviada y anormal. Bajo esta consideración, lleva también al juego de la oferta y la demanda, pues para una persona media y razonable no es difícil que concluya que tales materiales estarían en plena capacidad de provocar una demanda de consumo en una población concreta (de pedófilos), que puede verse fácilmente influenciada hacia un placer sexual censurable, sea como adultos, y con mucha más razón la de los menores, pues aún no tienen sus personalidades bien formadas, lo que es muy probable que se puedan cometer ilícitos penales de carácter sexual en contra de los menores de edad. Es decir, hay que tomar en consideración que el continuo empleo de este tipo de material puede conducir a provocar actitudes anormales y coaptar una realidad distorsionada para marcar socialmente a los menores como simples objetos sexuales.

Los Instrumentos Internacionales citados reconocen el problema de la internet profunda, como uno de los más serios de lucha contra la criminalidad, porque no hay un verdadero control de autoridad alguna sobre la diseminación de los contenidos que ponen en serio riesgo todo tipo de bienes jurídicos, desde los económicos hasta el plano sexual. La pornografía infantil es entonces un mecanismo visual, que excita negativamente los sentidos, que permite imponer sobre las personas deseos sexuales anormales hacia la niñez, tanto real, simulada o virtual, incluso mediante dibujos, caricaturas, entre otros, que permite al Estado imponer limitaciones a la conducta humana como una forma de proteger a los menores de edad de la prostitución y pornografía infantil. La inherente gravedad y su carácter censurable alcanza su mera tenencia, como su empleo, razón por la cual se impone una sanción penal de seis meses a dos años, que no necesariamente es significativa para un encartado, si se compara con el inmenso daño que provoca en los menores de edad de materializarse esa forma de explotación humana. Si bien, el informe final del Convenio de Europa sobre Cibercriminalidad no es una interpretación oficial de su contenido ([www.coe.int/en/web/conventions/full-list? module=treaty-detail&treaty-num=185](http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=185)), sí ofrece guía y elementos para descubrir el sentido que tiene, pues precisamente el artículo 9, transcrito con anterioridad, se basa en que la posesión y distribución de pornografía infantil en el contexto de la internet permite el intercambio cada vez más exponencial de las formas tradicionales de producción y de distribución de la pornografía infantil. De ahí que, se estimó necesario combatir estas formas de explotación y con ello salvaguardar del peligro a la niñez del mundo, basado en los estudios que apuntan a que tales materiales y su uso en línea, permiten generar intercambio de ideas, fantasías y consejerías entre los mismos pedófilos, razón por la cual se cumple con una función de soporte, de ánimo y de facilitación para los crimines contra de la niñez.

IX.- Conclusión. En razón de todo lo expuesto, el inciso b), del 174 bis, del Código Penal, no es inconstitucional en cuanto sanciona con pena privativa de la libertad a una persona que posee la “imagen, caricatura, dibujo o representación, de cualquier clase, que aparente o simule a una persona menor de edad realizando actividades sexuales, por cuanto está al amparo del Derecho a la Constitución (valores, principios y normas). La penalización de la conducta tiene raigambre en obligaciones internacionales debidamente aceptadas por nuestro país, que proscriben concretamente la explotación de la niñez, en la forma de posesión de pornografía infantil, incluidas las “imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita” (artículo 9.1.e y 9.2.c., del Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia), todo ello en cuanto llama a sancionar penalmente las conductas humanas que ponen en peligro a los menores de edad y que deben ser satisfechas al amparo del interés superior del menor.

X.- DOCUMENTACIÓN APORTADA AL EXPEDIENTE . Se previene a las partes que de haber aportado algún documento en papel, así como objetos o pruebas contenidas en algún dispositivo adicional de carácter electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías, estos deberán ser retirados del despacho en un plazo máximo de treinta días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia. De lo contrario, será destruido todo aquel material que no sea retirado dentro de este plazo, según lo dispuesto en el "Reglamento sobre Expediente Electrónico ante el Poder Judicial", aprobado por la Corte Plena en Sesión N° 27-11 del 22 de agosto del 2011, artículo XXVI y publicado en el Boletín Judicial N° 19 del 26 de enero del 2012, así como en el acuerdo aprobado por el Consejo Superior del Poder Judicial, en la Sesión N° 43-12 celebrada el 3 de mayo del 2012, artículo LXXXI.

Por tanto:

Se evacua la consulta formulada en el sentido de que el inciso b), del artículo 174 bis, del Código Penal, no es inconstitucional en cuanto sanciona con pena privativa de la libertad a una persona que posee la “imagen, caricatura, dibujo o representación, de cualquier clase, que aparente o simule a una persona menor de edad realizando actividades sexuales”, por cuanto está al amparo del Derecho de la Constitución (valores, principios y normas). La penalización de la conducta tiene raigambre en obligaciones internacionales debidamente aceptadas por nuestro país, que proscriben concretamente la explotación de la niñez, en la forma de posesión de pornografía infantil, incluidas las “imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita” (artículo 9.1.e y 9.2.c., del Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia), todo ello en cuanto llama a sancionar penalmente las conductas humanas que ponen en peligro a los menores de edad y que deben ser satisfechas al amparo del interés superior del menor. El magistrado Cruz Castro y la magistrada Garro Vargas consignan notas por separado. Notifíquese.-

Fernando Cruz C. Presidente a.i.

Paul Rueda L. Luis Fdo. Salazar A.

Jorge Araya G. Anamari Garro V.

Anexo F

Jurisprudencia Nacional

Tribunal de Apelación (20 de marzo de 2025) – Resolución N.º 00532-2025

Transcripción completa:

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, al ser las quince horas quince minutos, del veintiocho de marzo de dos mil veinticinco.

RECURSO DE APELACIÓN interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 003], [...]; por el delito de VIOLACION, en perjuicio de PERSONA MENOR EDAD ([Nombre 007]). Intervienen en la decisión el juez José Asdrúbal Quirós Pereira, la jueza Marianela Corrales Pampillo y el juez Gustavo Gillén Bermúdez. Se apersonaron en esta sede en representación del imputado la licenciada Ariadna Ulloa Arboleda, en representación del ministerio público la licenciada Paula Aragón Gómez.

RESULTANDO:

I.- Que mediante sentencia número 365-2024, de las catorce horas con dos minutos del veintiocho de noviembre del dos mil veinticuatro, el TRIBUNAL PENAL DEL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, SEDE DESAMPARADOS, resolvió: "POR TANTO: De conformidad con lo expuesto y artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 8 incisos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 10 y 11 inciso 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 9 inciso 2 y 14 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 11, 12, 13, 16, 142, 184, 265, 266, 267, 360 a 365 y 367 del Código Procesal Penal; y 1, 2, 3, 4, 11, 12, 14, 18, 19, 20, 30, 31, 45, 50 a 58, 59 a 63, 71 a 79 y 161, 167, 168 y 174 del Código Penal, se resuelve: por unanimidad de los votos emitidos: 1) En Aplicación del Principio Universal Indubio Pro Reo, se absuelve de toda pena y responsabilidad al acusado [Nombre 003] de dos delitos de Violación Calificada, un delito de Abuso Sexual Agravado y un delito de Corrupción Agravada, cinco delitos de Fabricación de Pornografía, siete delitos de Tenencia de Material Pornográfico y un delito de Pseudopornografía. 2) se declara a [Nombre 003], AUTOR RESPONSABLE de TRES DELITOS de ABUSO SEXUAL contra PERSONA MENOR DE EDAD, (uno de ellos así recalificado por parte del tribunal) los cuales concurren entre sí de manera material y a su vez de manera material con dos delitos de CORRUPCIÓN AGRAVADA. Delitos en perjuicio de [Nombre 007]. y en tal carácter se le impone el tanto de CINCO AÑOS DE PRISIÓN por cada delito de ABUSO SEXUAL AGRAVADO; para un subtotal de QUINCE AÑOS DE PRISIÓN y SIETE AÑOS DE PRISIÓN por cada delito de CORRUPCIÓN AGRAVADA; para un subtotal de catorce años de prisión; penas que sumadas arriban a un gran total de VEINTINUEVE AÑOS DE PRISIÓN, los cuales se readecuan al tanto de VENTIUN AÑOS DE PRISIÓN, en aplicación de las reglas de penalidad del Concurso Material, sanción que deberá descontar en el lugar y forma que determinen los respectivos reglamentos penitenciarios, previo abono de la preventiva si la hubiere. Por haber variado la situación procesal del sentenciado con la resolución de la causa con certeza e impuesto una pena cuantiosa lo cual lleva a este tribunal a la admonición de que podría intentar evadir el cumplimiento de la misma, para el asegurar el cumplimiento de dicho reproche se dispone LA PRÓRROGA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DEL SENTENCIADO por espacio de seis meses más contados a partir de su efectivo vencimiento en fecha 6 de febrero de 2025, y por lo tanto serán vencederos el próximo 6 de agosto de 2025. Una vez firme la presente sentencia se ordena conservar los CD Y DISPOSITIVOS USB que figuren decomisados con el expediente principal; así como el COMISO

Y DESTRUCCIÓN DE: Una computadora marca Dell, modelo Precision M4800 con numeración: KVVWHA02, con su respectiva batería y cargador. Una computadora portátil marca Lenovo modelo Think Pad T430, color negro sin serie visible con su respectiva batería y cargador, PC04. Una computadora de escritorio tipo torre color negro marca Full Power con su respectivo cargador. Disco Duro, marca Wester Digital, serie WXCZ 07A49751, de 120 GB. Un encapsulador de disco marca DATA que contiene un disco duro marca Western Digital serie WXDIA9HE5RV 500GB de capacidad. Una cámara fotográfica marca Panasonic, modelo Lumix, DMC-S1, sin serie visible. Un dispositivo móvil marca Huawei color negro con número de IMEI 868188045550344, Un celular marca Samsung, modelo SM-J120 M/DS, con dos números de IMEI 357018070121612 y 357019070121610, sin batería en mal estado de conservación. Un celular marca Blu, modelo Blu studio mini LTE, color negro, IMEI 356176060533757, con batería, en regular estado de conservación. Un teléfono celular, marca Samsung, modelo SM-A217M, color azul tornasol, IMEI 355451110366719, con tarjetas SIM, la primera Movistar número 89506042029044779318, el segundo Kolbi 8950601091921045943. Un teléfono celular LG modelo LG- X230 Z, IMEI 355467080844873, tapa posterior quebrada. Un teléfono celular marca, marca Samsung, modelo SM-G930F, color dorado, IMEI 357350077401717, el cuarto celular. Un teléfono celular marca Samsung, modelo SM-G9650, IMEI 354263091380895, tarjeta SIM Kolbi, 95060 10320- 11262-1511. Una Tablet, marca Samsung, modelo SM-T116BU, color blanco, IMEI 359132061153613. Un teléfono celular marca Samsung, modelo GT-S7560M, sin IMEI visible. Un teléfono celular marca Samsung, modelo GT-I8200L, sin IMEI visible con tarjeta SIM 895060 4201708641958F. Un teléfono celular marca LG, modelo LG-D805 IMEI: 358300-05-0289-24-0. Un teléfono celular marca TOCH, negro con naranja, con una tarjeta Sim Kolbi 95060 10711113018436, IMEI 354714080062258. Un teléfono celular marca Samsung gris, GT9200, IMEI 356621054600825. Un teléfono celular marca LG, modelo LG-D400H, color blanco, IMEI 353447060862667. Un teléfono celular marca Iphone, modelo A1332, IMEI 012755000645924. Un teléfono celular marca MI Xiaomi, modelo 2015019, sin tarjetas, IMEI no visibles. Son a cargo del Estado los gastos del proceso por haberse procedido a instancia del Ministerio Público. Comuníquese lo resuelto al Juzgado de Ejecución de la Pena, al Instituto Nacional de Criminología y al Registro Judicial para lo de sus cargos, una vez que adquiera firmeza la presente sentencia. Mediante lectura integral para las dieciséis horas del día 05 de diciembre de 2024 notifíquese la presente sentencia. " (sic).

II.- Que contra el anterior pronunciamiento, la licenciada Aria, interpuso recurso de apelación.

III.- Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 465 del Código Procesal Penal, el Tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el recurso de apelación.

IV.- Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes. Redacta el juez de Apelación de Sentencia Penal Quirós Pereira; y,

CONSIDERANDO:

1. Mediante sentencia # 365-2024 de las 14:02 horas del 28 de noviembre del 2024, el Tribunal Penal del Tercer Circuito Judicial de San José (Sede Desamparados), declaró al imputado [Nombre 003], autor responsable de TRES DELITOS DE ABUSO SEXUAL CONTRA PERSONA MENOR DE EDAD EN SU MODALIDAD AGRAVADA y DOS DELITOS DE CORRUPCIÓN AGRAVADA EN CONCURSO MATERIAL, imponiéndole en tal carácter la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN por cada uno de los delitos de ABUSO SEXUAL CONTRA PERSONA MENOR DE EDAD EN SU MODALIDAD AGRAVADA y de SIETE AÑOS DE PRISIÓN por cada uno de los delitos de CORRUPCIÓN AGRAVADA, para un total de VEINTIÚN AÑOS DE PRISIÓN en aplicación de las reglas del CONCURSO MATERIAL DE DELITOS; en el mismo fallo, se ABSOLVIÓ de toda pena y responsabilidad al encartado por DOS DELITOS DE VIOLACIÓN CALIFICADA, UN DELITO DE ABUSO SEXUAL CONTRA PERSONA MENOR DE EDAD EN SU MODALIDAD AGRAVADA, UN DELITO DE CORRUPCIÓN AGRAVADA , CINCO DELITOS DE FABRICACIÓN DE PORNOGRAFÍA, SIETE

DELITOS DE TENENCIA DE MATERIAL PORNOGRÁFICO y UN DELITO DE PSEUDO PORNOGRAFÍA que le venían siendo atribuidos por parte del Ministerio Público.

II. En contra de dicha resolución, la Licda. Paula Aragón Gómez -fiscal auxiliar de la Fiscalía de Tramite Rápido- interpuso Recurso de Apelación de Sentencia, alegando como primer motivo, inconformidad con la valoración de la prueba y errónea aplicación del principio de in dubio pro reo. Sobre el particular, critica como errónea la decisión del a quo de absolver al imputado por dos delitos de violación calificada, un delito de abuso sexual contra persona menor de edad en su modalidad agravada, un delito de corrupción agravada, cinco delitos de fabricación de pornografía, siete delitos de tenencia de material pornográfico y un delito de pseudo pornografía, decisión que fundó en el argumento de que la prueba obtenida al respecto era de carácter espurio, al no haber sido recibida por parte de la Oficina de Asesoría Técnica y Relaciones Internacionales del Ministerio Público (OATRI) sino a través de la Jefatura de la Sección de Cibercrimen del Organismo de Investigación Judicial. Señala que, contrario a lo afirmado por parte del tribunal, la información referida correspondía a meros reportes realizados por parte del Centro Nacional Para Niños Desaparecidos y Explotados (NCMEC, por sus siglas en inglés), que daban cuenta del acceso desde Costa Rica y archivo en un cuenta de correo electrónico ([...]) de 14 fotografías y 244 videos con imágenes de abuso sexual infantil, información a partir de la cual la Sección de Cibercrimen del Organismo de Investigación Judicial realizó las diligencias necesarias para individualizar el usuario de la cuenta citada. Critica a su vez, la posición del juzgador de considerar dicha información como de carácter privado -cuyo acceso por parte de los autoridades policiales requeriría de una orden jurisdiccional previa-, por cuanto al crearse la cuenta de interés, su titular consintió las condiciones establecidas por el proveedor del servicio, asumiendo con ello el riesgo de que el uso ilegal de esta fuese puesto en conocimiento de las autoridades policiales respectivas. Al considerar que el vicio descrito genera un agravio para los intereses represivos del Ministerio Público, solicita que se anule parcialmente el fallo impugnado y se ordene el reenvío ante el tribunal de juicio para nueva sustanciación sobre los extremos referidos. Como segundo motivo, se alega errónea aplicación de preceptos legales sustantivos. Sobre el particular, critica la decisión del a quo de calificar como típica del delito de abuso sexual contra persona menor de edad en su modalidad agravada una conducta en realidad constitutiva de una tentativa de violación calificada, estimando erróneamente al efecto que había operado un desistimiento por parte del sujeto activo. Señala que, contrario a lo afirmado por parte del tribunal, la violación no llegó a consumarse por causas ajenas a la voluntad del agente, por lo que resulta incorrecta la calificación atribuida a tales hechos en el fallo. Al considerar que el vicio descrito genera un agravio para los intereses represivos del Ministerio Público, solicita que se revoque parcialmente el fallo impugnado y se recalifiquen los hechos descritos como típicos de un delito de violación calificada en grado de tentativa, ordenándose el reenvío ante el tribunal de juicio para la determinación de la sanción a imponer (folios 500 a 517 del legajo principal).

III. También en contra del fallo en mención, la Licda. Ariadna Ulloa Arboleda -defensora pública del imputado- interpuso Recurso de Apelación de Sentencia por adhesión, alegando como primer motivo, inconformidad con la determinación de los hechos y violación del principio de correlación entre acusación y sentencia. Sobre el particular, señala que los hechos tenidos por acreditados bajo los acápite 3, 5, 6, 7 y 8 resultan lesivos del principio descrito, al corresponder a conductas por entero distintas a aquellas referidas en el requerimiento fiscal, sea en su modo de ejecución, o bien, al ubicar los hechos fuera del contexto temporal descrito en aquel. Respecto del hecho probado # 3 (hecho # 3 de la acusación), refiere que el a quo tuvo por acreditados dos hechos cometidos cuando la víctima tenía 12 años de edad, pese a que el único evento acusado como ocurrido durante el año 2022 señala que la menor tenía 11 años de edad para ese momento; similar vicio reclama respecto del hecho probado # 5 (hecho # 16 de la acusación), en el cual el tribunal tuvo por acreditado un delito de abuso sexual cometido en el año 2022, cuando la agraviada tenía 12 años de edad, pese a que la acusación señala que la menor tenía 11 años de edad para ese momento, y describe una conducta por completo diferente a la tenida por demostrada en el fallo. Respecto del hecho probado # 6 (hecho # 17 de la acusación), señala que el juzgador tuvo por acreditados 15 delitos de abuso

sexual cometidos entre los años 2022 y 2023, cuando la ofendida tenía 11 años de edad, pese a que la acusación describe un único evento de abuso sexual ocurrido en el año 2022, cuando la menor tenía 12 años de edad; por su parte, tratándose del hecho probado # 7 (hecho # 18 de la acusación), refiere que el a quo tuvo por acreditado un delito de abuso sexual cometido en el año 2022, cuando la víctima tenía 11 años de edad, pese a que la acusación señala que este evento habría ocurrido en el año 2023, cuando la menor tenía 12 años de edad. Finalmente, y respecto del hecho probado # 8 (hecho # 21 de la acusación), señala que el tribunal tuvo por acreditado un delito de abuso sexual cometido entre el mes de mayo del 2022 y el 6 de junio del 2023, cuando la agraviada tenía entre 11 y 12 años de edad, pese a que la acusación refiere que este evento habría ocurrido en el año 2022, cuando la menor tenía 11 años de edad. Al considerar que el vicio descrito genera un agravio para los intereses de su representado, solicita que se revoque parcialmente el fallo impugnado y se absuelva de toda y responsabilidad al imputado por los delitos descritos en los acápites 3, 5, 6, 7 y 8 de la relación de hechos probados; que, en defecto de lo anterior, se anule parcialmente la sentencia recurrida y se ordene el reenvío ante el tribunal de juicio para nueva sustanciación sobre estos extremos. Como segundo motivo, se alega inconformidad con la fundamentación jurídica. Sobre el particular, refiere que el fallo impugnado carece de coherencia respecto de la fundamentación jurídica de los hechos tenidos por acreditados, no llegando a entenderse las razones por las cuales estos fueron calificados como constitutivos de tres delitos de abuso sexual contra persona menor de edad en su modalidad agravada y dos delitos de corrupción agravada, cuyos elementos típicos no concurrirían en el caso concreto. Al considerar que el vicio descrito genera un agravio para los intereses de su representado, solicita que se anule parcialmente la sentencia recurrida respecto de la calificación legal dada a los hechos tenidos por acreditados y se ordene el reenvío ante el tribunal de juicio para nueva sustanciación sobre estos extremos (folios 523 a 532 del legajo principal).

