

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

**ESCUELA DE POSGRADO**



**MAESTRIA EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

**TESIS**

Afectación al programa penal-constitucional con la incorporación del delito de proposiciones sexuales a menores de edad a través de la Ley de Delitos Informáticos

Para optar el Grado Académico de  
**MAESTRO EN CIENCIAS**

Presentada por:  
ROSA ELENA CARDOZO PAICO

Asesor:  
M.Cs. DOMINGO CELESTINO ALVARADO LUIS

CAJAMARCA, PERÚ

2018

COPYRIGHT © 2018 by  
**ROSA ELENA CARDOZO PAICO**  
Todos los derechos reservados

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



### **MAESTRÍA EN CIENCIAS**

#### **MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

#### **TESIS APROBADA**

Afectación al programa penal-constitucional con la incorporación del delito de proposiciones sexuales a menores de edad a través de la Ley de Delitos Informáticos

Para optar el Grado Académico de

#### **MAESTRO EN CIENCIAS**

Presentada por:

**ROSA ELENA CARDOZO PAICO**

#### **Comité Científico**

M.Cs. Domingo Celestino Alvarado Luis  
Asesor

M.Cs. Juan Carlos Tello Villanueva  
Miembro de Comité Científico

M.Cs. José Luis López Núñez  
Miembro de Comité Científico

M.Cs. Andrés Villar Narro  
Miembro de Comité Científico

Cajamarca - Perú

2018



# Universidad Nacional de Cajamarca

## Escuela de Posgrado

CAJAMARCA - PERU

### PROGRAMA DE MAESTRIA

#### ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS

Siendo las <sup>06:00</sup>..... de la tarde del día 26 de abril del año dos mil dieciocho, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **M.Cs. ANDRÉS VILLAR NARRO**, en representación del Director de la Escuela de Posgrado y como Miembro de Jurado Evaluador, **Mg. DOMINGO ALVARADO LUIS**, en calidad de Asesor; **M.Cs. JUAN TELLO VILLANUEVA**, **M.Cs. JOSÉ LÓPEZ NÚÑEZ**, como integrantes del Jurado Evaluador. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la **SUSTENTACIÓN** de la Tesis titulada **“AFECTACIÓN AL PROGRAMA PENAL-CONSTITUCIONAL CON LA INCORPORACIÓN DEL DELITO DE PROPOSICIONES SEXUALES A MENORES DE EDAD A TRAVÉS DE LA LEY DE DELITOS INFORMÁTICOS”**, presentada por la **Bachiller en Derecho. ROSA ELENA CARDOZO PAICO** con la finalidad de optar el Grado Académico de **MAESTRO EN CIENCIAS**, en la **Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho**, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **...APROBAR...** con la calificación de **...DECEISES (16.)**..... la mencionada Tesis; en tal virtud, la **Bachiller en Derecho ROSA ELENA CARDOZO PAICO** está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, en la **Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho**, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Siendo las <sup>07:00</sup>..... horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....  
**M.Cs. Andrés Villar Narro**  
Miembro de Jurado Evaluador

.....  
**Mg. Domingo Alvarado Luis**  
ASESOR

.....  
**M.Cs. Juan Tello Villanueva**  
Miembro de Jurado Evaluador

.....  
**M.Cs. José López Núñez**  
Miembro de Jurado Evaluador

A:

Mi padre Julio César, que está en el cielo, a mi madre Reyna Margarita, a mis hermanos y a mis tíos Cardozo Briceño, quienes me dieron el impulso para tomar este camino que me ha dado muchas satisfacciones; gracias por formarme, educarme y apoyarme incondicionalmente.

A mi esposo Carlos y a mis hijos Joaquín y Elena, por su insistencia en ver en mí una persona que busca superarse y por su constante paciencia, sin cuyo apoyo no hubiese sido posible la realización del presente trabajo intelectual.

**AGRADECIMIENTO:**

A mi Asesor, a mis profesores y amigos por sus recomendaciones y sugerencias, sin las cuales no se hubiese logrado la culminación del presente trabajo investigativo.