IV. Conferida la audiencia correspondiente (resoluciones de las 14:45 horas del 13 de enero y de las 09:02 horas del 28 de enero del 2025), el Ministerio Público solicitó que se proceda a declarar sin lugar el recurso interpuesto por la defensa técnica, al hallarse la resolución recurrida ajustada a derecho. Sobre el particular, refiere que los reclamos formulados, obedecen a un análisis sesgado de la sentencia impugnada, la que, contrario a lo argumentado por la recurrente, tuvo por acreditados los mismos hechos acusados, juicio que descansa en la valoración de los diferentes medios de prueba evacuados (folios 541 a 543 del legajo principal). Por su parte, la defensa técnica omitió pronunciarse sobre el particular.

V. Sobre el recurso interpuesto por la defensa técnica. Como primer motivo, se alega inconformidad con la determinación de los hechos y violación del principio de correlación entre acusación y sentencia. El motivo debe ser rechazado por las razones que se procede a exponer. Para un adecuado entendimiento de lo resuelto por esta Cámara de Apelación de Sentencia Penal, conviene transcribir los hechos acusados, así como aquellos tenidos por acreditados en el fallo impugnado. El Ministerio Público atribuyó al imputado que "...1. El Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados (NCMEC), opera bajo la autoridad del Congreso de los Estados Unidos, siendo que mediante Ley Federal 18 U.S.C. denominada Explotación Sexual y otros Abusos a Niños, ya que en dicho país se exige que, cualquier proveedor de Servicio de Internet (ISP por sus siglas en inglés) debe registrarse ante el sistema CyberTipline y denunciar a NCMEC los casos de tráfico de material de abuso sexual infantil que descubran en sus servicios y plataformas internas. 2. En fecha 12 de mayo del 2023 por medio del Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados (NCMEC por sus siglas en inglés), la Sección Especializada contra el Ciberdelito, recibió el reporte de CyberTipline número 162092329, que contiene a su vez los reportes CyberTipline 162184120, 162136252, 162088904, 162046381, 162135229, 162090449 y 162053121, donde se informó acerca de un usuario de Google drive, con el correo electrónico [...], el cual almacenó 14 imágenes y 244 videos con contenido de abuso sexual infantil, en los servicios de Google Fotos. 3. Es así que, con la información brindada por la empresa Google LLC. a NCMEC, se logró determinar que el usuario con correo electrónico [...], registró como fecha de nacimiento el 16 de julio de 1935, y que además de la cuenta de correo ya indicada, tenía vinculadas las siguientes cuentas de correo: [...], [...], y [...], así como el número telefónico

[Valor 001]. 4. El 15 de mayo de 2023, se procedió con el análisis de los reportes números 162092329, 162184120, 162136252, 162088904, 162046381, 162135229, 162090449 y 162053121, descargados desde el sitio web de NCMEC, mediante la plataforma <https://lesp.ncmec.org/CybertiplineCaseManagement>, el cual es una herramienta de uso oficial. Y se determinó la existencia de 258 archivos (descritos en el hecho 2), entre videos e imágenes, que contenían material de abuso sexual de personas menores de edad, que corresponden a representaciones visuales y auditivas, de personas menores de edad, así como de la imagen de personas menores, en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, y la representación de las partes genitales de la persona menor de edad con fines sexuales. 5. El acusado [Nombre 003], produjo y fabricó material con contenido de abuso sexual infantil; además, almacenó dicho material, con el correo electrónico [...], lo que permite confirmar que el acusado [Nombre 003], es quien tiene el pleno control de la cuenta de correo supra indicada y que el número telefónico que permite proteger la misma es el [Valor 001], el cual permitió comprobar la identidad del acusado de manera exacta. 6. La menor [Nombre 007], nació en fecha 10 de agosto del año dos mil diez, y para el momento en que se dan los hechos acusados, la niña contaba con doce años de edad. 7. La señora [Nombre 004], quien es madre de la menor [Nombre 007], mantuvo una relación de convivencia con el acusado [Nombre 003], desde el año 2017 y hasta el mes de junio de 2023. 8. En fecha 12 de setiembre de 2021, a las 09:45 horas, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 11 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, con el fin de fabricar y producir material con contenido de abuso sexual infantil (que corresponde a toda representación visual o auditiva, producida por cualquier medio, de una persona menor de edad, su imagen o su voz, alteradas o modificadas, en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, así como toda representación de las partes genitales de estas personas menores de edad con fines sexuales), de la persona menor [Nombre 007], procedió a capturar en una imagen, con un teléfono celular, la vagina expuesta de la menor. 8.1 Ese mismo día, sea el 12 de setiembre de 2021, a las 15:45 horas, el acusado [Nombre 003], con fines de poseer y tener en su posesión material de abuso sexual infantil, almacenó en la cuenta de correo [...], en “Google Drive y Google photos”, utilizando la IP 190.113.118.46, una imagen identificada como 20211209_094525.jpg, en donde se visualiza la vagina expuesta de la menor ofendida [Nombre 007] .

9. El 16 de abril de 2022, a las 12:29 horas, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 11 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de ésta por la minoridad de edad, con el fin de fabricar y producir material con contenido de abuso sexual infantil (que corresponde a toda representación visual o auditiva, producida por cualquier medio, de una persona menor de edad, su imagen o su voz, alteradas o modificadas, en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, así como toda representación de las partes genitales de estas personas menores de edad con fines sexuales), de la persona menor [Nombre 007], procedió a capturar en una imagen, con un teléfono celular, a la menor acostada en una cama en ropa interior. 9.1 El 17 de abril de 2022, a las 15:57 horas, el acusado [Nombre 003], con el fin de poseer y tener en su posesión material de abuso sexual infantil, almacenó en la cuenta de correo [...], en “Google Drive y Google photos”, utilizando la IP 177.93.0.69, la imagen de la menor ofendida [Nombre 007], donde se visualiza a la niña acostada en una cama en ropa interior, esto con el fin de tener en su poder la imagen que contenía material de abuso sexual de la persona menor de edad ofendida. 10. El 17 de abril de 2022, a las 10:15 horas, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 11 años), ya que es el padrastro, y convivía con la su madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, con el fin de fabricar y producir material con contenido de abuso sexual infantil (que corresponde a toda representación visual o auditiva, producida por cualquier medio, de una persona menor de edad, su imagen o su voz, alteradas o modificadas, en actividades sexuales

explícitas, reales o simuladas, así como toda representación de las partes genitales de estas personas menores de edad con fines sexuales), de la persona menor [Nombre 007], procedió a capturar en una imagen, a la niña acostada en una cama en ropa interior, mientras dormía. 10.1 El 17 de abril de 2022, a las 16:16 horas, el acusado [Nombre 003], con el fin de poseer y tener en su posesión material de abuso sexual infantil, almacenó en la cuenta de correo [...], en “Google Drive y Google photos”, utilizando la IP 177.93.0.108, la imagen de la menor ofendida [Nombre 007], donde se visualizan acostada en una cama en ropa interior, mientras dormía, esto con el fin de tener en su poder la imagen que contenía material de abuso sexual de la persona menor de edad ofendida. 11. El 20 de abril de 2022, a las 10:02 horas, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 11 años), ya que es el padrastro, y convivía con la su madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de ésta por la minoridad de edad, con el fin de fabricar y producir material con contenido de abuso sexual infantil (que corresponde a toda representación visual o auditiva, producida por cualquier medio, de una persona menor de edad, su imagen o su voz, alteradas o modificadas, en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, así como toda representación de las partes genitales de estas personas menores de edad con fines sexuales), de la persona menor [Nombre 007], procedió a capturar en una imagen, con un teléfono celular, mientras se encontraba acostada sobre una cama dormida, y tiene expuesta parte de su vagina, la cual se visualiza debajo del short que usa. 11.1 El 24 de abril de 2022, a las 22:28 horas, el acusado [Nombre 003], con el fin de poseer y tener en su posesión material de abuso sexual infantil, almacenó en la cuenta de correo [...], en “Google Drive y Google photos”, utilizando la IP 177.93.0.104, la imagen de la menor ofendida [Nombre 007], donde se visualiza a la niña mientras se encontraba acostada sobre una cama dormida, y tiene expuesta parte de su vagina, la cual se visualiza debajo del short que usa, esto con el fin de tener en su poder la imagen que contenía material de abuso sexual de la persona menor de edad ofendida. 12. El 22 de julio de 2022, a las 19:39 horas, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 11 años), ya que es el padrastro, y convivía con la su madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, con el fin de fabricar y producir material con contenido de abuso sexual infantil (que corresponde a toda representación visual o auditiva, producida por cualquier medio, de una persona menor de edad, su imagen o su voz, alteradas o modificadas, en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, así como toda representación de las partes genitales de estas personas menores de edad con fines sexuales), de la persona menor [Nombre 007], procedió a registrar en una imagen, con un teléfono celular, la vagina y el ano expuestos de la menor. 12.1 El 22 de julio de 2022, a las 19:42 horas, el acusado [Nombre 003], con el fin de poseer y tener en su posesión material de abuso sexual infantil, almacenó en la cuenta de correo [...], en “Google Drive y Google photos”, utilizando la IP 170.246.157.45, la imagen de la menor ofendida [Nombre 007], donde se visualizan la vagina y el ano expuestos de la menor, esto con el fin de tener en su poder la imagen que contenía material de abuso sexual de la persona menor de edad ofendida. 13. Entre el año 2022 al año 2023, [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 12 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, en al menos veinte ocasiones, abusó sexualmente de la menor, y realizó actos sexuales de manera abusiva, al desnudarla, para de seguido tocar sus pechos, vagina y glúteos, actos sexuales que realizó con fines libidinosos. 14. En el año 2022, sin precisar una fecha exacta, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], en la habitación principal, valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 12 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de ésta por la minoridad de edad, abusó sexualmente de la niña y realizó actos sexuales de manera abusiva, al tocar sus pechos, vagina y glúteos, actos sexuales que realizó con fines libidinosos. 15. En el año 2022, sin precisar una fecha exacta, el acusado [Nombre 003], encontrándose en

su casa de habitación ubicada en [...], específicamente en la habitación con el logo de [...], valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 11 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, abusó sexualmente de la niña y realizó actos sexuales de manera abusiva, al tocar sus pechos, vagina y glúteos, actos sexuales que realizó con fines libidinosos. 16. Asimismo, en el año 2022, sin precisar una fecha exacta, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], específicamente en la habitación del medio, en donde dormía la abuela de la menor, valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 12 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, abusó sexualmente de la niña y realizó actos sexuales de manera abusiva, al tocar sus pechos, vagina y glúteos, actos sexuales que realizó con fines libidinosos. 17. Sin precisar fecha exacta, pero entre los años 2022 a 2023, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 11 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, en al menos quince ocasiones, mientras abusaba sexualmente a la menor, al tocar sus pechos, vagina y glúteos, aprovechando el imputado que la niña lo estaba observando, se desnudó y con su pene expuesto, procedió a masturbarse hasta eyacular sobre el cuerpo de la menor, actos sexuales, totalmente prematuros para la menor ofendida por su corta edad e inocencia. 18. En el año 2022, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], específicamente en la habitación principal de la vivienda, específicamente en la habitación principal, valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 11 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, mientras abusaba sexualmente a la menor, al tocar sus pechos, vagina y glúteos, aprovechando el imputado que la niña lo estaba observando, se desnudó y con su pene expuesto, procedió a masturbarse hasta eyacular sobre el cuerpo de la menor, actos sexuales, totalmente prematuros para la menor ofendida por su corta edad e inocencia. 19. En el año 2022, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], específicamente en la habitación con el logo de [...], valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 12 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, mientras abusaba sexualmente a la menor, al tocar sus pechos, vagina y glúteos, aprovechando el imputado que la niña lo estaba observando, se desnudó y con su pene expuesto, procedió a masturbarse hasta eyacular sobre el cuerpo de la menor, actos sexuales, totalmente prematuros para la menor ofendida por su corta edad e inocencia. 20. De igual manera a inicios del años 2023, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], específicamente en la habitación, donde dormía la abuela de la menor, valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 12 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, mientras abusaba sexualmente a la menor, al tocar sus pechos, vagina y glúteos, aprovechando el imputado que la niña lo estaba observando, se desnudó y con su pene expuesto, procedió a masturbarse hasta eyacular sobre el cuerpo de la menor, actos sexuales, totalmente prematuros para la menor ofendida por su corta edad e inocencia. 21. Sin precisar una fecha exacta, pero desde el mes de mayo del año 2022 y hasta el 06 de junio de 2023, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...]; valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 11 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de ésta por la minoridad de edad, en al menos quince ocasiones, introdujo su pene en la vagina y el ano de la menor, lo cual le causo dolor. 22. En el año 2022, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...]; específicamente en la habitación principal, valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien

para este momento contaba con 11 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, introdujo su pene en la vagina y el ano de la menor, lo cual le causo dolor. 23. Asimismo, en ese mismo año sea 2022, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...]; específicamente en la habitación con el logo de [...], valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 11 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, introdujo su pene en la vagina y el ano de la menor, lo cual le causo dolor. 24. En el año 2023, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...]; específicamente en la habitación del medio en donde dormía la abuela de la menor, valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 12 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, introdujo su pene en la vagina y el ano de la menor, lo cual le causo dolor. 25. Sin precisar una fecha exacta, pero entre el año 2022 y 2023, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 12 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, introdujo su pene en boca de la menor. 26. El día 06 de junio de 2023, a las 06:00 horas, se llevó a cabo diligencia de allanamiento en la vivienda del imputado [Nombre 003], ubicada en [...], lugares en los cuales se decomisaron teléfonos y computadoras con contenido de abuso sexual infantil. 27. El encartado [Nombre 003], en fecha 06 de junio del año 2023, en [...], poseyó y mantuvo en su poder, en un disco duro marca Western Digital, número de serie WMAV2H815373 DE 320 GB, identificado como PC02DD01, al menos 62 videos, con contenido de abuso sexual infantil, pornografía infantil (que corresponde a toda representación visual o auditiva, producida por cualquier medio, de una persona menor de edad, su imagen o su voz, alteradas o modificadas, en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, así como toda representación de las partes genitales de estas personas menores de edad con fines sexuales), de los cuales se realizó un muestreo y se describen 2 archivos a continuación. 27.1 Se trata de video, donde visualiza a un adulto masculino, que abusa sexualmente de una persona menor de edad, de aproximadamente 11 años, acostado sobre una cama, con su área genital expuesta, a quien el adulto toca con su mano, el pene del niño, que corresponde a un archivo identificado como Archivo: 0000004_Carved.mp4. 27.2 Se trata de una imagen, donde se observa un hombre adulto, el cual se encuentra frente a un niño de aproximadamente 9 a 11 años de edad, completamente desnudo, al cual abusa sexualmente al introducir el pene de la persona menor de edad, en su boca, que corresponde a un archivo identificado como Archivo: 00000026_Carved.mp4 28. El encartado [Nombre 003], en fecha 06 de junio del año 2023, en [...], poseyó y mantuvo en su poder, en un disco duro, marca Kingston, número de serie SBFK69B5 DE 480 GB, identificado como PC03DD01, al menos con 20 imágenes, con contenido de abuso sexual infantil, pornografía infantil (que corresponde a toda representación visual o auditiva, producida por cualquier medio, de una persona menor de edad, su imagen o su voz, alteradas o modificadas, en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, así como toda representación de las partes genitales de estas personas menores de edad con fines sexuales), de los cuales se realizó un muestreo y se describen 2 archivos a continuación. 28.1 Se trata de una imagen, donde se observa el pene de un hombre adulto, quien abusa sexualmente de una menor de edad de aproximadamente 11 años de edad, a quien el adulto, le introduce su pene en el ano, que corresponde a un archivo identificado como: 83727f44d773.jpg. 28.2 Se trata de una imagen donde se visualiza a una persona menor de edad de aproximadamente 9 años, sentada en una cama con su torso y vagina expuestos, que corresponde a un archivo identificado como: b5a6812f88d04ab2.jpg. 29. El encartado [Nombre 003], en fecha 06 de junio del año 2023, en [...], poseyó y mantuvo en su poder, en un disco duro, marca Crucial, número de serie 2121E5A09C15 DE 240 GB, identificado como PC04DD01, al menor con 45 videos y 68 imágenes, con contenido de abuso sexual infantil, pornografía infantil (que corresponde a toda representación visual o auditiva, producida por cualquier medio, de una persona menor de edad, su imagen o su voz, alteradas o modificadas, en actividades

sexuales explícitas, reales o simuladas, así como toda representación de las partes genitales de estas personas menores de edad con fines sexuales), de los cuales se realizó un muestreo y se describen 2 archivos a continuación. 29.1 Se trata de un video, donde se ve a un adulto masculino desnudo, el cual abusa de una persona menor de edad de aproximadamente 11 años de edad, a quien el adulto, e introduce su pene en la vagina, que corresponde a un archivo identificado como f_002642 (0000166_Carved.bin. 29.2 Se trata de un video, donde se observa el pene expuesto de un adulto masculino, frente a una niña de aproximadamente 8 años, a quien el adulto le introduce su pene en la vagina, que corresponde a un archivo identificado como: f_002694 (0000160_Carved.bin. 30. El acusado [Nombre 003], en fecha 06 de junio del año 2023, en [...] poseyó y mantuvo en su poder, en disco duro marca Seagate, número de serie ZFL5VD6X, con capacidad de 2TB, identificado como DDE01, con al menos 27 videos y 5 imágenes, con contenido de abuso sexual infantil, pornografía infantil (que corresponde a toda representación visual o auditiva, producida por cualquier medio, de una persona menor de edad, su imagen o su voz, alteradas o modificadas, en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, así como toda representación de las partes genitales de estas personas menores de edad con fines sexuales), de los cuales se realizó un muestreo y se describen 2 archivos a continuación. 30.1 Se trata de un video, donde se ve a un adulto masculino con su pene expuesto, el cual abusa de una persona menor de edad de aproximadamente 8 años de edad, a quien el adulto, le introduce su pene en el ano, que corresponde a un archivo identificado como IMG_20210807_102510_213.mp4. 30.2 Se trata de un video, donde se observa el pene expuesto de un adulto masculino, el cual abusa de una niña de aproximadamente 9 años, a quien el adulto le introduce su pene en la boca, que corresponde a un archivo identificado como VID-20210814-WA0080(2).mp4. 31. El encartado [Nombre 003], en fecha 06 de junio del año 2023, en [...], poseyó y mantuvo en su poder, en el teléfono celular marca Samsung, modelo SM-G9650, número de IMEI 354263091380895, con tarjeta SIM Kolbi, con numeración 9506010320112621511, identificado como DM02, al menos con 4 imágenes, con contenido de abuso sexual infantil, pornografía infantil (que corresponde a toda representación visual o auditiva, producida por cualquier medio, de una persona menor de edad, su imagen o su voz, alteradas o modificadas, en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, así como toda representación de las partes genitales de estas personas menores de edad con fines sexuales), de los cuales se realizó un muestreo y se describen 1 archivos a continuación. 30.1 Se trata de una imagen, donde se observa a una persona menor de edad de aproximadamente 9 años de edad, con su torso desnudo, que corresponde a un archivo identificado como OcwT7g7oxYAJCWwwihtCBR_MZgw. 32. En fecha 06 de junio del año 2023, el encartado [Nombre 003], en [...], poseyó y mantuvo en su poder, en el teléfono celular marca Samsung, modelo SM-G930F, número de IMEI 357350077401717, con tarjeta SIM Movistar, con numeración 8950604101007073871F, identificado como DM04, al menos con 29 imágenes, con contenido de abuso sexual infantil, (pornografía infantil, que corresponde a toda representación visual o auditiva, producida por cualquier medio, de una persona menor de edad, su imagen o su voz, alteradas o modificadas, en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, así como toda representación de las partes genitales de estas personas menores de edad con fines sexuales), de los cuales se realizó un muestreo y se describen 1 archivos a continuación. 32.1 Corresponde una caricatura tipo Hentai, donde se representa en un dibujo la imagen a dos personas menores de edad, una de ellas sobre su pecho y sobre sus rodillas, mientras el hombre roza su área genital, que corresponde a un archivo identificado como c1e013b2dlf9bdd8_0_embedded_1.jpg. 33. En fecha 06 de junio del año 2023 el encartado [Nombre 003], en [...], poseyó y mantuvo en su poder, una Tablet, marca Samsung, modelo SM-T116BU, número de IMEI 359132061153613, sin tarjeta SIM, identificado como DM05, al menos con 2 imágenes y un video, con contenido de abuso sexual infantil, (pornografía infantil, que corresponde a toda representación visual o auditiva, producida por cualquier medio, de una persona menor de edad, su imagen o su voz, alteradas o modificadas, en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, así como toda representación de las partes genitales de estas personas menores de edad con fines sexuales), de los cuales se realizó un muestreo y se describen 1 archivos a continuación. 33.1 Se trata de video, donde se observa a la persona menor de edad C., desnuda introduciendo sus dedos en su vagina y un objeto en su ano, que corresponde a un archivo identificado como: VID_20220923_165149-3gp. 34. Los

anteriores hechos descritos en los puntos 26, 27, 28, 29, 30, 31 y 32 de la acusación, confirman que todos los archivos con contenido de abuso sexual, localizados en los dispositivos electrónicos identificados como PC02DD01, PC03DD01, PC04DD01, DDE01, DM02, DM04 Y DM05, que le fueron decomisados al acusado [Nombre 003], los mantenía en su poder con el único fin de mantener y poseer este tipo de archivos a su disposición." Por su parte, el a quo tuvo por acreditados los siguientes hechos: "...1. La menor [Nombre 007]., nació en fecha 10 de agosto del año dos mil diez, y para el momento en que se dan los hechos acusados, la niña contaba con doce años de edad. 2. La señora [Nombre 004], quien es madre de la menor [Nombre 007]., mantuvo una relación de convivencia con el acusado [Nombre 003], desde el año 2017 y hasta el mes de junio de 2023. 3. Entre el año 2022 al año 2023, [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 12 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, en al menos dos ocasiones, abusó sexualmente de la menor, y realizó actos sexuales de manera abusiva, al desnudarla, para de seguido tocar sus pechos, vagina y glúteos, actos sexuales que realizó con fines libidinosos. 4. En el año 2022, sin precisar una fecha exacta, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], en la habitación principal, valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 12 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, abusó sexualmente de la niña y realizó actos sexuales de manera abusiva, al tocar sus pechos, vagina y glúteos, actos sexuales que realizó con fines libidinosos. 5. Asimismo, en el año 2022, sin precisar una fecha exacta, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], específicamente en la habitación del medio, en donde dormía la abuela de la menor, valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 12 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, abusó sexualmente de la niña y realizó actos sexuales de manera abusiva, al tocar sus pechos, vagina y glúteos, actos sexuales que realizó con fines libidinosos. 6. Sin precisar fecha exacta, pero entre los años 2022 a 2023, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 11 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, en al menos quince ocasiones, mientras abusaba sexualmente a la menor, al tocar sus pechos, vagina y glúteos, aprovechando el imputado que la niña lo estaba observando, se desnudó y con su pene expuesto, procedió a masturbarse hasta eyacular sobre el cuerpo de la menor, actos sexuales, totalmente prematuros para la menor ofendida por su corta edad e inocencia. 7. En el año 2022, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], específicamente en la habitación principal de la vivienda, específicamente en la habitación principal, valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 11 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, mientras abusaba sexualmente a la menor, al tocar sus pechos, vagina y glúteos, aprovechando el imputado que la niña lo estaba observando, se desnudó y con su pene expuesto, procedió a masturbarse hasta eyacular sobre el cuerpo de la menor, actos sexuales, totalmente prematuros para la menor ofendida por su corta edad e inocencia. 8. Sin precisar una fecha exacta, pero desde el mes de mayo del año 2022 y hasta el 06 de junio de 2023, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...]; valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba entre 11 y 12 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, en al menos una ocasión, intentó introducir su pene en la vagina de la menor, lo cual le causó dolor. 9. Los hechos que el tribunal ha enlistado anteriormente como debidamente probados se corresponden con los hechos contenidos en la acusación bajo el título "Hechos en perjuicio de la menor [Nombre 007]." numerados como 6, 7, 13, 14, 16, 17, 18 y 21 respectivamente; sea que, por exclusión, o

por descarte, los restantes hechos de la acusación fiscal el tribunal los ha tenido por indemostrados ya que no se evacuó la prueba suficiente que permitiera su reconstrucción certera.” El contraste entre ambas relaciones de hechos, permite constatar que las conductas tenidas por acreditadas en el fallo impugnado corresponden en esencia a aquellas descritas en los acápites 6, 7, 13, 14, 16, 17, 18 y 21 de la acusación (folios 261 a 269 del legajo principal).

El reclamo de la defensa, es en realidad consecuencia de un error material cometido por el a quo en la transcripción de la relación de hechos del requerimiento fiscal -que deberá ser corregido por el tribunal-, a causa del cual fue modificada la numeración de la mayoría de sus acápites: los acápites 9, 9.1, 10, 10.1, 11 y 11.1 de la acusación, fueron numerados en el resultando I del fallo como 8.2, 8.3, 9, 9.1, 9.2 y 9.3 (respectivamente), yerro que provocó que la cantidad de acápites de la relación de hechos acusados (que siguieron siendo los mismos) pasara de un total 34 a solo 32 (del 9 al 8.2, del 9.1 al 8.3, del 10 al 9, del 10.1 al 9.1, del 11 al 9.2, del 11.1 al 9.3, del 12 al 10, del 12.1 al 10.1, del 13 al 11, del 14 al 12, del 15 al 13, del 16 al 14, del 17 al 15, del 18 al 16, del 19 al 17, del 20 al 18, del 21 al 19, del 22 al 20, del 23 al 21, del 24 al 22, del 25 al 23, del 26 al 24, del 27 al 25, del 27.1 al 25.1, del 27.2 al 25.2, del 28 al 26, del 28.1 al 26.1, del 28.2 al 26.2, del 29 al 27, del 29.1 al 27.1, del 29.2 al 27.2, del 30 al 28, del 30.1 al 28.1, del 30.2 al 28.2, del 31 al 29, del 31.1 al 29.1, del 32 al 30, del 32.1 al 30.1, del 33 al 31, del 33.1 al 31.1 y del 34 al 32), dando lugar con ello a la discrepancia señalada por la recurrente. Tal discrepancia, no supone una vulneración del principio de correlación entre acusación y sentencia, por cuanto el juzgador tuvo por acreditados -en esencia- los mismos hechos acusados por parte del Ministerio Público (acápites 6, 7, 13, 14, 16, 17, 18 y 21 del requerimiento fiscal). El error en la numeración de los acápites citados, en forma alguna altera la identidad de las conductas tenidas por acreditadas en el fallo, que guardan correspondencia con aquellas imputadas por parte del órgano fiscal.

De conformidad con los argumentos expuestos, procede RECHAZAR el motivo alegado. -Como segundo motivo, se alega inconformidad con la fundamentación jurídica. El motivo debe ser acogido por las razones que se procede a exponer. Analizado el fallo (Considerando B), resulta posible constatar que la fundamentación jurídica expuesta en él se limitó a los dos delitos de corrupción agravada por los que se condenó al imputado, omitiéndose todo análisis respecto de la tipicidad de los hechos que estimó como constitutivos de tres delitos de abuso sexual contra persona menor de edad en su modalidad agravada, por los que también se le declaró responsable (“...Los hechos que con certeza ha tenido por acreditados el Tribunal constituyen TRES delitos de ABUSO SEXUAL AGRAVADO, previstos y sancionados en el artículo 161 del Código Penal. así como DOS DELITOS DE CORRUPCIÓN AGRAVADA. Conforme a las estipulaciones de los artículos 167 y 168 del Código Penal. Ya que dichas delincuencias involucran la realización de manera abusiva de actos con fines libidinosos en contra de personas menores de edad, pero que agrava su conducta cuando la víctima sea menor de quince años lo cual sucedió en este caso en el cual don [Nombre 003] evidentemente tenía conocimiento de la edad de la menor pues había sido su hijastra desde que tenía cuatro o cinco años, al tiempo que inclusive manejaba fotografías suyas con el uniforme de la escuela, y el acusado la obligó a practicarle actos abusivos haciendo que rosara y frotara su pene al tiempo que la tocó en sus pechos, glúteos y vagina. De igual forma el acusado se desvestía y se masturbaba con el pene expuesto en frente de la menor y le obligaba a observarle, le exhibía videos pornográficos y le inquiría que realizara ruidos o gemidos. Estos hechos consistentes en exhibir un video pornográfico a la menor y masturbarse delante de la misma, enmarca dentro del supuesto contenido en el artículo 167 y 168 del Código Penal que regula la exposición de un menor a actos o conductas que lo adelanten en su desarrollo, o resulten prematuros por su corta edad e inocencia; los delitos anteriores concurren de manera material (por haber existido un desplazamiento espacio temporal) con TRES delitos de Abuso Sexual conforme a lo preceptuado por el ordinal 161 del Código Penal; dos de manera simple y uno de ellos así recalificado por el tribunal en cuanto a la posible imputación del delito de Violación Calificada. Con su actuar el imputado ha lesionado los bienes jurídicos tutelados en el artículo 161 y 167 y 168 del Código Penal; a saber, la libre determinación e indemnidad sexual de la ofendida y su sano desarrollo”). Adicionalmente, logra observarse

una evidente falta de correspondencia entre la cantidad de eventos de abuso sexual contra persona menor de edad en su modalidad agravada (4 en total, descritos en los acápites 3, 4 y 5), corrupción agravada (16 en total, descritos en los acápites 6 y 7) y tentativa de violación calificada (1, descrito en el acápite 8) tenidos por demostrados en la sentencia (Considerando II) y la propia declaratoria de culpabilidad del imputado, quien fue condenado en carácter de autor responsable solo por dos delitos de corrupción agravada y tres delitos de abuso sexual contra persona menor de edad en su modalidad agravada, correspondiendo el último de ellos a la recalificación de los hechos descritos en el acápite 21 de la acusación, imputado por el Ministerio Público como constitutivo de un delito violación calificada en grado de tentativa. Si bien el fallo contiene la mención de los razonamientos que llevaron al tribunal a considerar como típicos de dos delitos de corrupción agravada varios de los hechos tenidos por acreditados, la lectura de la sentencia permite establecer con claridad la existencia de una fundamentación contradictoria sobre estos extremos: luego de tener por acreditada la existencia de 16 eventos de corrupción agravada descritos en los acápites 6 y 7 de la relación de hechos probados, el juzgador afirmó a continuación que eran 3 y no 16 los eventos de esta naturaleza cometidos por el encartado (Considerando A), afirmación que ni siquiera coincide con la declaratoria de culpabilidad realizada más adelante en el fallo (“...Se trata de un suceso ocurrido en perjuicio de una persona menor de edad de nombre [Nombre 007], quien nació en fecha 10 de agosto del año dos mil diez, y para el momento en que se dan los hechos acusados, la niña contaba con doce años de edad. Así lo refirió de entrada al momento de iniciar su declaración la persona menor de edad ofendida [Nombre 007]. La señora [Nombre 004], quien es madre de la menor [Nombre 007], mantuvo una relación de convivencia con el acusado [Nombre 003], desde el año 2017 y hasta el mes de junio de 2023. Así lo refirió en juicio tanto la víctima menor de edad como la madre de la misma, sea doña Angie.

Entre el año 2022 al año 2023, [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 12 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, en al menos dos ocasiones, abusó sexualmente de la menor, y realizó actos sexuales de manera abusiva, al desnudarla, para de seguido tocar sus pechos, vagina y glúteos, actos sexuales que realizó con fines libidinosos. De esta manera en forma concreta en el año 2022, sin precisar una fecha exacta, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], en la habitación principal, valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 12 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, abusó sexualmente de la niña y realizó actos sexuales de manera abusiva, al tocar sus pechos, vagina y glúteos, actos sexuales que realizó con fines libidinosos. Así mismo, en el año 2022, sin precisar una fecha exacta, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], específicamente en la habitación del medio, en donde dormía la abuela de la menor; valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 12 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, abusó sexualmente de la niña y realizó actos sexuales de manera abusiva, al tocar sus pechos, vagina y glúteos, actos sexuales que realizó con fines libidinosos. Posteriormente sin precisar fecha exacta, pero entre los años 2022 a 2023, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con 12 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, en al menos dos ocasiones, mientras abusaba sexualmente a la menor, al tocar sus pechos, vagina y glúteos, aprovechando el imputado que la niña lo estaba observando, se desnudó y con su pene expuesto, procedió a masturbarse hasta eyacular sobre el cuerpo de la menor, actos sexuales, totalmente prematuros para la menor ofendida por su corta edad de inocencia. De manera concreta en el año 2022, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...], específicamente en la habitación principal de la vivienda, específicamente en la habitación principal, valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida

[Nombre 007] (quien para este momento contaba con 12 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, mientras abusaba sexualmente a la menor, al tocar sus pechos, vagina y glúteos, aprovechando el imputado que la niña lo estaba observando, se desnudó y con su pene expuesto, procedió a masturbarse hasta eyacular sobre el cuerpo de la menor, actos sexuales, totalmente prematuros para la menor ofendida por su corta edad e inocencia. Sin precisar una fecha exacta, pero desde el mes de mayo del año 2022 y hasta el 06 de junio de 2023, el acusado [Nombre 003], encontrándose en su casa de habitación ubicada en [...]; valiéndose de la relación de confianza con la menor ofendida [Nombre 007] (quien para este momento contaba con entre 11 y 12 años), ya que es el padrastro, y convivía con la madre de la niña, y aprovechándose de la condición de vulnerabilidad de esta por la minoridad de edad, en al menos una ocasión, intentó introducir su pene en la vagina de la menor, lo cual le causó dolor. La anterior constituye la hipótesis fáctica acusada por el Ministerio Público y es el suceso historio vivencial que el tribunal considera se debe tener por acreditado, toda vez que la prueba permite su reconstrucción certera”). Los yerros descritos, poseen un carácter esencial en el fallo, tornando omiso y confuso lo resuelto en él sobre estos extremos, circunstancia que obliga a declarar la INEFICACIA parcial de la sentencia recurrida respecto de la condena del imputado [Nombre 003] como autor responsable de TRES DELITOS DE ABUSO SEXUAL CONTRA PERSONA MENOR DE EDAD EN SU MODALIDAD AGRAVADA y DOS

DELITOS DE CORRUPCIÓN AGRAVADA EN CONCURSO MATERIAL, y a ordenar el REENVÍO ante el tribunal de juicio para nueva sustanciación sobre los hechos descritos en los acápites 6, 7, 13, 14, 16, 17, 18 y 21 de la acusación formulada por el Ministerio Público.

VI. Sobre el recurso interpuesto por el Ministerio Público. Como primer motivo, se alega inconformidad con la valoración de la prueba y errónea aplicación del principio de in dubio pro reo. POR MAYORÍA CONFORMADA POR LAS PERSONAS JUZGADORAS MARIANELA CORRALES PAMPILLO Y GUSTAVO GILLEN BERMÚDEZ, EL MOTIVO SE DECLARA CON LUGAR. A fin de resolver el primer motivo de inconformidad del Ministerio Público, deben traerse a colación los compromisos internacionales que el país ha adquirido, en relación con la protección de la niñez, la erradicación y juzgamiento de la violencia contra niñas, niños y adolescentes, en particular la violencia sexual, que contempla una serie de actividades y conductas, como los abusos sexuales, violaciones, tráfico, explotación sexual, corrupción, entre otras, conductas todas que violentan el derecho humano de toda persona menor de edad de vivir libre de violencia, de desarrollarse integralmente y que su interés superior sea el punto de partida de toda decisión que lo involucre. En primer término, debe tenerse presente que la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 34, que: “Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Parte 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; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”. Con esta norma se reconoce el derecho de toda niña, niño y adolescente a ser protegido de la explotación y abuso sexual, incluyendo su utilización en prácticas sexuales con fines de reproducción gráfica y audiovisual. Esta Convención que fue ratificada por Costa Rica, tiene además protocolos, como lo es 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, el cual fue aprobado por la ley número 8172. En este protocolo se indica en forma expresa el deber del país en llegar a acuerdos bilaterales de cooperación para la prevención, detección y juzgamiento de violencia contra niñas, niños y adolescentes relacionada con el tráfico y explotación sexual. Señala este protocolo en sus artículos 10 y 11 lo siguiente: “Artículo 10.- 1.- Los Estados Partes adoptaran todas las medidas necesarias para fortalecer la cooperación internacional mediante acuerdos multilaterales, regionales y bilaterales, para la prevención, la detección, la investigación, el enjuiciamiento y el castigo de los responsables de actos de venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía o

el turismo sexual. Los Estados Partes promoverán también la cooperación internacional y la coordinación entre sus autoridades y las organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, así como las organizaciones internacionales. 2.- Los Estados Partes promoverán la cooperación internacional en ayuda de los niños víctimas a los fines de su recuperación física y psicológica, reintegración social y repatriación. 3.- Los Estados Partes promoverán el fortalecimiento de la cooperación internacional con miras a luchar contra los factores fundamentales, como la pobreza y el subdesarrollo, que contribuyen a la vulnerabilidad de los niños a las prácticas de venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía o en el turismo sexual. 4.- Los Estados Partes que estén en condiciones de hacerlo proporcionaran asistencia financiera, técnica o de otra índole, por conducto de los programas existentes en el plano multilateral, regional o bilateral o de otros programas. Artículo 11.- Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo se entenderá en perjuicio de cualquier disposición mas propicia a la realización de los derechos del niño que este contenida en: a) La legislación de un Estado Parte; b) El derecho internacional en vigor con respecto a ese Estado”. Lo anterior permite afirmar, que como Estado, Costa Rica ha asumido una serie de obligaciones en relación con la niñez, siendo una de ellas, la de prohibir y juzgar aquellas conductas que impliquen, tal cual lo indica el artículo 2 del protocolo indicado “toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”. Adicionalmente, el país no solo suscribió, sino que hizo parte de su ordenamiento jurídico interno, la Convenio de Europa sobre Ciberdelincuencia, así como el segundo protocolo adicional a este convenio, relativo a la cooperación reforzada y la revelación de pruebas electrónicas (adhesión de Costa Rica en agosto de 2022).