“Quiero decir que la única justificación racional que puede ofrecerse del derecho penal, como alternativa a las hipótesis abolicionistas, es que permita reducir, o sea minimizar, la cantidad y calidad de la violencia en la sociedad: no sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones frente a los delitos.”

**-Luigi Ferrajoli**

## GLOSARIO

**Delitos Informáticos:** Se puede definir a los delitos informáticos como aquellas conductas, típicas, antijurídicas, culpables y punibles en la que el agente hace uso de cualquier medio informático para obtener un beneficio indebido en perjuicio del sujeto pasivo (SALINAS, 2005, p. 1199).

**Grooming:** El término *grooming* proviene del término inglés groom, traducido significa acicalar o engalanar. En términos jurídicos podemos traducirla como seducción o preparación de niños con fines sexuales. Son aquellas acciones emprendidas por un adulto, a través de las TICs, con el objetivo de ganarse la confianza de un menor de edad, al crearse una conexión emocional con el mismo, con el fin de disminuir las inhibiciones del niño y poder realizar con él cualquier actividad de índole sexual.

**Programa Penal Constitucional:** Es el conjunto de postulados político-criminales que integran el marco normativo, en cuyo seno el legislador debe tomar sus decisiones y el Juez extraer sus criterios interpretativos y aplicativos (ARROYO, 1987, p.103).

**La anticipación de la punibilidad:** Se da cuando el Estado anticipa las barreras de protección penal o de punibilidad jurídico-penal. En este sentido, llega a reprochar conductas que no representan una puesta en peligro o una lesión efectiva de un bien jurídico, antes bien reprocha conductas que se encuentran en estadios previos.

El Estado sanciona acciones que originariamente pertenecerían aún al ámbito de libertades del sujeto, o bien, tiene por consumadas conductas que sólo podrían haberse encuadrado en el ámbito de la tentativa.

## CONTENIDO

Ítem	Página
DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTOS.....	vi
EPIGRAFE.....	vii
GLOSARIO.....	xiii
CONTENIDO.....	ix
RESUMEN.....	xiii
ABSTRACT.....	xiv
INTRODUCCIÓN.....	xv

### I. CAPÍTULO: LINEAMIENTOS METODOLÓGICOS

#### GENERALIDADES

1.1. Título del proyecto.....	2
1.2. Autora.....	2
1.3. Asesor.....	2
1.4. Tipo, área y línea de investigación.....	3
1.5. Localidad donde se desarrollará el proyecto de investigación.....	4

### II. CAPÍTULO: PLAN DE INVESTIGACIÓN

2.1. El Problema de Investigación	
2.1.1. Contextualización.....	6
2.1.2. Descripción del Problema.....	6
2.1.3. Formulación del problema.....	7
2.2. Justificación.....	10

2.3. Delimitación de la investigación.....	10
2.4. Objetivos de la investigación.....	12
2.4.1. General.....	12
2.4.2. Específicos.....	13
2.5. Hipótesis.....	13

### **III. CAPÍTULO: MARCO METODOLÓGICO**

3.1. Métodos de investigación.....	15
3.2. Diseño de investigación.....	18
3.3. Técnicas e instrumentos de Investigación.....	20

### **IV. CAPÍTULO: FUNDAMENTOS TEÓRICOS**

4.1. Antecedentes de la investigación o marco referencial.....	23
4.2. Marco Legal	
4.2.1. Legislación internacional.....	24
4.2.2. Legislación nacional.....	26
4.3. Marco Doctrinal (Bases Teóricas).....	28
4.3.1. Relación entre el Derecho Penal y Constitucional.....	28
4.3.2. Programa Penal Constitucional.....	31
4.3.3. Principios generales que rigen el programa penal constitucional.....	33
4.3.4. Principios Fundamentales que rigen el Derecho Penal .....	35
4.3.5. Derecho Penal y Política Criminal.....	43
4.3.6. Tendencias actuales y tradicionales del Derecho Penal.....	47
4.3.7. El grooming.....	63