El Convenio sobre la Ciberdelincuencia conocido como el "Convenio de Budapest", es considerado el conjunto normativo de carácter internacional más completo, teórica e instrumentalmente para hacer frente al ciberdelito y regular la evidencia electrónica. Tiene como virtud no solo ser un referente y guía normativa, sino que establece un marco para la cooperación internacional entre los Estados Parte de este tratado. Este Convenio, que como se indicó, forma parte del ordenamiento jurídico interno, puesto que por la ley 9452 se aprobó la adhesión a éste, prevé: (i) la criminalización de la conducta, que va desde el acceso ilícito, ataques a la integridad del sistema y de los datos hasta el fraude informático y los delitos relacionados con la pornografía infantil; (ii) herramientas de derecho procesal para hacer más efectiva la investigación relacionada con ciberdelitos y la obtención de evidencias electrónicas; y (iii) una cooperación internacional más ágil y eficiente. Indicándose en su preámbulo, que la lucha efectiva contra la ciberdelincuencia, requiere una cooperación internacional penal reforzada, rápida y operativa. Este convenio establece en el artículo 1. Definiciones, la diferenciación entre sistema informático (inciso a), datos informáticos (inciso b), datos proveedor de servicios (inciso c) y datos sobre el tráfico (inciso d). Establece este convenio que, en razón de la necesidad de la agilidad en la cooperación no solo se seguirá el procedimiento establecido, sino que se acudirá a procedimientos expeditos que, siendo acordes con el derecho internacional de los derechos humanos, faciliten la investigación y juzgamiento de los delitos que el convenio establece, siendo parte de ellos el abuso sexual infantil y lo que el convenio denomina pornografía infantil.

El artículo 26 del Convenio establece cómo existirá entre los Estados parte, la posibilidad de comunicar información sin necesidad de petición previa en el caso de información espontánea, indicando lo siguiente: “Artículo 26. Información espontánea. 1. Dentro de los límites de su derecho interno y sin petición previa, una Parte podrá comunicar a otra Parte información obtenida en el marco de sus propias investigaciones cuando considere que la revelación de dicha información podrá ayudar a la parte receptora a iniciar o llevar a cabo investigaciones o procedimientos en relación con delitos previstos en el presente Convenio, o podría dar lugar a una petición de cooperación de dicha Parte en virtud del presente capítulo. 2. Antes de comunicar dicha información, la Parte que la comunique podrá solicitar que se preserve su confidencialidad o que se utilice con sujeción a determinadas condiciones. Si la Parte receptora no puede atender esa solicitud, informará de ello a la otra Parte, que deberá entonces determinar si a pesar de ello, debe facilitarse la información o no. Si la Parte destinataria acepta la información en las condiciones establecidas, quedará

vinculada por las mismas”. Adicionalmente, se regula el acceso transfronterizo a datos almacenados, con consentimiento o almacenados a disposición del público, indicando el artículo 32 “Artículo 32.-Acceso transfronterizo a datos almacenados, con consentimiento o cuando estén a disposición del público. Una Parte podrá, sin la autorización de otra Parte: a. tener acceso a datos informáticos almacenados que se encuentren a disposición del público (fuente abierta), con independencia de la ubicación geográfica de dichos datos; o b. tener acceso o recibir, a través de un sistema informático situado en su territorio, datos informáticos almacenados situados en otra Parte, si la Parte obtiene el consentimiento lícito y voluntario de la persona legalmente autorizada para revelar los datos a la Parte por medio de ese sistema informático”. Este convenio además, regula lo que denomina la red 24/7, que establece la posibilidad de puntos de contacto permanentes que permitan la prestación de ayuda inmediata para los fines de investigación de los delitos regulados por el convenio, dentro de los cuales se encuentra según el artículo 9.2 la “pornografía infantil” y la define como “todo material pornográfico que contenga la representación visual de

- a) un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito
- b) una persona que parezca un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;
- c) imágenes realistas que representen a un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito”.

El artículo 35 señala “Artículo 35 - Red 24/7. 1. Cada Parte designará un punto de contacto disponible las veinticuatro horas del día, siete días a la semana, con objeto de garantizar la prestación de ayuda inmediata para los fines de las investigaciones o procedimientos relacionados con delitos vinculados a sistemas y datos informáticos, o para la obtención de pruebas electrónicas de un delito. Dicha asistencia incluirá los actos tendentes a facilitar las siguientes medidas o su adopción directa, cuando lo permitan la legislación y la práctica internas:

- a. el asesoramiento técnico;
- b. la conservación de datos en aplicación de los artículos 29 y 30; c. la obtención de pruebas, el suministro de información jurídica y la localización de sospechosos

. 2. a. El punto de contacto de una Parte estará capacitado para mantener comunicaciones con el punto de contacto de otra Parte con carácter urgente. b. Si el punto de contacto designado por una Parte no depende de la autoridad o de las autoridades de dicha Parte responsables de la asistencia mutua internacional o de la extradición, el punto de contacto velará por garantizar la coordinación con dicha autoridad o autoridades con carácter urgente. 3. Cada Parte garantizará la disponibilidad de personal debidamente formado y equipado con objeto de facilitar el funcionamiento de la red. Resulta relevante hacer ver que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4 de la ley número 9452, que aprobó la adhesión al convenio en cuestión, Costa Rica designó como punto de contacto para garantizar la prestación de ayuda inmediata para las investigaciones o los procedimientos con delitos vinculados a sistemas y datos informáticos o para la obtención de pruebas, al Poder Judicial. A partir de lo expuesto, existe normativa internacional debidamente incorporada al derecho interno, que establece una serie de mecanismos que agilizan, desformalizan y garantizan la cooperación internacional para la investigación de ciberdelitos, entre ellos, la violencia sexual contra personas menores de edad reflejada en imágenes y videos facilitados por la internet. A partir de lo anterior, resulta indispensable comprender la naturaleza de una organización como NCMEC, la línea de comunicación y cooperación con nuestro país, las obligaciones de los proveedores de los servicios informáticos en Estados Unidos, los acuerdos y cláusulas de confidencialidad asociadas al servicio y las facultades de investigación y comunicación de datos de contenido, a partir de los consentimientos informados que hacen los suscriptores de dichos servicios. Tal cual fue expuesto en el debate y en el recurso que aquí nos ocupa, el Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados (NCMEC por sus siglas en lengua inglesa), es una organización sin fines de lucro que opera bajo la autoridad del Congreso de los Estados Unidos, regulada mediante Ley Federal 18 U.S.C. denominada

Explotación Sexual y otros Abusos a Niños, que obliga a que en dicho país cualquier Proveedor de Servicio de Internet debe registrarse ante el sistema CyberTipline y denunciar a la organización NCMEC los casos relacionados con material de abuso sexual infantil que descubran en sus servicios y plataformas internas.

Esto implica que, cada una de estas empresas, debe crear los mecanismos adecuados para monitorear contenido, lo cual es advertido y consentido por los usuarios suscriptores, de ahí que, detectada la presencia de contenido o material de abuso sexual infantil, debe ser reportado y denunciado. En razón de lo expuesto, una vez ingresada dicha información a NCMEC, esta es analizada por los especialistas y estos dentro de las facultades conferidas por la ley antes indicada, examinan y evalúan el contenido informado, con el fin de poder determinar la ubicación geográfica donde ocurre la aparente acción delictiva y con base en ello, elaboran el respectivo reporte o denuncia, el cual en virtud de los acuerdos de cooperación internacional en relación con la lucha contra el abuso y explotación sexual infantil, ponen a disposición de las autoridades de cada país a través de su “plataforma de administración de casos de NCMEC”, esto con el fin de alertar a las autoridades del país, y para que dicho reporte, que tiene la naturaleza de ser una noticia criminis, sea revisado y descargado a su vez por las instancias policiales y/o judiciales en ese país según se haya definido, y así proceder con la investigación correspondiente por las autoridades competentes. En Costa Rica, es el Poder Judicial la agencia estatal que debe atender estas denuncias, siendo competencia exclusiva de la Unidad de Cibercrimen del Organismo de Investigación Judicial. Es importante hacer ver como lo señala el informe número RCI 279-SEC2-2023 visible del folio 1 50 del legajo principal, y lo hizo ver la representación del Ministerio Público en su recurso, que la CyberTipline del NCMEC es un sistema centralizado en los Estados Unidos de Norte América para denunciar casos de abuso y explotación sexual infantil en línea. Los proveedores de servicios electrónicos deben denunciar las sospechas de actividad en línea que sugiera contacto con niños con fines sexuales, abuso sexual infantil; tráfico de material de contenido sexual infantil, (tipificado en nuestro país como pornografía infantil), turismo sexual infantil, tráfico sexual infantil, envío de materiales obscenos no solicitados a niños, nombres de dominio engañosos y palabras o imágenes digitales engañosas en Internet, y es a partir de la información que las proveedoras brindan, que NCMEC realiza el reporte y lo dirige al país de donde surja la alerta, a la mayor brevedad, con el fin de proteger a las personas menores de edad víctimas, sin que sea necesario iniciar los procedimientos consulares y formales de cooperación internacional, puesto que claramente surge como una información espontánea que debe ser denunciada o puesta en conocimiento de las fuerzas del orden del país de origen de la alerta. Debe tenerse presente, que en lo que respecta a operadoras de servicios en línea o informáticos, como lo puede ser Google, Meta, Facebook, entre otras, de conformidad con la ley federal de Estados Unidos de Norte América, número 18 U.S.C. § 2258^a, antes indicada, deben denunciar las presuntas infracciones de “pornografía infantil”, tráfico sexual infantil e incitación en línea a menores para actividades sexuales a la Línea de Información Cibernética del NCMEC tan pronto como sea razonablemente posible tras tener conocimiento efectivo de la infracción, y esto como se indicó, se logra a través de herramientas y algoritmos que cada una de estas empresas tiene para detectar el contenido, lo cual pueden hacer precisamente por los contratos y cláusulas de confidencialidad firmados por los usuarios de las plataformas, redes sociales o proveedores de servicios, como bien se expone en el informe número RCI 279-SEC2- 2023, cláusulas que si bien son de adhesión, son aceptadas al convertirse en cliente o usuario, y que contienen la información y aceptación expresa acerca de la prohibición de almacenar, producir, transmitir o poseer contenido con imágenes, videos y otros, relacionados con abuso y/o explotación sexual a niñas niños o adolescentes, y que de ser así, la empresa interceptará el material, lo pondrá en conocimiento de las autoridades policiales y cancelará la cuenta. La Ley de Revisión de los Procedimientos Existentes para la Denuncia mediante Tecnología (la “Ley REPORT”), promulgada en mayo de 2024 en Estados Unidos, añadió nuevos mandatos de denuncia para la trata de personas con fines sexuales infantiles y la incitación en línea, y amplió el requisito legal para que las empresas proveedoras de servicios conserven el contenido denunciado a la Línea de Información Cibernética del NCMEC de 90 días a un año.

Este período de retención extendido proporciona a las fuerzas del orden tiempo adicional para investigar los casos y permite a las empresas, que desarrollan herramientas para detectar mejor el material de abuso sexual infantil (MASI) conservar el contenido durante períodos más prolongados. Es importante reiterar la información que se hizo ver a lo largo del procedimiento, en relación con la notitia criminis, que cada denuncia de la Línea de Información Cibernética consta de cuatro secciones. La Sección A incluye toda la información proporcionada a la Línea de Información Cibernética por el empresa proveedora del servicio cibernético original o un miembro del público, en su totalidad y tal como se presentó. El NCMEC no puede editar, reformatear ni modificar la información proporcionada en la Sección A una vez presentada. La Sección B enumera los servicios automatizados que opera el NCMEC, incluyendo consultas al sistema público sobre datos específicos, como direcciones IP. La Sección C incluye cualquier análisis realizado por el personal del NCMEC, incluyendo la información de la revisión de archivos, la categorización del informe y las búsquedas en fuentes abiertas. La Sección D incluye información relacionada con la agencia del orden público a la que se puso a disposición el informe de CyberTipline. Tal cual o explicó la representación del Ministerio Público en el recurso y en el debate, cuando el NCMEC determina una posible ubicación geográfica relacionada con el informe de CyberTipline, como ocurrió en el presente caso, éste se pone a disposición de la agencia del orden público en dicha ubicación geográfica para su revisión independiente y valoración acerca de la posible investigación, debiendo indicarse en forma expresa en el informe que se indica en la sección D del informe CyberTipline. Debe comprenderse que, de conformidad al espíritu de la regulación internacional en relación con evidencia digital en casos de violencia sexual contra niños, NCMEC está facultada y obligada por ley a compartir la información con las diferentes fuerzas del orden según la locación geográfica de la alerta, con una agencia extrajera de aplicación de la ley que tenga relación con Interpol y que participe en la investigación de los delitos de explotación sexual infantil, secuestro o incitación, proporcionando información a diferentes países del punto a partir de informes de CyberTipline, siendo Costa Rica uno de ellos. Desde el año 2020, la sección de Cibercrimen del Organismo de Investigación Judicial fue formada para acceder a los informes de CyberTipline, cumpliendo con los estándares de seguridad para ello, sin que sea necesario activar los procedimientos de cooperación internacional, puesto que se trata de reportes de actividad delictiva relacionada con personas menores de edad, víctimas de abuso y explotación sexual, que se pone en conocimiento de las autoridades costarricenses para que se inicie la investigación. En el caso concreto, lleva razón la representante del Ministerio Público acerca del error en el cual incurrió el tribunal de juicio al analizar la validez del reporte enviado por NCMEC. Como noticia criminis, y de conformidad con la ley del federal de los Estados Unidos, la obligación de NCMEC era informar a las autoridades costarricenses para que decidieran si se iniciaba o no una investigación. La información enviada fue el punto de partida lo cual implicaría trabajo de investigación y dirección funcional del Ministerio Público. Debe recordarse que, en relación a información digital que según el Convenio de Budapest pueden traerse del extranjero, y que se pueden compartir en razón de los delitos a los cuales hace referencia, como se indicó supra, son datos de tráfico, datos de contenido y datos de suscriptor. Los datos de tráfico implican datos de destino y no se accede a su contenido. Los datos básicos de suscriptor en materia penal es una excepción a la autodeterminación informativa. El artículo 24 de la Constitución Política en relación con los datos de contenido, brinda un fuero que solo se derrumba con orden jurisdiccional. El artículo 24 constitucional señala: “ARTÍCULO 24.- Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

Igualmente, la ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta

potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial.

La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus nexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos.

Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los Diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión.

No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación”. (Así reformado por Ley No.7607 de 29 de mayo de 1996) La información de contenido, como pueden ser imágenes, videos entre otras, en principio para ser obtenida, debería contar con orden judicial, sin embargo, esto debe analizarse frente a las políticas de privacidad de las plataformas informáticas y redes sociales, así como a las cláusulas de privacidad sobre cierta información que imponen las empresas, en relación con material de contenido sexual con personas menores de edad. El tema de la política de privacidad que operan en las plataformas digitales, fue analizado por la Sala de Casación Penal en la resolución 2020-1636 de las dieciocho horas del veintisiete de noviembre de dos mil veinte, en la cual se indicó: “ a) Sobre la prueba relacionada con la extracción y secuestro de un video de Facebook y la legalidad de la misma: Sostiene el peticionario que en el caso en examen fueron utilizados para sustentar su condenatoria archivos, como videos y documentos privados obtenidos de la red social Facebook, de los que para su obtención no fueron seguidos los procedimientos legales correspondientes. Para entender la privacidad o no, de los documentos o archivos de dicha red social, está Sala debe abocarse al estudio de dichos temas a partir de las políticas de privacidad que operan a esa plataforma digital cuando se produce la extracción del video por los funcionarios del Organismo de Investigación Judicial de San José, encargados de la diligencia. El artículo “La Impersonalidad aceptada del discurso en Facebook: El estatus más común entre los jóvenes”, del autor Manuel Ayala Palomino publicado en la revista científica Fonseca, Journal of Communication de la Universidad de Salamanca, n.6 (Junio de 2013), pp. 26-51, pese a que principalmente examina dicha red social desde el punto de vista de la impersonalidad en la socialización y búsqueda de status entre jóvenes, también refiere al concepto mismo de Facebook y de sus fines, los que servirán para entender el reclamo que se conoce. Para el autor de cita: “... Dentro de las temáticas más interesantes sobre la utilización del Facebook está la relacionada con las interacciones que se dan entre el usuario y la interfaz, así como entre las propias personas; la comunicación entre los usuarios a través de esta Red ha establecido una nueva forma de socializar en forma impersonal, así como crear y utilizar nuevos códigos de relaciones interpersonales delineados por las herramientas que ofrece. De entrada existe la conceptualización de que esta Red social es una forma de comunicación informal en la que se comparten ideas en común, intereses, gustos, opiniones, acuerdos, desacuerdos, noticias, vídeos, creando un nuevo espacio comunicacional interactivo (Van Dijck, 2011); a pesar de esa aparente informalidad, la comunicación entre los usuarios está integrada por una serie de normas implícitas, valores comunes, formas de comportamiento, variantes discursivas, y códigos de respeto, que se hacen ver la como una interacción compleja, y por lo tanto analizable...” (<https://revistas.usal.es/index.php/2172-9077/article/view/12082/12430>). La aproximación anterior, coincide plenamente con la finalidad que la misma compañía en su página web promociona, cuando indica: “ ¿Qué es un perfil público? También usamos una parte de tu perfil , que se denomina "perfil público", para ayudarte a conectarte con amigos y familiares. El perfil público incluye tu nombre, sexo, nombre de usuario e identificador de usuario (número de cuenta), foto del perfil , foto de portada y redes.

8.". El resaltado pertenece al original, el subrayado es nuestro). Es decir, se trata de perfiles o muros que las personas crean, con los que interactúan a diferentes ámbitos: familiares, laborales, comerciales, entre otros, en los que la excepción por razones de seguridad y conveniencia del usuario es la privacidad de la información, de frente a la generalidad a la que apuesta la publicidad de la misma. Ambas definiciones llevan a afirmar que la información de perfiles sin restricciones de seguridad, puede ser accesada por cualquier personal, incluyendo aquellos funcionarios que en razón de su cargo, se encuentran realizando diligencias con motivo de una investigación criminal, siendo que a contrario sensu , la información que se encuentra resguardada por el usuario como privada dentro de un perfil determinado, si debe ser accesada bajo los supuestos de la Ley No.7425 de 09 de agosto de 1994, o Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, que en su artículo 1, define el documento privado a: "...la correspondencia epistolar, por fax, télex, telemática o cualquier otro medio; los videos, los casetes, las cintas magnetofónicas, los discos, los disquetes, los escritos, los libros, los memoriales, los registros, los planos, los dibujos, los cuadros, las radiografías, las fotografías y cualquier otra forma de registrar información de carácter privado, utilizados con carácter representativo o declarativo, para ilustrar o comprobar algo..."(El subrayado no pertenece al original). La autorización jurisdiccional para fines de la mencionada ley, implica que por el resguardo a información confidencial de los ciudadanos, un Juez de la República, debe analizar la gestión del ente fiscal, con el fin de determinar su necesidad y proporcionalidad de frente a la investigación de una conducta delictiva, es decir, para que tan grave medida pueda ser decretada, debe comprobarse que la información es de carácter privado, siendo que tal cosa, no ocurre cuando se trata de información, como en este caso, que puede ser accesada por terceros con facilidad. En el caso concreto, aunque el recurrente refiere que la información extraída de la red social Facebook era de carácter privado y por tanto necesitaba ser autorizada por un Juez de la República, omite indicar cuál fue la actuación policial que infringió el derecho a la intimidad que le asiste, dado que de la misma constancia que cita de folio 42 del tomo I del expediente, es clara en señalar que los oficiales [Nombre 008] y [Nombre 009], encargados de la diligencia, fueron cuidadosos al momento de extraer el video que posteriormente es utilizados en el proceso como parte de los elementos probatorios que se consideraron para encontrar a ambos imputados autores responsables de los delitos atribuidos. Así en el "ACTA DE EXTRACCIÓN DE INFORMACIÓN DE RED SOCIAL" se lee: "... se procede a realizar respaldo de un video relacionado con el sospechoso [Nombre 010](sic), el mismo extraído de la red social Facebook , donde se ingresó el nombre completo del mismo en los criterios de búsqueda de Facebook, constatando que el imputado cuenta con un perfil público donde aparece con el nombre de [Nombre 011] en la dirección electrónica, dicho video fue respaldado digitalmente en un disco compacto..."(Confrontar folio 42 del expediente). La validez jurídica del video que extrajeron los funcionarios del Organismo de Investigación Judicial en el caso de marras, resulta inquebrantable, toda vez que el perfil del imputado no solo era público, es decir, podía ser consultado por cualquier persona dentro y fuera de la mencionada red sino que la información extraída de ese muro, también presentaba esa misma característica. A esa misma conclusión, arriba el ad quem en el fallo 2020-1586 incoado, pues a partir del folio 721 del expediente, en el acápite III de la sentencia, a propósito de la apelación interpuesta por los codefensores privados del imputado [Nombre 012] que discutían en el mismo sentido, lo plasmado en este alegato, con respecto a la discrepancia defensiva en cuanto a la autorización jurisdiccional para extraer un vídeo de la red social Facebook con motivo de una investigación policial, los Jueces de Segunda Instancia reconocieron el innecesario permiso jurisdiccional que extraña el petente para acceder a datos de dicha red por tratarse de documentos públicos, cuando señalaron: "...En este momento del análisis es importante hacer ver que, respecto al análisis del contenido de los videos extraídos de las cámaras de seguridad del condominio, de la vía pública o de un perfil de una red social mostrado en forma pública no se requiere autorización jurisdiccional alguna, ya que esta, conforme lo indican los numerales 1 y 9 de la Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones No. 7425 y sus reformas, ese trámite procede respecto a conversaciones o documentos privados que, a su vez, tutelan el derecho a la intimidad desarrollado tanto convencionalmente como en el numeral 24 de la Carta Magna. Sin embargo, ninguna información privada hay que tutelar cuando se está

ante sitios públicos o esta se muestra en forma abierta, pues, sin soslayar el tema de que puedan seguir estando involucrados derechos de la personalidad, su titular implícitamente otorga el permiso para su uso, dada la publicidad del sitio o de su forma de exposición...” (Confrontar folio 727 frente del expediente. El resaltado no corresponde al original)”. Google tiene políticas de privacidad que el imputado aceptó al suscribirse y utilizar la plataforma. En ella se expresa que Google tiene una política de tolerancia cero respecto a imágenes de contenido que describan abuso sexual infantil, con lo cual se informa que en caso de que se identifique la publicación o distribución de contenido de este tipo, se suspenderá al usuario y se informará de ello a las autoridades pertinentes.

Lo anterior permite tener certeza que, al haberse hecho usuario de Google y su plataforma (correo electrónico, Google drive, Google photos) aceptó que no existía autorización de archivos con contenido de violencia sexual contra personas menores de edad, que Google cuenta con mecanismos de revisión del contenido digital y que si se detecta este tipo de contenido se informaría a las fuerzas del orden, lo cual implica que hubo consentimiento del imputado y aceptación de revisión de su información.

Esto implica que, para acceder a la información de contenido en relación con violencia sexual infantil, no se requiere de la autorización de autoridad jurisdiccional, siendo una clara excepción al derecho a la información privada, puesto que la autorización de acceso a la información y traslado a las autoridades, sólo se refiere a este tipo de contenido y no a otro. En el caso de evidencia digital, debe acudirse a los mecanismos de asistencia penal internacional, sin embargo, tratándose de violencia sexual contra niñas niños o adolescentes, el proceder según se describió, es diferente. NCMEC sigue la normativa interna de carácter federal, es información espontánea que fue recabada según las reglas establecidas, lo cual implica que no hubo violación alguna al principio de legalidad, cumpliendo con el principio de derecho internacional que establece que se deben seguir las reglas del país requirente para tener por correcto el procedimiento en cada Estado, lo cual además según el Convenio de Budapest, supone además darle valor. Debe tenerse presente que el informe remitido a las autoridades judiciales costarricense es información recabada en el extranjero de forma espontánea, que constituye una noticia del delito que debe ser verificada. Era el punto de inicio de la investigación, que requería validar la alerta y su prioridad, localizar el servidor, individualizar los datos de tráfico y suscriptor y con ello, fue posible investigar y relacionar la investigación con el perfil, que a su vez permitió confirmarla y operativizarla, hasta llegar a solicitar y realizar la diligencia de allanamiento que permitió el decomiso de múltiple evidencia. No existe ninguna violación al debido proceso ni a derechos fundamentales del imputado en la forma en la cual inició la investigación. Como se ha indicado en forma reiterada, la actuación de NCMEC fue conforme a derecho, no solo en relación al ordenamiento interno de los Estados Unidos de América, sino que, en acorde a lo establecido por el Convenio de Budapest, siendo incorrectas las conclusiones relacionadas con la validez de esta información, a la que llegó el tribunal de juicio. En este asunto debió analizarse en forma integral el ordenamiento jurídico que regula delitos como el de corrupción, abuso sexual de personas menores de edad, pornografía sexual infantil, comprendiendo la naturaleza de delitos que no se limitan a lo local, precisamente porque las tecnologías, potencializadas por el uso de internet han facilitado delitos que, si bien no son informáticos o cibernéticos, sí se aprovechan de estos para su realización y difusión. La naturaleza de la evidencia digital y de los delitos facilitados por la tecnología, no se limitan a lo local ni a las fronteras nacionales, precisamente porque la tecnología lo permite, siendo por ello que se requiere de la cooperación entre Estados, de agilizar la socialización de la información, y eliminar las barreras que impidan atender en tiempo real situaciones abusivas y contrarias a derechos humanos de personas menores de edad. Aquí resulta relevante, lo ya indicado acerca del principio de no indagación. Según este, los Estados y sus autoridades judiciales o gubernativas, no pueden entrometerse en la legitimidad de la regulación normativa de otros países, ni cuestionar a partir del ordenamiento interno, sus investigaciones, siempre que se ajusten a estándares mínimos compartidos, aunque haya diferencias en la solución o alternativas. En modo alguno esto puede implicar que se flexibiliza el ordenamiento interno y se relativizan los derechos fundamentales.

Las violaciones flagrantes de derechos humanos no pueden ser toleradas en un Estado democrático de derecho, no pueden surtir efectos jurídicos y no pueden estar justificadas en la persecución de conductas violadoras de derechos fundamentales de terceros o la legalidad en el país de origen. Pero en aspectos procesales, las legislaciones por muy compatibles que sean pueden variar en la forma de ejecutar algunas de las diligencias, sin que implique que por no ser igual a nuestra forma de proceder son incorrectas, lo cual no es otra cosa que validar una suerte de colonialismo, que pretendería imponer las soluciones adoptadas por nuestro legislador a otros países, como si las formas propias son las únicas correctas, lo cual haría difícil y compleja la cooperación internacional. Claramente el secreto de las comunicaciones y la privacidad de la información resulta ser un derecho fundamental que requiere autorización judicial para su levantamiento, sin embargo, debe analizarse que surgen otras circunstancias y cuestiones de decisión cuando se toma en cuenta derechos como la autodeterminación informativa y el derecho al entorno virtual, que marca formas diversas de interacción, investigación y juzgamiento precisamente por lo indicado antes, su permeabilidad fronteriza. Este principio, nos hace ver que un Estado no está legitimado para exigirle a la comunidad internacional o a otro Estado particular que ajusten sus actuaciones a la legislación propia, cuando es posible, que el respeto a derechos fundamentales pueda darse de diferentes formas.

El Tribunal de juicio parece pretender que, en Estados Unidos, se aplique por fuerza las reglas de la asistencia internacional, pese a que su normativa interna faculta a la organización NCMEC proceder con el reporte y notificación al país de donde surja la alerta, sin que intervenga para ello autoridad jurisdiccional. Para invalidar actuaciones procedentes de otro país, haría falta algo más que lanzar una pura suposición acerca de la necesidad de la asistencia penal internacional, o de una autorización jurisdiccional para tener acceso a la información de contenido. Como se explicó, en la normativa interna para los usuarios de Google del cual es suscriptor el imputado, que se discutió en el debate y que la representante del Ministerio Público menciona en su recurso, se indica con claridad que su política de confidencialidad se excepciona, ante datos que contengan imágenes de abuso y/o explotación sexual infantil, y que la empresa operadora de servicios debe facilitar los datos a las autoridades encargadas del cumplimiento de la ley, de acuerdo con la ley federal estadounidense de almacenamiento de datos ("Stored Communications Act", SCA), 18 USC, secciones 2701-2712. No hay vulneración alguna a los derechos del imputado en la obtención de la información que contiene el reporte en relación con el correo electrónico [...], no se vulneró su derecho a la privacidad de su información y comunicaciones, ni se violentó el debido proceso en la obtención de la evidencia que conformaba la alerta que inició este proceso, por no haberse realizado mediante el mecanismo de asistencia penal internacional ni por no haber intervenido autoridad jurisdiccional para su obtención. En atención a lo anterior se revoca lo resuelto en relación a la declaración de espuria del informe generado por NCMEC y de la información a partir de la cual la Sección de Cibercrimen del Organismo de Investigación Judicial realizó las diligencias necesarias para la individualización del usuario de la cuenta citada. Se dispone la ineficacia de lo resuelto en relación con la absolutoria al imputado por dos delitos de violación calificada, un delito de abuso sexual contra persona menor de edad en su modalidad agravada, un delito de corrupción agravada, cinco delitos de fabricación de pornografía, siete delitos de tenencia de material pornográfico y un delito de pseudo pornografía. Se ordena el reenvío al tribunal penal de origen a fin de que, atendiendo lo expuesto en esta resolución, y con la participación de otras personas juzgadoras, se proceda con una nueva sustanciación conforme a derecho.

EL JUEZ QUIRÓS PEREIRA SALVA EL VOTO. El motivo debe ser rechazado por las razones que se procede a exponer. Al fundar la absolutoria dictada en favor del imputado por cinco delitos de fabricación de pornografía, siete delitos de tenencia de material pornográfico y un delito de pseudo pornografía (Considerando I), el a quo señaló que la prueba ofrecida por parte del Ministerio Público para acreditar tales hechos fue obtenida en forma ilegítima, no hallándose amparada por ninguno de los tratados de asistencia judicial internacional suscritos por nuestro país, y ser esta producto de una intromisión ilegal en el ámbito de intimidad del imputado, dada la ausencia de una orden jurisdiccional que la respaldara ("...En el expediente principal se encuentran como admitidos para ser valorados en juicio los siguientes informes:

Informe RCI 279-SEC2-2023, de fecha 02 de junio del 2023, elaborado por la Sección especializada contra el Cibercrimen. Folio 1 al 37 del legajo de investigación. Informe Policial RCI 106-I-SEC2-2023, de fecha 29 de mayo del 2023, elaborado por la Sección Especializada contra el Cibercrimen. Folio 38 a 51 del legajo de investigación. Ampliación # 1 del Informe Policial RCI 106-I-SEC2-2023. Folio 94 a 104 del legajo de investigación. Mientras que por su parte en el Legajo de Apertura de Evidencia (extrañamente agregado en este legajo) milita la Ampliación # 1 del Informe 279-SEC2-2023 de fecha 06 de febrero de 2024, contemplable a folios 32 a 53 de dicho legajo. Es importante indicar que en esas piezas documentales no solamente se indica las diligencias de investigación desplegadas para la individualización del aquí imputado; sino también las formas y procedimientos de investigación seguidos para la recolección, el acceso, la imposición y reproducción de la información probatoria con la cual se vincula al mismo con los hechos formalmente atribuidos por el ente ministerial; pero además de ello son la base para la petición, el planteo y ejecución de una solicitud de allanamiento al ente ministerial y plasma las diligencias realizadas a efectos de acreditar la existencia de delitos y sus posibles autores; sea que estos informes son medulares para la investigación por cuanto inclusive en base a los mismos fue que se solicitó y ordenó el allanamiento en la presente causa. Por lo que podemos concluir que la columna vertebral de esta investigación se erige sobre la base de diligencias de investigación realizadas e insertas en dichos informes.

En dichos informes, así como con lo declarado en juicio por los testigos [Nombre 013] y [Nombre 014] y el perito [Nombre 015], se puede reconstruir cuál ha sido el proceso o el camino que se ha seguido para la producción de prueba y la investigación de la noticia criminis; sea, para dar respaldo y fundamento a dichos informes como documentos científico-probatorios del presente caso penal. Sin embargo, en la reconstrucción de ese proceso de investigación y de incorporación de la prueba que se ha logrado reconstruir, el tribunal ha identificado una serie de errores, vicios e ilicitudes, en las formas desplegadas para el acceso a la información probatoria y a su incorporación como evidencia lícita o ilícita dentro del caso de marras, ya que los procedimientos utilizados vulneran el principio de legalidad en forma abrupta; siempre que en el marco de un proceso penal democrático los sujetos o autoridades investigativas, al igual que los fiscales y los jueces; están sujetos a lo que establezca la ley y solo pueden llevar a cabo diligencias autorizadas por ley; así lo señalan tanto el artículo 11 de la Constitución Política de Costa Rica, como el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública. Pero además de adecuar sus actos de manera general a lo que se establece en el ordenamiento jurídico, los funcionarios encargados de una investigación también deben adecuar sus actos a los ritualismos legales y las formas lícitas que se establecen de manera particular para la incorporación de la prueba al proceso dentro de una investigación. Es decir, si bien es cierto existe un principio dentro del proceso penal que se denomina "Principio de Libertad Probatoria" regulado en el artículo 182 del Código Procesal Penal, ...ello no significa que la prueba "quede a la libre"; sea que se pueda acceder a la información por cualquier medio o forma; sino que hace falta que esa forma o medio mediante el cual se accede a la información sea un medio "permitido". Este principio, de la libertad probatoria, tiene dos consecuencias: por un lado, que la libertad probatoria no implica libertad de procedimiento, ya que debe seguirse el procedimiento legalmente establecido, y por otro lado, que la libertad de la prueba implica la obtención de la verdad material, pero bajo el lineamiento, que la admisión de la prueba debe estar supeditada a la forma en que se obtuvo, es decir, esta libertad probatoria tiene límites en las llamadas prohibiciones probatorias para obtener e incorporar prueba al proceso y en la sana crítica racional. ...La Carta Magna declara una serie de derechos fundamentales a favor del imputado; entre ellos, el debido proceso, derecho de defensa, principio de igualdad y de proporcionalidad, presupuestos indispensables bajo los cuales deben regirse los procesos penales y en virtud de los cuales es posible la aplicación de una sanción penal. ...Siendo que la prueba en el sistema acusatorio, implica una mayor libertad en los medios probatorios para la búsqueda de la verdad, como dice Binder, la misma debe ceder ante el principio esencial y básico de la limitación de los medios de prueba en homenaje al concepto de dignidad de la persona y sus derechos fundamentales; esto es la necesidad de imponer criterios de limitación con fines de garantía, que tiene que ver esencialmente con el debido proceso y los derechos fundamentales de los intervinientes y de terceros en el proceso, ya que con el pretexto de obtener la prueba no se pueden

violentar esos derechos. Justamente en ese contexto es que en el sistema acusatorio se han esgrimido ciertas reglas que prohíben que la verdad sea obtenida bajo cualquier medio y por sobre los principios del Estado de Derecho, delimitando así las facultades discrecionales valorativas de los tribunales. Así se protege la libertad de los ciudadanos contra la introducción de verdades sustanciales que resultan arbitrarias e incontrolables. Dicha protección aparece identificada en el proceso penal con las prohibiciones prohibitorias y que es uno de los aspectos relevantes de este caso, toda vez que es lo cierto que en la investigación que nos ocupa, las formas desplegadas para el acceso a la información probatoria y la introducción de esa información al proceso, han vulnerado los derechos y garantías a un Debido Proceso, consagrado en la Constitución Política y la ley procesal penal costarricense por las razones que de seguido se exponen:... Sobre la manera de intercambio de información entre cuerpos policiales y la introducción de prueba al proceso.

A efectos de entender este y los siguientes motivos o argumentos por los cuales se decreta la ilicitud de la prueba en la presente causa, es necesario realizar una introducción a manera de resumen sobre la investigación que se ha seguido en este caso. a) Introducción: Sobre la investigación de la noticia críminis en el presente caso. El Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados (NCMEC), opera bajo la autoridad del Congreso de los Estados Unidos, siendo que mediante Ley Federal 18 U.S.C. denominada Explotación Sexual y otros Abusos a Niños, ya que en dicho país se exige que, cualquier Proveedor de Servicio de Internet (ISP por sus siglas en inglés) debe registrarse ante el sistema CyberTipline y denunciar a NCMEC los casos de tráfico de material de abuso sexual infantil que descubran en sus servicios y plataformas internas. En fecha 12 de mayo del 2023 por medio del Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados (NCMEC por sus siglas en inglés), la Sección Especializada contra el Cibercrimen, recibió el reporte de CyberTipline número 162092329, que contiene a su vez los reportes CyberTipline 162184120, 162136252, 162088904, 162046381, 162135229, 162090449 y 162053121, donde se informó acerca de un usuario de Google drive, con el correo electrónico [...], el cual almacenó 14 imágenes y 244 videos con contenido de abuso sexual infantil, en los servicios de Google Fotos. Es así que con la información brindada por la empresa Google LLC. a NCMEC, se logró determinar que el usuario con correo electrónico [...], registró como fecha de nacimiento el 16 de julio de 1935, y que además de la cuenta de correo ya indicada, tenía vinculadas las siguientes cuentas de correo:[...], [...], y [...], así como el número telefónico [Valor 001]. El 15 de mayo de 2023, se procedió con el análisis de los reportes números 162092329, 162184120, 162136252, 162088904, 162046381, 162135229, 162090449 y 162053121, descargados desde el sitio web de NCMEC, mediante la plataforma <https://lesp.ncmec.org/Cybertipline> Case Management, el cual es una herramienta de uso oficial. Y se determinó la existencia de 258 archivos (descritos en el hecho 2), entre videos e imágenes, que contenían material de abuso sexual de personas menores de edad, que corresponden a representaciones visuales y auditivas, de personas menores de edad, así como de la imagen de personas menores, en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, y la representación de las partes genitales de la persona menor de edad con fines sexuales.

De esta manera, a raíz de las diligencias de investigación desplegadas y documentadas en los informes de comentario, se logró establecer que el acusado [Nombre 003], produjo y fabricó material con contenido de abuso sexual infantil, además almacenó dicho material, con el correo electrónico [...], lo que permite confirmar que el acusado [Nombre 003], es quien tiene el pleno control de la cuenta de correo supra indicada y que el número telefónico que permite proteger la misma es el [Valor 001], el cual permitió comprobar la identidad del acusado de manera exacta. Además de lo anterior con la testifical y pericial indicada líneas arriba que el reporte inicial emitido por NCMEC le fue remitido al señor Erick Lewis en su condición de Jefe de la Unidad de Ciberdelincuencia y el mismo a su vez asigna un número de investigación y lo distribuye a un equipo multidisciplinario conformado por un investigador y un perito informático encargados de llevar el caso; una vez realizado lo anterior el perito informático o investigador acceden a una plataforma virtual de acceso autorizado en la cual descargan el reporte o los reportes vinculados de NCMEC y la información en ellos contenida.

En dichos reportes se contiene a su vez la información remitida por el proveedor de servicios de internet o servicios en línea Google, que dentro de sus labores de supervisión y control del contenido almacenado por sus usuarios en aplicaciones (o como lo refirió el perito informático en juicio "son buzones de almacenamiento virtual) vinculadas a cuentas de correo electrónico. Con la información descargada respecto de los informes de NCMEC los encargados de la investigación logran vincular e identificar al aquí acusado con acciones de fabricación y tenencia de pornografía infantil. b). Sobre el Intercambio de Información entre autoridades de investigación, supervisión o control de diferentes países y jurisdicciones. Si bien es cierto existe todo un proceso formal establecido legalmente para las diligencias de asistencia penal internacional, para la evacuación y remisión de documentos y pruebas y diligencias jurisdiccionales en el extranjero, que implica el cumplimiento y canalización de la información por intermedio de autoridades diplomáticas, la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, que apostillen y den legitimidad a las comunicaciones e informaciones entre diferentes Estados. ...Los memoriales sub examine, (reportes de NCMEC) no han sido remitidos por autoridad competente; ...de igual forma no nos encontramos ante uno de los casos de excepción a dicho procedimiento diplomático de intercambio de informaciones como lo sería el caso de una investigación por Crimen Organizado. En efecto a la luz de la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, lo que se requiere únicamente es que las documentaciones sean tramitadas por la autoridad central delegada por cada estado, siendo que la autoridad central en el Estado de Costa Rica es el Ministerio Público y la OATRI, y no la jefatura de la Sección de Cibercrimen que según lo que refieren los peritos en juicio fue la encargada de recibir y canalizar las informaciones.

Es decir, en el presente caso no solamente no aplica dicha Convención, sino que además la autoridad encargada de tramitar las informaciones no es la autoridad central autorizada legalmente para ello. A pesar de lo anteriormente expuesto, en el mejor de los casos en el cual el tribunal considere que los reportes de NCMEC no son documentos o comunicaciones formales remitidos por autoridades u organismos que operan en jurisdicciones extranjeras; sino que simplemente se trata de simples "alertas" que contienen datos de información para el acceso formal a una plataforma virtual, en la cual a su vez se encuentran contenidos los verdaderos reportes, o documentos conteniendo información sobre la existencia y desarrollo de una actividad delictiva en cierto territorio de un país. Es decir, se trata de la simple remisión de un reporte sin contenido sustancial; sino que, únicamente contienen la información necesaria para acceder a una información concreta contenida en plataformas digitales"); que la información remitida o almacenada en buzones de correo electrónico facilitados por diferentes proveedores de servicio posee un indudable carácter privado, cuya validez como medio de prueba en un proceso penal requiere de la necesaria observancia de los presupuestos establecidos a tales efectos por nuestra legislación. Señaló que si bien esta información había sido remitida por el Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados (NCMEC) en cumplimiento de un deber legal, ello no supone per se que esta resulte necesariamente válida en nuestro ordenamiento, sirviendo por ello como base para el dictado de una sentencia condenatoria; que su acceso por parte de autoridades policiales de Costa Rica debió ser autorizado mediante orden jurisdiccional o por el propio consentimiento del titular de la cuenta de correo electrónico afectada, consentimiento que no había sido acreditado en el caso concreto pese a las argumentaciones en sentido contrario realizadas por parte del Ministerio Público ("...Sobre el acceso a información privada en el presente asunto. Si bien es cierto se parte de que El Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados (NCMEC), opera bajo la autoridad del Congreso de los Estados Unidos, siendo que mediante Ley Federal 18 U.S.C. denominada Explotación Sexual y otros Abusos a Niños, en dicho país se exige que, cualquier Proveedor de Servicio de Internet (ISP por sus siglas en inglés) debe registrarse ante el sistema CyberTipline y denunciar a NCMEC los casos de tráfico de material de abuso sexual infantil que descubran en sus servicios y plataformas internas. Más cierto resulta aún que lo anteriormente indicado únicamente demuestra que la información contenida en los Reportes de Cybertipline ha sido interceptada respaldada y remitida de manera legal sino inclusive en cumplimiento de un deber legal (en las jurisdicciones en que operan) por parte de las autoridades a cargo, sean Google (proveedor de Servicios) y NCMEC. Es decir que aún y cuando los organismos encargados de

interceptar y acceder o imponerse de la información almacenada por una persona en una plataforma virtual de almacenamiento vinculada a una cuenta de correo electrónico ...pueda sostenerse que actúan de forma "válida" o legal y en cumplimiento de un deber legal, conforme al ordenamiento jurídico de la jurisdicción adscrita al territorio del Estado en el que operan, no necesariamente por ello los investigadores del Organismo de Investigación Judicial a cargo de acceder a dichos reportes desde el territorio donde se lleva a cabo la investigación penal, ...están autorizados para acceder a la información privada contenida en los Reportes de Cybertipline. Es decir, no solamente se trata del almacenamiento de información en plataformas virtuales (Google Drive y Google Fotos) vinculadas a cuentas de correo electrónico que constituye un canal de comunicaciones y por lo tanto las informaciones que, por intermedio del mismo, se hayan canalizado están cubiertas por el secreto y la privacidad de las comunicaciones y por lo demás también constituyen documentos privados.

Es decir, el hecho de que esas informaciones hayan sido cargadas en plataformas digitales de acceso controlado, limitado o autorizado no las hace públicas, es decir no convierte el carácter privado de dichas informaciones. Sea que por el hecho de estar autorizado formalmente para acceder a una plataforma digital de consulta no me autoriza legalmente para imponerme del contenido de informaciones vinculadas al derecho de inviolabilidad de las comunicaciones, ni para imponerme del contenido de documentos privados. Por lo anterior los investigadores de este asunto al momento de sentarse frente a su computador para acceder a la plataforma digital a consultar los reportes de Cybertipline, de haber tenido la Dirección Funcional correcta, adecuada y oportuna por parte del Ministerio Público se habrían podido percatar de que en nuestro país la ley 7524 sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, en su artículo 2 y 3 establece que para el acceso a un documento privado es necesario la orden y ejecución de un juez (salvo que se delegue dicha diligencia), y que en este proceso no consta que se siguiera dicho trámite para el acceso a información vinculada a las comunicaciones de un sospechoso y a documentos privados del mismo, por lo que lo procedente es declarar la ilegalidad de dicha prueba (Informes del O.I.J. en cuanto documentan el acceso a los reportes de Cybertipline), por no cumplirse con los trámites legales para su acercamiento al proceso y excluirla de la valoración probatoria de este asunto. El mismo perito informático que compareció al debate señala con claridad que la información contenida en los reportes de Cybertipline generados por NCMEC contienen datos almacenados en plataformas de almacenamiento de carácter privado y que dichas plataformas y datos están vinculados o relacionados a su vez con cuentas de correo electrónico como medio de comunicación. ...Tan a la libre ha transcurrido la presente investigación en cuanto a límites relacionados con el Acceso a Información Privada, que inclusive a manera de ejemplo en principio se podría citar las diligencias que se plasman en el Informe 279- SEC2-2023, que milita a folios 1 a 26 del Legajo Principal y que en las diligencias de investigación que reseña, a partir del folio 19 vuelto se refieren la evacuación de una serie de Informaciones y Rastros Telefónicos, al número telefónico relacionado con el acusado y los IMEI de uso del mismo, Rastros que tal y como lo refirió el perito [Nombre 015] en Juicio contenían información de activación por llamadas entrantes y salientes con geolocalización.

Lo anterior implica que la información y documentos obtenidos contienen datos que pueden dar al traste con la intimidad y la privacidad de una persona, como lo sería por ejemplo el revelar las prácticas y costumbres del mismo en términos de geolocalización, ...y por ello tal y como lo señala la jurisprudencia del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal en base a precedentes de la Sala Constitucional no pueden ser ordenados ni por la fiscalía ni por la policía; y resulta que en el presente asunto las mismas fueron desplegadas por la policía judicial o al menos, no se demostró lo contrario). Así lo sostienen entre otros los Votos 080-2016 y 2012-452 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José.

...En segundo lugar, la señora Fiscal en conclusiones planteó una posible solución a esta temática mediante la justificación de que se trata de Información efectivamente de Carácter Privado y vinculada a medios de

comunicación,...no obstante se trata de información privada que el usuario de un servicio de internet al momento de contratar los servicios autoriza a ser accedida, supervisada y monitoreada mediante la suscripción de un contrato con cláusulas o condiciones para la prestación del servicio. Incluso en conclusiones la señora fiscal invita al tribunal a consultar una página en internet en la que constan dichas condiciones, relativas al tema de la prestación del servicio por parte de Google. Lo anterior es imposible para el tribunal toda vez que la página referida no figura como prueba dentro del proceso y su contenido no puede ser citado por este tribunal en forma válida en la sentencia.

De la misma forma, tampoco es posible tener por acreditado que en el presente caso ese contrato o suscripción de condiciones para la prestación de servicios haya sido aceptado, avalado o autorizado por el encartado [Nombre 003], no se presentó copia o certificación del contrato o aceptación de condiciones aceptado o refrendado por el mismo; y la sola referencia en juicio por parte del perito [Nombre 015] en cuanto a que el acusado "Debió suscribir esa aceptación de condiciones" no es suficiente para tener por demostrado la existencia del mismo). Indicó a su vez que la Sección del Cibercrimen del Organismo de Investigación Judicial no era la autoridad judicial competente para recibir la información remitida por dicho centro (competencia en realidad a cargo de la Oficina de Asesoría Técnica y Relaciones Internacionales del Ministerio Público), ni para proceder a su traducción desde el idioma inglés, procedimiento sin embargo realizado en el caso concreto por funcionarios de dicha sección ("...Se podría reconocer que al no ser comunicaciones formales extranjeras, los reportes indicados no necesariamente deben cumplir con los requisitos formales para la comunicación y coordinación para la evacuación de prueba a nivel internacional; no obstante aunque ello fuera así; se tiene que efectivamente una vez consultados los reportes originales NCMEC consultados o descargados se encuentran en el idioma inglés, y han sido interpretados o traducidos al español por intermedio de los Investigadores del O.I.J. Lo anterior considera el tribunal que no es correcto toda vez que si dejamos de lado el tema de las formalidades de las comunicaciones que hemos venido desarrollando; más importante resulta aún que si se trata de comunicados o documentos que al final de cuentas van a ser introducidos a un proceso penal; en el caso en el cual los mismos en sus versiones originales se encuentren escritos en el idioma inglés; al momento de ser incorporados al proceso se cumpla por lo menos con los trámites para una traducción auténtica, profesional y formal, por un traductor oficial que cumpla con los atestados profesionales para llevar a cabo dicha tarea y que por ser nombrado para el mencionado cargo, tenga a sus espaldas los deberes legales de apego a la literalidad y con ello cualquier sujeto procesal pueda esperar del mismo fidedignidad en su traducción"). Finalmente, refirió que la ilegalidad de la prueba obtenida en el extranjero extendía también sus efectos a la evidencia hallada con ocasión del allanamiento practicado en el domicilio del imputado así como a las declaraciones como testigos de los oficiales del Organismo de Investigación Judicial que intervinieron en él, al ser estas consecuencias directas e inmediatas de la primera, no hallándose amparadas por ninguna de las excepciones de la teoría de los frutos del árbol envenenado ("...Por todo lo anteriormente referido lo procedente es declarar la ilegalidad de dicha prueba (Informes del O.I.J. en cuanto documentan el acceso a los reportes de Cybertipline), sean los informes: Informe RCI 279-SEC2-2023, de fecha 02 de junio del 2023, elaborado por la Sección especializada contra el Cibercrimen; visible de folio 1 al 37 del legajo de investigación. Informe Policial RCI 106-I-SEC2-2023, de fecha 29 de mayo del 2023, elaborado por la Sección Especializada contra el Cibercrimen; visible a folio 38 a 51 del legajo de investigación. Ampliación # 1 del Informe Policial RCI 106-I-SEC2-2023; visible a folio 94 a 104 del legajo de investigación. Y en el Legajo de Apertura de Evidencia la Ampliación #1 del Informe 279-SEC2-2023 de fecha 06 de febrero de 2024, contemplable a folios 32 a 53 de dicho legajo; por no cumplirse con los trámites legales para su acercamiento al proceso y excluirlos de la valoración probatoria de este asunto. La anterior declaratoria de nulidad conlleva la invalidación de las referencias testificales orales que los oficiales o peritos hagan en referencias a dichos informes o las diligencias de investigación en ellos documentadas.

Lo anterior constituye un vicio de carácter absoluto; en el tanto la técnica utilizada en esta investigación no está permitida legalmente para el delito investigado; al tiempo que la misma produce un desequilibrio

procesal que el ordinal 128 del Código Procesal Penal manda a los jueces a evitar, al momento en que le establece el deber de velar por la regularidad del litigio; por último el numeral 178 del Código Procesal Penal establece que esto es un vicio absoluto, pues tiene que ver con el ejercicio de la acción penal y el derecho del imputado a la legalidad del procedimiento. De manera que es claro que estamos en presencia de un vicio de carácter absoluto que causa una nulidad absoluta y así se declara. Lo anterior causa un agravio o gravamen irreparable para la parte investigada que está siendo traída a un proceso que vulnera sus derechos fundamentales. Como las posteriores diligencias de investigación se basaron en dichos informes, sean tanto la orden de allanamiento como el decomiso y secuestro de evidencia posteriormente aperturada y analizada; de conformidad con la Teoría de los frutos del Árbol Envenenado dichas diligencias también deben declararse espurias y debe declararse su ilegalidad mediante el decreto de la actividad procesal defectuosa, anulando la orden de allanamiento así como los actos y elementos probatorios derivados de dicho allanamiento”)

. -Analizado el fallo, así como el contenido de los medios de prueba evacuados, es criterio de quien suscribe que los argumentos expuestos resultan en esencia correctos, por lo que no existe ningún vicio que deba ser reprochado a lo resuelto por el tribunal sobre estos extremos. i) Sobre la prueba ilícita y los límites al principio de libertad probatoria. El principio de libertad probatoria no posee un carácter absoluto en el proceso: admite una serie de limitaciones relativas al objeto y a los medios de prueba; como consecuencia de ello, el dato probatorio deberá ser obtenido e incorporado al proceso a través del procedimiento previsto para determinado medio de prueba y, a falta de previsión expresa, mediante el procedimiento que aparezca como más análogo en la especie (CAFFERATA NORES, 2008; AROCENA Y BALCARCE, 2014; CHAIA, 2010; LLOBET RODRÍGUEZ, 2012); adicionalmente, no resultarían admisibles medios no reconocidos por la ciencia como idóneos para generar un conocimiento cierto o probable sobre los extremos de la imputación delictiva o aquellos que, por su naturaleza, afecten la salud o la integridad física de las personas (CLARÍA OLMEDO, 1966; CAFFERATA NORES, 2008; MIRANDA ESTRAMPES, 2003). La actividad probatoria a desarrollar en el proceso tampoco podría privar de contenido a derechos y garantías individuales constitucionalmente reconocidos, cuya tutela efectiva constituirá siempre un límite material a la averiguación de la verdad en el proceso: no podrían por ello utilizarse medios que afecten ilegítimamente derechos y garantías fundamentales o -en concreto- el propio derecho de defensa de las partes (CAFFERATA NORES, 2008; AROCENA Y BALCARCE, 2014; ARMENTA DEU, 2009; MIRANDA ESTRAMPES, 2003). De haberse inobservado dichas condiciones, ello conllevaría la imposibilidad de utilizar el dato probatorio así obtenido, a efectos de fundar la convicción del tribunal o -en su caso- la ineficacia de la sentencia a la que dicha prueba hubiese servido de base esencial (MAIER, 1989; DE LA RÚA, 1994; TOVAR BONILLA, 2012; MANZINI, 1952). Tal ilegalidad -que afecta y excluye su valor conviccional como eventual fundamento de un fallo- podría descansar tanto en el carácter ilegítimo del dato obtenido (obtención ilegal de prueba) como en la irregular incorporación al proceso de elementos de convicción obtenidos lícitamente (prueba incorporada en violación del derecho de defensa de las partes).

El elemento de prueba habría sido obtenido ilegalmente si para ello fueron violadas garantías individuales constitucionalmente reconocidas o -en particular- el derecho de defensa del imputado (CAFFERATA NORES, 2008; MIRANDA ESTRAMPES, 2003; ASECIO MELLADO, 1989). De manera específica, los supuestos de obtención ilegal de la prueba pueden referirse: (a) a la labor de búsqueda e investigación de las fuentes de prueba; (b) a la aplicación de medios ilícitos a dichas fuentes; o bien, (c) a la obtención de elementos de prueba en violación del derecho de defensa (Debido Proceso) del inculcado (MIRANDA ESTRAMPES, 2003; ARMENTA DEU, 2009; ASECIO MELLADO, 1989; MAIER, 1989). (a) Respecto a la labor de búsqueda e identificación de las fuentes de prueba, cabe distinguir, a su vez, entre dos supuestos: por un lado, los referidos a hechos no susceptibles de investigación judicial (circunstancias cubiertas por el secreto profesional o por la existencia de cosa juzgada material; antecedentes penales ya eliminados o anulados); en segundo término, aquellos casos en los cuales la investigación del hecho es posible, pero solo a través de los medios y presupuestos que la Constitución y la ley procesal determinan

(MAIER, 1989, CREUS, 2013, BELING, 2009). Integran esta última categoría, los supuestos de obtención de prueba en violación de derechos o garantías constitucionales, así como aquellos referidos a la utilización de medios de prueba que la ley no autorizaba a emplear en el caso particular en atención a otros intereses, considerados superiores a la averiguación de la verdad real (violación del derecho de abstención establecido en favor de familiares cercanos del imputado). (b) Los supuestos de aplicación de medios ilícitos a las fuentes de prueba atañen a métodos prohibidos por la Constitución -e instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos- tendientes a obtener una declaración en supuestos de ausencia de libertad (coacción, amenazas o tortura) o mediante engaño (ASENCIO MELLADO, 1989; MIRANDA ESTRAMPES, 2003): los elementos de convicción obtenidos en infracción de tales principios no podrían surtir efecto alguno en contra del imputado, circunstancia que determinaría su consecuente exclusión del material probatorio a valorar en sentencia, o la nulidad de esta, de poseer tal prueba carácter esencial a los efectos de la fundamentación del fallo; con ello se procura proteger -de manera primordial- el derecho del imputado a no declarar contra sí mismo confesándose culpable, que supone la posibilidad de guardar silencio o incluso mentir, sin que ello pueda ser valorado como indicio de culpabilidad en su contra (ASENCIO MELLADO, 1989; MIRANDA ESTRAMPES, 2003; BINDER, 2014; CREUS, 2013; JAUCHEN, 2007).

Finalmente, (c) los supuestos de obtención de elementos de prueba en violación del derecho de defensa (Debido Proceso) del inculcado atañen a la inobservancia de formas establecidas por la normativa procesal penal en orden a asegurar el derecho del imputado al Debido Proceso, principio que se encuentra a su vez integrado por los siguientes elementos: derecho general a la justicia, a la legalidad, al juez natural, derecho de defensa, principio de inocencia, principio de in dubio pro reo, derecho a un procedimiento regular, a una sentencia justa, a la doble instancia, así como a la cosa juzgada formal y material (SALA CONSTITUCIONAL, votos # 789-2016 de las 9:05 horas del 20 de enero del 2016, # 13853-2008 de las 14:40 horas del 17 de setiembre del 2008, # 13080-2005 de las 16:12 horas del 22 de setiembre del 2005, # 4700-93 de las 15:51 horas del 28 de setiembre de 1993 y # 1739-92 de las 11:45 horas del primero de julio de 1992). Con excepción de los supuestos particulares previstos por los artículos 24 (derecho al ámbito de intimidad y al secreto de las comunicaciones) y 40 (prohibición de torturas, tratos crueles o degradantes), no existe en la Constitución Política una norma que establezca, como efecto general, la necesaria exclusión del proceso de aquellas pruebas obtenidas en violación de derechos y garantías fundamentales: dicha consecuencia debe ser derivada -por vía de interpretación- de los principios integrantes del Debido Proceso, cuyo contenido ha sido desarrollado jurisprudencialmente por la SALA CONSTITUCIONAL (votos # 789-2016 de las 9:05 horas del 20 de enero del 2016, # 13853-2008 de las 14:40 horas del 17 de setiembre del 2008, # 13080-2005 de las 16:12 horas del 22 de setiembre del 2005, # 4700-93 de las 15:51 horas del 28 de setiembre de 1993 y # 1739-92 de las 11:45 horas del primero de julio de 1992). Algo similar ocurre tratándose de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: con excepción de la confesión del imputado obtenida a través de coacción o tortura (artículo 8.3), no existe en dicho instrumento referencia alguna a la prueba ilícita y sus efectos en el proceso (ARMENTA DEU, 2009; FLEMING Y LÓPEZ, 2008); no obstante, la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ha reiterado en diversos pronunciamientos la prohibición de la tortura o la coacción como métodos de investigación judicial, así como la necesidad de que toda condena impuesta por parte de los Estados lo sea solo como consecuencia de un proceso penal tramitado en estricto apego al derecho de defensa y demás principios integrantes del Debido Proceso contenidos en la convención (Castillo Petrucci y otros vs. Perú, número 52 del 30 de mayo de 1999; Cantoral Benavides vs. Perú, número 69 del 18 de agosto del 2000; Bamaca Velásquez vs. Guatemala, número 70 del 25 de noviembre del 2000; Tibi vs. Ecuador, número 114 del 7 de setiembre del 2004; Lori Berenson Mejía vs. Perú, número 119 del 25 de noviembre del 2004). La consecuencia jurídica esencial que provocaría la obtención ilegal de una prueba se expresa en su falta de idoneidad para fundar una sentencia condenatoria (CAFFERATA NORES, 2008; AROCENA Y BALCARCE, 2014; ARMENTA DEU, 2009; MIRANDA ESTRAMPES, 2003).

La tacha de ilegalidad no se limitaría, sin embargo, a las pruebas que constituyan en sí mismas violación de derechos o garantías fundamentales: incluiría, a su vez, a aquellas obtenidas como consecuencia -incluso indirecta- de dichas actuaciones lesivas; de admitirse la validez de los elementos de convicción obtenidos en tales condiciones, resultaría burlada la prohibición de utilización establecida por la normativa procesal penal y consecuentemente inócua la tutela de los derechos y garantías fundamentales a los que esta se halla dirigida (ASENCIO MELLADO, 1989; MIRANDA ESTRAMPES, 2003; MAIER, 1989; BINDER, 2014; FLEMING Y LÓPEZ, 2008; CHAIA, 2010).

Tales efectos, han sido abordados por la doctrina a partir de la teoría de los frutos del árbol envenenado o del efecto reflejo de las pruebas ilícitas: conforme dicha teoría -desarrollada jurisprudencialmente en el sistema procesal norteamericano-, todo dato emergente de un acto realizado en violación del derecho de defensa -u otros derechos fundamentales- del imputado, que permita la incorporación posterior de elementos de prueba desfavorables para él, no podría ser valorado en su contra ni servir de base a una decisión judicial que lo perjudique (CAFFERATA NORES, 2008; ASENCIO MELLADO, 1989; BINDER, 2014; CHAIA, 2010; FLEMING Y LÓPEZ, 2008). En tales supuestos, serían discernibles dos componentes: un acto regular, por el que se incorpora un elemento de prueba decisivo -desfavorable para el titular de la garantía- y otro anterior, irregular que afecta la garantía y torna posible por su resultado (el conocimiento adquirido a través de él), la práctica del siguiente (MAIER, 1989; MIRANDA ESTRAMPES, 2003; CHAIA, 2010; TOVAR BONILLA, 2012; PEREIRA MELÉNDEZ, 2014). Para que los vicios descritos provoquen la nulidad de la sentencia, estos han de ser esenciales, esencialidad que debe ser establecida en cada caso mediante el método de la supresión mental hipotética: si suprimida mentalmente la prueba cuya legalidad se cuestiona, el restante material probatorio resulta, sin embargo, suficiente -por su valor convictivo- para mantener incólume la decisión adoptada en el fallo, aquella no resultará esencial ni consecuentemente afectada la legitimidad de la conclusión a la que sirvió como premisa lógica (CAFFERATA NORES, 2008; ASENCIO MELLADO, 1989; MAIER, 1989; TOVAR BONILLA, 2012; LLOBET RODRÍGUEZ, 2012). La teoría de los frutos del árbol envenenado o del efecto reflejo de las pruebas ilícitas posee, sin embargo, varias excepciones (buena fe, fuente independiente, hallazgo inevitable, evidencia a la vista y vínculo atenuado), algunas de las cuales suponen en la práctica -con mayor o menor extensión, según el caso- la cuasi anulación del principio general descrito; lo anterior, por razones de política criminal o de defensa social (EUSAMIO MAZAGATOS Y SÁNCHEZ RUBIO, 2016; ARMENTA DEU, 2009; MIRANDA ESTRAMPES, 2003; CHAIA 2010).

Conforme a la excepción de la fuente independiente, no operaría la regla de exclusión probatoria cuando exista una desconexión causal entre la prueba ilícita inicial y la prueba que se afirma como derivada; cuando pueda afirmarse que la segunda prueba (aquella que se afirma como derivada) fue obtenida en realidad por medios independientes a la originaria prueba ilícita (MIRANDA ESTRAMPES, 2003; ARMENTA DEU, 2009; AROCENA Y BALCARCE, 2014; CHAIA, 2010). Dicha excepción ha sido aceptada por la jurisprudencia de la SALA CONSTITUCIONAL, órgano que reconoce la validez de las actuaciones desvinculadas causalmente de aquellas tachadas como ilícitas (votos # 4707-2005 de las 15:03 horas del 27 de abril del 2005, # 3009-2004 de las 14:36 horas del 24 de marzo del 2004, # 2784-2004 de las 14:45 horas del 17 de marzo del 2004, # 4905-2003 de las 15:05 horas del 4 de junio del 2003, # 4904-2003 de las 15:04 horas del 4 de junio del 2003, 3981-2003 de las 8:30 horas del 16 de mayo del 2003, # 9379-2001 de las 14:14 horas del 19 de setiembre del 2001, # 9373 de las 14:35 horas del 19 de setiembre del 2001, # 8238-2001 de las 16:06 horas del 14 de agosto del 2001, # 1019-2001 de las 15:00 horas del 6 de febrero del 2001, # 2529-94 de las 15:36 horas del 31 de mayo de 1994 y # 701-91 de las 13:40 horas del 4 de octubre de 1991); también ha sido objeto de recepción por parte de la SALA TERCERA (votos # 612- 2015 de las 12:15 horas del 11 de mayo del 2015, # 1617-2012 de las 15:10 horas del primero de noviembre del 2012, # 1067-2011 de las 8:58 horas del 2 de setiembre del 2011, # 120-2008 de las 9:55 horas del 15 de febrero del 2008, # 595-2007 de las 16:02 horas del 31 de mayo del 2007, # 588-2006 de las 16:05 horas del 19 de junio del 2006, # 165-2005 de las 9:30 horas del 11 de marzo del 2005, # 102-2003 de las 8:50 horas del

21 de febrero del 2003, # 317-F-93 de las 10:25 horas del 22 de junio de 1993 y # 204 bis-F-93 de las 9:55 horas del 14 de mayo de 1993), órgano que ha admitido, a su vez, la existencia de otras excepciones a la teoría de los frutos del árbol envenenado (votos # 612-2015 de las 12:15 horas del 11 de mayo del 2015, # 120-2008 de las 9:55 horas del 15 de febrero del 2008, # 588-2006 de las 16:05 horas del 19 de junio del 2006, # 165-2005 de las 9:30 horas del 11 de marzo del 2005 y # 457-2003 de las 15:20 horas del 5 de junio del 2003).

ii) Sobre el caso concreto. Tal y como lo señala el juzgador y es a su vez reconocido por parte de la recurrente, la investigación en contra del imputado inició a partir de una serie de reportes remitidos en fecha del 12 de mayo del 2023 por el Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados (NCMEC por sus siglas en inglés) a la Sección Especializada contra el Ciberdelito del Organismo de Investigación Judicial; a través de ellos (CyberTipline # 162092329, que contenía a su vez los reportes # 162184120, 162136252, 162088904, 162046381, 162135229, 162090449 y 162053121), se informaba sobre la existencia de un usuario de la plataforma de almacenamiento de datos Google Drive, vinculado con el correo electrónico [...], que había almacenado 14 imágenes y 244 videos con contenido de abuso sexual infantil. A partir de dicha información, el Organismo de Investigación Judicial pudo individualizar al encartado como el titular de la cuenta de correo electrónico [...], estableciendo a su vez que esta se encontraba vinculada con las cuentas [...], [...], y [...], así como el teléfono celular # [Valor 001], a nombre del mismo titular. Posteriormente y en fecha del 15 de mayo del mismo año, el Organismo de Investigación Judicial procedió a analizar la información contenida en los reportes remitidos por el Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados mediante el acceso a su plataforma (<https://lesp.ncmec.org/CybertiplineCaseManagement>), confirmando la existencia de 258 archivos -de los cuales 244 correspondían a videos- con imágenes de actividades sexuales explícitas que involucraban a menores de edad o contenían la representación de sus órganos genitales (Informe Policial # 106-I-SEC2-2023, de folios 38 a 51 del legajo principal). A partir de la información en mención y a solicitud del Ministerio Público, el Juzgado Penal del Tercer Circuito Judicial de San José (Sede Desamparados) ordenó la práctica de una diligencia de allanamiento, registro y secuestro en el domicilio del imputado (resolución de las 09:00 horas del 5 de junio del 2023, de folios 69 a 76 del legajo principal), la que fue ejecutada a partir de las 06:00 horas del 6 junio del 2023, procediéndose al decomiso de evidencia de interés para la investigación (un disco duro marca Western Digital, número de serie WMAV2H815373 DE 320 GB, identificado como PC02DD01, con al menos 62 videos con contenido de abuso sexual infantil, dentro de los que destacan los archivos identificados como 0000004_Carved.mp4 y 00000026_Carved.mp4; un disco duro, marca Kingston, número de serie SBFK69B5 DE 480 GB, identificado como PC03DD01, con al menos con 20 imágenes con contenido de abuso sexual infantil, dentro de los que destacan los archivos identificados como 83727f44d773.jpg. y b5a6812f88d04ab2.jpg; un disco duro, marca Crucial, número de serie 2121E5A09C15 DE 240 GB, identificado como PC04DD01, con al menos con 45 videos y 68 imágenes con contenido de abuso sexual infantil, dentro de los que destacan los archivos identificados como f_002642 (0000166_Carved.bin y f_002694 (0000160_Carved.bin; un disco duro marca Seagate, número de serie ZFL5VD6X, con capacidad de 2TB, identificado como DDE01, con al menos 27 videos y 5 imágenes con contenido de abuso sexual infantil, dentro de los que destacan los archivos identificados como IMG_20210807_102510_213.mp4 y VID-20210814-WA0080(2).mp4; un teléfono celular marca Samsung, modelo SM-G9650, número de IMEI 354263091380895, con tarjeta SIM Kolbi, con numeración 9506010320112621511, identificado como DM02, con al menos 4 imágenes con contenido de abuso sexual infantil, dentro de los cuales destaca el archivo identificado como OcwT7g7oxYAJCWwwihtCBR_MZgw; un teléfono celular marca Samsung, modelo SM-G930F, número de IMEI 357350077401717, con tarjeta SIM Movistar, con numeración 8950604101007073871F, identificado como DM04, con al menos con 29 imágenes con contenido de abuso sexual infantil, dentro de los cuales destaca el archivo identificado como c1e013b2d1f9bdd8_0_embedded_1.jpg; y una tablet, marca Samsung, modelo SM-T116BU, número de IMEI 359132061153613, sin tarjeta SIM, identificado como DM05, con al menos con 2 imágenes y un video con contenido de abuso sexual infantil, dentro de los cuales destaca el archivo identificado como

VID_20220923_165149-3gp). Al respecto, debe señalarse que la información almacenada en el buzón de correo electrónico [...] o en la cuenta de Google Drive asociada a él (14 imágenes y 244 videos con contenido de abuso sexual infantil), posee un indudable carácter privado, dada la expectativa (interés) de su titular de mantener en reserva su contenido, dadas las consecuencias legales perjudiciales que su eventual divulgación podría generarle; no se trata de información destinada a ser conocida por un número indeterminado de personas, sino a ser mantenida en secreto, o en su caso, compartida con un limitado número de sujetos, elegidos -entre los restantes usuarios de internet- por el propio titular de la cuenta.

Con independencia de las potestades legales que el Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados posea en el sistema federal de los Estados Unidos de Norteamérica y la propia gratuidad del servicio que empresas como Google prestan al facilitar cuentas de correo electrónico como medios de transmisión e intercambio de información, lo que determina la posibilidad de utilizar como prueba en el presente proceso el contenido de lo almacenado en ellas o en la nube, es que este haya sido obtenido de conformidad con los medios previstos en la legislación procesal costarricense (artículos 398 a 400 del Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante); esto es, mediante orden jurisdiccional previa (artículo 41 de la constitución Política; artículo 9 de la Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones), o en su caso, mediante el consentimiento del titular del derecho afectado. Los reportes remitidos en la especie por parte del Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados no constituían una simple notitia criminis (afirmación sobre la existencia de un hecho presuntamente delictivo para que este sea investigado por la autoridad judicial), sino que permitían el acceso el propio contenido de la cuenta de correo electrónico identificada como [...]; al acceder a este contenido, los oficiales de la Sección Especializada contra el Cibercrimen del Organismo de Investigación Judicial no contaban con autorización jurisdiccional previa, y menos aún, con el consentimiento del imputado, circunstancias que por su naturaleza excluyen la validez de la prueba obtenida por ese medio. Aun si la recurrente afirma que tal consentimiento no era necesario ya que las condiciones de uso establecidas por Google para las cuentas de Gmail expresamente establecen la posibilidad de monitorear su contenido para denunciar conductas sospechosas de abuso sexual infantil -por lo que al abrir la cuenta, estas habrían sido aceptadas expresamente por parte del imputado-, tal afirmación no pasa de ser una mera petición de principio en caso concreto, siendo que se desconoce cuándo fue abierta la cuenta en mención, así como las propias condiciones de uso vigentes para ese momento, extremos que no llegaron a ser acreditados en debate ni podrían ser introducidos por esta vía, al no ser hechos públicos y notorios. Si la fiscalía pretendía emplear como prueba a ser evacuada durante el contradictorio la información almacenada en la cuenta de correo electrónico [...] o de Google Drive vinculada a esta, el procedimiento que debió seguir a tales efectos era aquel establecido por la Convención Interamericana Sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (suscrita entre otros países, por Costa Rica y los Estados Unidos de Norteamérica), cuya autoridad central en el caso de Costa Rica es precisamente la Oficina de Asesoría Técnica y Relaciones Internacionales del Ministerio Público; tal omisión, impide valorar los elementos de prueba citados, que fueron obtenidos por el órgano fiscal en violación de derechos tutelados constitucionalmente. La exclusión probatoria, no se limitaría sin embargo a las fotografías y videos de pornografía infantil almacenados en la cuenta [...] o de Google Drive vinculada a esta; abarcaría a su vez, toda la evidencia decomisada con ocasión de la diligencia de allanamiento practicada en el domicilio del encartado (un disco duro marca Western Digital, número de serie WMAV2H815373 DE 320 GB, identificado como PC02DD01, con al menos 62 videos con contenido de abuso sexual infantil; un disco duro, marca Kingston, número de serie SBFK69B5 DE 480 GB, identificado como PC03DD01, con al menos con 20 imágenes con contenido de abuso sexual infantil; un disco duro, marca Crucial, número de serie 2121E5A09C15 DE 240 GB, identificado como PC04DD01, con al menos con 45 videos y 68 imágenes con contenido de abuso sexual infantil; un disco duro marca Seagate, número de serie ZFL5VD6X, con capacidad de 2TB, identificado como DDE01, con al menos 27 videos y 5 imágenes con contenido de abuso sexual infantil; un teléfono celular marca Samsung, modelo SM-G9650, número de IMEI 354263091380895, con tarjeta SIM Kolbi, con numeración 9506010320112621511, identificado como DM02, con al menos 4 imágenes con contenido de abuso sexual

infantil; un teléfono celular marca Samsung, modelo SM-G930F, número de IMEI 357350077401717, con tarjeta SIM Movistar, con numeración 8950604101007073871F, identificado como DM04, con al menos con 29 imágenes con contenido de abuso sexual infantil; y una tablet, marca Samsung, modelo SM-T116BU, número de IMEI 359132061153613, sin tarjeta SIM, identificado como DM05, con al menos con 2 imágenes y un video con contenido de abuso sexual infantil), así como lo percibido durante su ejecución por parte de los oficiales actuantes, al haberse obtenido tales elementos de prueba como consecuencia directa de una actuación lesiva de derechos fundamentales (teoría de los frutos del árbol envenenado o del efecto reflejo de las pruebas ilícitas). No existe en el caso concreto, ninguna fuente independiente de prueba que haya permitido a los oficiales de la Sección Especializada contra el Cibercrimen del Organismo de Investigación Judicial conocer de manera paralela el contenido almacenado en la cuenta de correo electrónico [...] o de Google Drive vinculada a esta, siendo precisamente la información contenida en los reportes # 162092329, 162184120, 162136252, 162088904, 162046381, 162135229, 162090449 y 162053121, la que fundó la orden de allanamiento, registro y secuestro de las 09:00 horas del 5 de junio del 2023 (folios 69 a 76 del legajo principal), circunstancia que puede ser constatada a través de su simple lectura; tampoco podría ser alegada ninguna otra excepción a la regla de exclusión citada, al no hallarnos ante el supuesto de un descubrimiento que habría de ocurrir de manera inevitable (necesaria) dentro del curso normal de la investigación. La restante prueba evacuada cuya validez no resulta afectada por la aplicación de la regla de exclusión citada, resulta insuficiente para fundar un juicio de certeza sobre la participación del imputado en los hechos descritos, razón por la cual procede RECHAZAR el motivo de impugnación alegado. -Por carecer de interés procesal en atención a lo resuelto respecto del segundo motivo del recurso interpuesto por la defensa técnica, se omite pronunciamiento sobre el segundo motivo alegado por el órgano fiscal (errónea aplicación de preceptos legales sustantivos).

VII. Sobre las medidas cautelares. Al haberse ordenado el reenvío y subsistir el peligro procesal de fuga que motivó su imposición, se ordena la PRÓRROGA de la medida cautelar de PRISIÓN PREVENTIVA que afecta actualmente al encartado [Nombre 003]; lo anterior, por el plazo de TRES MESES a contar desde el 6 de agosto del año en curso (fecha de vencimiento de la prórroga actualmente vigente) y hasta el día 6 DE NOVIEMBRE DEL 2025, lapso que se estima proporcional y suficiente a efectos de que sea realizado el juicio de reenvío dispuesto en el presente fallo.

POR TANTO.

De conformidad con los argumentos expuestos: i) se declara SIN LUGAR el primer motivo del Recurso de Apelación de Sentencia interpuesto por la defensa técnica del imputado [Nombre 003]. ii) Se declara CON LUGAR el segundo motivo de dicha impugnación; se declara la INEFICACIA parcial del fallo impugnado respecto de la condena del encartado como autor responsable de TRES DELITOS DE ABUSO SEXUAL CONTRA PERSONA MENOR DE EDAD EN SU MODALIDAD AGRAVADA y DOS DELITOS DE CORRUPCIÓN AGRAVADA EN CONCURSO

MATERIAL, y se ordena el REENVÍO ante el tribunal de juicio para nueva sustanciación sobre los hechos descritos en los acápites 6, 7, 13, 14, 16, 17, 18 y 21 de la acusación, juicio en el que no operaría el principio de no reforma en perjuicio, al haber sido tal extremo objeto a su vez de impugnación por parte del Ministerio Público. iii) Por mayoría se declara CON LUGAR el primer motivo del Recurso de Apelación de Sentencia interpuesto por el Ministerio Público; se dispone la ineficacia de lo resuelto en cuanto a la absolutoria por dos delitos de violación calificada, un delito de abuso sexual contra persona menor de edad en su modalidad agravada, un delito de corrupción agravada, cinco delitos de fabricación de pornografía, siete delitos de tenencia de material pornográfico y un delito de pseudo pornografía, ordenando el reenvío al tribunal penal de origen para una nueva sustanciación El juez Quirós Pereira declara sin lugar el motivo de recurso. Por unanimidad se dispone que al carecer de interés procesal en atención a lo resuelto respecto del segundo motivo del recurso interpuesto por la defensa técnica, se omite pronunciamiento sobre el segundo motivo

alegado por el órgano fiscal. iv) Se ordena la PRÓRROGA de la medida cautelar de PRISIÓN PREVENTIVA que afecta actualmente al imputado

[Nombre 003]; lo anterior, por el plazo de TRES MESES a contar desde el 6 de agosto del año en curso y hasta el día 6 DE NOVIEMBRE DEL 2025, lapso que se estima proporcional y suficiente a efectos de que sea realizado el juicio de reenvío dispuesto en el presente fallo. En todo lo demás, permanece incólume la sentencia recurrida. NOTIFÍQUESE.

José Asdrúbal Quirós Pereira

Anexo G

Jurisprudencia Internacional

Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, Zárate-Campana _ Resolución N°: 27969

Transcripción completa:

Reunidos en Acuerdo quienes integramos la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Zárate- Campana, con el propósito de dictar resolución en la presente causa N° 27.969 del registro de este Tribunal, caratulada: "() , () () s/ recurso de apelación", correspondiente a la IPP 18-00-2576-22, y habiendo efectuado el sorteo correspondiente resultó que la votación se debía realizar en el orden siguiente: Dr. Mariano Magaz, Dr. Humberto Bottini, y Dra .Maria Pia Leiro. El Sr. Juez Dr. Mariano Magaz dijo:

I.- Antecedentes:

La Sra. Jueza Titular del Juzgado de Garantías N° 1 Departamental, Dra. Graciela Cione, en fecha 18/12/2024, resolvió no hacer lugar a la oposición formulada por la Defensa Oficial respecto de () () () y remitir las actuaciones a juicio en orden a los hechos calificados como publicación y distribución de representaciones de menores de dieciocho años dedicados a actividades sexuales, agravadas por tratarse de menores de trece años de edad, en concurso real con tenencia de representaciones de menores de dieciocho años de edad dedicados a actividades sexuales, art. 55 y 128 del CP, 23 inc. 5° a contrario y 337 del CPP.

No conforme con ello el Sr. Defensor Oficial, Dr.

Francisco J. Morell Otamendi, interpuso recurso de apelación fundado en su contra el día 20/12/2024 el que una vez concedido por la instancia de grado dio lugar a nuestra intervención en autos.

Radicadas las actuaciones en esta sede, no se registraron objeciones respecto de su integración con lo cual quedaron en condiciones de ser resueltas.

II.- Los Agravios:

La recurrente tacha de arbitraria la resolución apelada por entender que la Magistrada de grado omitió tratar adecuadamente los planteos esgrimidos en su respectiva oposición.

En ese orden expresa que la Dra. Cione no trató el elemento normativo vinculado a la edad de las víctimas del delito previsto y reprimido en el art. 128 del CP que se atribuye a () , ni el argumento centrado en la verdadera existencia en el mundo real de las personas que aparecen representadas en las imágenes que integran el plexo de cargo.

Menciona que ninguna de las "víctimas" resultó debidamente identificada, y plantea una serie de interrogantes en torno a la fecha en que se generaron las imágenes, a la existencia de metadatos que permitan determinar su autenticidad o adulteración, y si es posible establecer si corresponden a personas reales o fueron generadas digitalmente, para finalmente concluir que todo ello no tiene respuesta en el resultado de la investigación ni en el decisorio recurrido.

Añade que tampoco se ha descartado la posibilidad de que el material de "pornografía infantil" en que se basa la acusación esté integrado por imágenes ficticias, es decir, realizadas o adulteradas mediante inteligencia artificial existente al 2020, y que en la realidad no existan tales personas.

Expresa que no existe certeza de que la imágenes representen algo real o fabricado por CGI, computer generated images, y que la norma penal, en su figura agravada, pretende proteger víctimas reales, por lo que no alcanza a quién posea una representación real o ficticia de menores en situaciones sexuales impúdicas.

En virtud de lo expuesto, solicita se revoque el auto atacado por arbitrario y rectifique el marco de imputación y competencia, art. 24 CPP en base a la calificación legal que sustenta esa Defensa, es decir, descartando el agravante del último párrafo del art. 128 CP.

III.- La solución propuesta:

Habiendo dado lectura a los argumentos esgrimidos por la Sra. Magistrada Garante en los considerandos de la resolución que llega apelada como así los expresados por el Sr. Defensor Oficial del encausado, anticipo que en mi opinión el recurso en trato no será de favorable recibo en orden a las consideraciones siguientes.

Para comenzar resulta necesario señalar que a contramano de lo afirmado por el recurrente, la Sra. Jueza a quo ha tratado los planteos que se denuncian omitidos y ha puesto de manifiesto, aunque escuetamente, las razones que la llevaron a decidir como lo hizo. Por tanto, a pesar del lógico disgusto que ello genere al recurrente no es arbitrario su pronunciamiento, resultando en consecuencia un acto jurisdiccionalmente válido en los términos del art. 105 y conc. del CPP.

Sentado lo anterior y abocado a tratar el fondo de la cuestión traída a mi conocimiento, entiendo que la calificación legal de los hechos atribuidos al encartado, esto es, publicación y distribución de representaciones de menores de dieciocho años dedicados a actividades sexuales, agravadas por tratarse de menores de trece años de edad, en concurso real con tenencia de representaciones de menores de dieciocho años de edad dedicados a actividades sexuales con fines inequívocos de distribución, art. 128 del CP, se ajusta al actual panorama probatorio de la IPP y al derecho aplicable al caso.

Ello así por cuanto la simple observación de los videos y fotografías efectuada por la Jueza Garante, con especial atención a las características físicas de las personas allí retratadas, permitirían concluir que se trata de niños y niñas cuya edad ronda entre los 3 y 8 años de edad, y hasta los 13 años de edad, más allá de que las mismas no se hallen identificadas.

Cabe añadir a lo dicho que tampoco alega el recurrente que las personas ilustradas en las imágenes que integran el plexo de cargo no serían de las edades consignadas o deducidas, limitándose a señalar su falta de identificación como argumento de su discrepancia.

Por otro lado, si bien el informe pericial de fecha 26/04/2023 no se explaya en cuanto a que si las imágenes halladas son representaciones de personas que no existen en la realidad, generadas o editadas mediante programas y/o toda otra herramienta informática existente a la época de los hechos investigados, nada impide que todo ello sea dilucidado en la etapa siguiente del juicio, por cuanto el idóneo informático, Sr. Goitia Orlando Berbabé Emmanuel, sostuvo que se cuenta con elementos multimedia, imágenes y videos, y sus respectivos metadatos, creación, modificación, ubicación, hashes, etc., lo que posibilitaría cualquier medida al respecto.

Lo antes relatado es suficiente para habilitar el pase de la causa a la siguiente etapa procesal.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde que me aboque a responder el planteo por el cual el recurrente afirma que el art. 128 del CP pretende proteger víctimas reales y no sancionar a quién posea una representación real o ficticia de menores en situaciones sexuales impúdicas.

El planteo de la Defensa, aún sin datos ciertos en la causa que respalde su postura, es un claro reflejo del contexto actual que atravesamos, caracterizado por el aumento en la generación y circulación de imágenes de contenido sexual explícito a partir del veloz desarrollo que han tenido las herramientas, aplicaciones de edición, redes de acceso limitado y programas informáticos utilizados con esa finalidad.

Recientemente la jefa del Programa Global contra el Ciberdelito de la Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito (ONUDD), Nayelly Loya Marin, señaló en un artículo titulado "La ONU alerta sobre la avalancha de imágenes de abuso sexual a menores creadas con IA" que desde la pandemia del Covid, el material de abuso sexual infantil ha crecido de manera alarmante, contribuyendo la inteligencia artificial a generar contenido de forma sencilla. El uso de IA permite, por ejemplo, manipular imágenes de menores, desnudándolos o alterándolas para crear contenido sexualizado, lo que amplía la cantidad de este tipo de material en circulación. Para ello también se utilizan versiones gratuitas de estas herramientas, que crean un nuevo contenido manipulando fotos que originalmente no tenían connotación sexual.

Explicó la especialista que existen redes criminales que producen este contenido de manera sistemática y que suelen estar vinculadas a la trata de personas y la explotación sexual, grabando y distribuyendo material como una extensión de los delitos que ya cometen en el mundo físico. En forma concluyente aseveró que el problema se multiplica por la capacidad casi infinita de la IA para crear nuevo material a partir de imágenes ya existentes.

No ajena a esta problemática, la Europol señaló en un informe del año 2024 que ya existían en ese momento denuncias de material de abuso sexual infantil asistido y generado por la IA. El organismo con sede en La Haya advirtió que el uso de IA permite a los agresores sexuales de menores generar o alterar material de abuso sexual infantil, vaticinando que este comportamiento está destinado a proliferar aún más en un futuro próximo.

Esa misma agencia advirtió que incluso en los casos en que el contenido es totalmente artificial y no se representa a ninguna víctima real, el material de abuso sexual infantil generado por IA sigue contribuyendo a la cosificación y sexualización de los niños.

Por su parte la Unión Europea ya analiza la actualización de una normativa de protección de menores, para que se considere abuso sexual infantil cualquier fotografía y vídeo pornográfico de menores generados con IA, lo que convertirá su fabricación, posesión y distribución, de forma inexcusable, en delito dentro de la Unión.

Sin perjuicio de ello algunos países ya han ido adecuando sus legislaciones o permiten vías indirectas de actuación judicial eliminado cualquier ambigüedad por la cual puedan quedar ajenas al reproche penal este tipo de material pornográfico. Por ejemplo, el Código Penal Español ya incluye la pornografía virtual o técnica infantil, pero deja fuera los materiales que por su tosquedad revelen su condición de montaje.

A) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.

B) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.

C) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales

de una persona que parezca ser un menor; con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

D) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor; con fines principalmente sexuales..."

A su vez, el apartado 5. dispone: "El que para su propio uso adquiriera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años. La misma pena se impondrá a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación".

Por supuesto que Latinoamérica no es ajena a lo que está sucediendo con la utilización de la IA, que el rápido avance de las herramientas de inteligencia artificial (IA) capaces de crear imágenes realistas ha provocado un auge de la pornografía infantil. La manipulación de imágenes mediante IA, especialmente las conocidas como "deepfakes", ha alcanzado un nivel de sofisticación que dificulta la distinción entre lo real y lo falso. Cuando estas tecnologías se utilizan para crear contenido pornográfico falso que involucra a menores, se amplifica significativamente el daño.

Hecha esta breve introducción sobre el contexto, anticipo que en mi opinión nuestro plexo normativo tiene respuesta para el planteo que trae la Defensa.

En esa dirección es conveniente tener presente que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño aprobada por ley 23.849 en su art. 34 establece que *"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; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos".

A su vez, el Segundo Protocolo Facultativo de la referida Convención, "Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía" del 25/05/2000, aprobado por Ley 25.763, en su art. 1 establece que "Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo; y su art. 2 que reza: A los efectos del presente Protocolo: ... c) *Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales".*

Asimismo, el "Convenio sobre Ciberdelito" de Budapest del año 2001, aprobado por la Ley 27.411 publicada en el Boletín Oficial el 15/12/2017, en su artículo 9 establece: "Infracciones relativas a la pornografía infantil 1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prever como infracción penal, conforme a su derecho interno, las siguientes conductas cuando éstas sean cometidas dolosamente y sin autorización: a. la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático; b. el ofrecimiento o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático; c. la difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático; d. el hecho de procurarse o de procurar a otro pornografía infantil a través de un sistema informático; e. la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos. 2. A los efectos del párrafo 1 arriba descrito, la "pornografía infantil"

comprende cualquier material pornográfico que represente de manera visual: a. un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito; b. una persona que aparece como un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito; c. unas imágenes realistas que representen un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito. A los efectos del párrafo 2 arriba descrito, el término "menor" designa cualquier persona menor de 18 años. Las Partes podrán exigir un límite de edad inferior, que debe ser como mínimo de 16 años".

Tales Convenios inspiraron la última reforma del art. 128 CP, Ley 27.436, B.O. 23/04/2018, con el objeto de adecuar la normativa interna a los estándares internacionales de protección de niñas, niños y adolescentes de cualquier tipo de explotación sexual, el que prevé en su parte pertinente que "Será reprimido con prisión de tres a seis años el producir, financiar, ofrecier, comerciar, publicar, facilitar, divulgar o distribuir, por cualquier medio, *toda representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales...*"

La norma emplea el vocablo "representación", encontrándose entre las acepciones que la Real Academia Española brinda la de "f. Imagen o idea que sustituye a la realidad", aportando un catálogo de sinónimos "símbolo, encarnación, personificación, imagen, emblema, figura, efigie, idea".

Así las cosas, y haciendo un análisis semántico de la norma interna, *art. 128 CP*, ajustado a los estándares internacionales, estos es, el *"Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía"* del 25/05/2000, aprobado por Ley 25.763, en mi opinión es posible colegir que toda representación, entendida esta como **imagen real o simulada** de un menor de edad de contenido eminentemente sexual, queda abarcada por la misma, independientemente de que sean creadas o no mediante herramientas tecnológicas como la inteligencia artificial a la que hace alusión el Sr. Defensor recurrente.

No desconozco que la República Argentina hizo reserva de los artículos 9.2.b. y 9.2.c. del Convenio sobre Ciberdelito que entre los supuestos que considera pornografía infantil contempla a una persona que aparece como un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito como así imágenes realistas que representen un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito; respectivamente. Sin embargo, esta reserva contradice el Protocolo Facultativo de la referida Convención, "Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía", aprobado por Ley 25.763; por lo que debe considerarse que no se ajusta a nuestro derecho interno ni al espíritu de Convención, y por lo tanto, no puede ser tenida en cuenta.

Además, esa circunstancia no deja fuera de la previsión legal del art. 128 del CP al supuesto de hecho que plantea el Dr. Morell Otamendi.

Y ello es así por cuanto el *Segundo Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, "Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía"* del 25/05/2000, aprobado por Ley 25.763, de carácter especial en materia de protección de las infancias, considera pornografía infantil a "toda representación", igual que lo hace el art. 128 del CP, por cualquier medio, de un niño del dedicado a actividades sexuales explícitas. Y si bien alude que tales representaciones pueden ser "reales o simuladas", vocablos que no se hallan presentes en la redacción de la figura típica que vengo analizando, lo cierto es que lo hace a modo meramente ejemplificativo o aclaratorio, circunstancia que surge al advertir que se halla entre comas en el texto del instrumento. Su falta de mención explícita en nuestro texto legal, al ser una mera aclaración, reitero, no excluye a ninguno de los dos supuestos.

De lo contrario la tolerancia a imágenes o representación de un menor de edad de contenido sexual, aún creada o modificada por las nuevas tecnologías, conduciría a normalizar la pedofilia y, en definitiva, pone en peligro el bien jurídico protegido por la norma, esto es, la libertad e integridad sexual de las infancias.

Siendo así, entiendo que la calificación legal del hecho cuya aplicación resiste el apelante aparece de momento ajustada a las constancias probatorias adjuntas y al derecho, al menos como para habilitar la discusión de la tesis fiscal en la próxima etapa del juicio y sin perjuicio de lo que eventualmente pudiera resultar en el transcurso del mismo.

Por todo ello, teniendo en cuenta la provisoriedad propia del estadio procesal que transita la presente, entiendo que no concurre en el caso la certeza negativa que, en principio, resulta necesaria para la revocación de la decisión que viene cuestionada en tanto, contrariamente a lo sostenido por el Defensor la conducta objeto de la presente encuadra - prima facie- en las previsiones del art. 128 CP.

En orden a los fundamentos expuestos, es que habré de proponer a mis colegas en el Acuerdo, confirmar la decisión adoptada el 18/12/2024 por la Sra. Jueza Garante, en lo que ha sido materia de agravio.

Así lo voto.

A la misma cuestión planteada el Dr. Humberto Bottini dijo: Por compartir los fundamentos expuestos por mi colega preopinante voto en el mismo sentido.

Por las razones expuestas el Tribunal; RESUELVE:

I.- No hacer lugar al recurso de apelación impetrado por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Francisco Morell Otamendi, y confirmar la decisión adoptada el 20/12/2024 por la Sra. Jueza Titular del Juzgado de Garantías N° 1 Departamental, Dra. Graciela Cione, en cuanto decidió no hacer lugar a la oposición formulada por la Defensa Oficial respecto de () () () y remitir las actuaciones a juicio en orden a los hechos calificados como publicación y distribución de representaciones de menores de dieciocho años dedicados a actividades sexuales, agravadas por tratarse de menores de trece años de edad, en concurso real con tenencia de representaciones de menores de dieciocho años de edad dedicados a actividades sexuales, art. 55 y 128 del CP, 23 inc. 5° a contrario y 337 del CPP.

II.- Regístrese, Notifíquese al Sr. Fiscal General Interino, Dr. José Luis Castaño, al Sr. Defensor Oficial, Dr. Francisco Morell Otamendi, y al Juzgado actuante, para su conocimiento y efectos.

III.- Oportunamente, comuníquese a la instancia de grado el cese de intervención de este Cuerpo en los obrados, en la forma de estilo.

Jcastanio@Mpba.Gov.Ar Fjmorell@Mpba.Gov.Ar

Juzgar1-Zc@Jusbuenosaires.Gov.Ar