4.3.8. Legislación Comparada de los diversos sistemas jurídicos respecto a la incorporación del delito de grooming. ....	67
4.3.9. Desarrollo del tipo penal de delito de proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos.....	75
4.3.10. El itercriminis .....	79
4.4. Definición de términos básicos.....	84

## V. CAPÍTULO: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1. Presentación de resultados.....	86
5.1.1. Análisis, interpretación y discusión de resultados.....	86

La incorporación del delito de proposiciones sexuales a menores de edad a través de la Ley de Delitos Informáticos afecta al programa penal-constitucional de la siguiente forma:

**H1.** Las tendencias actuales del Derecho Penal, que han sido tomadas como antecedentes para la incorporación de la Ley de Delitos Informáticos, se contraponen con los postulados doctrinarios de las corrientes clásicas del Derecho Penal lo que supone una realidad distinta a nuestro sistema jurídico. ....89

**H2.** Los postulados actuales de la Política Criminal están adoptando una postura errada al penalizar el *grooming*, delito de peligro abstracto, existiendo un excesivo adelantamiento de las barreras de protección penal.....96

**H3.** Afecta principios generales de orden penal y constitucional que conforman el denominado Programa Penal-Constitucional.....99

<b>VI. CAPÍTULO: PROPUESTA</b> .....	104
CONCLUSIONES.....	108
RECOMENDACIONES.....	110
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	111

## RESUMEN

El presupuesto base de la presente tesis deberá responder lo siguiente: “¿De qué forma afecta al programa penal constitucional la incorporación del delito de proposiciones sexuales a menores de edad a través de la Ley de Delitos Informáticos?”.

En ese sentido, la autora realiza un análisis jurídico y dogmático, a partir del estudio de las diferentes instituciones jurídicas, a nivel de Política Criminal y Derecho Penal, con la finalidad de ilustrar que la incorporación del delito de Propositiones sexuales a menores de edad, en la Ley de Delitos Informáticos, vulnera diferentes principios que conforman el Programa Penal Constitucional, postulados básicos del Derecho Penal tradicional, para lo cual estudia la vigencia de los principios jurídicos que sustentan el Derecho Penal y Constitucional, desde sus orígenes en relación al día de hoy, tomando en consideración que los tipos penales actuales, como lo es el delito de grooming, presentan un excesivo adelantamiento de las barreras de protección penal lo que no corresponde dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

Para ello realizaremos un estudio no experimental, teórico, utilizando el método dogmático materializado con la técnica de la observación y revisión documental, además del aporte analítico del investigador característico de las investigaciones cualitativas.

## **ABSTRACT**

The assumption of this thesis shall answer the next question: In which way affects to the constitutional criminal program the incorporation of the crime of sexual propositions to minors through the Computer Crimes Law?

In this sense, the author makes a legal and dogmatic analysis, beginning with the study of de different legal institutions, at policy criminal and Criminal Law level, with the purpose of illustrate that incorporation of the crime of sexual propositions to minors on the Computer Crimes Law, violate different kind of principles that form the constitutional criminal program, basic postulates of Traditional Criminal Law, for which studies the validity of legal principles that support Criminal and Constitutional Law, from the origins related to these days, taking in count that actual criminal types, as grooming, presents an excessive advancement of criminal protections barriers and these does not correspond inside of constitutional state of law.

To this end, we will do a no experimental and theoretical study, using dogmatic method materialized in observation technique and documental review, as well as analytical contribution of the researcher, characteristic of qualitative researches.

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad una de las características que se presenta en todo sistema jurídico es la aparición de novedosos delitos, los mismos que en reiteradas oportunidades, vulneran normas, en particular normas penales y nuestro país no es ajeno a ello.

Los avances tecnológicos han supuesto una verdadera revolución en todo el mundo, lo cual no sólo ha traído efectos positivos a través de las innovaciones científicas y tecnológicas; sino también, alcances negativos, debido a la aparición de conductas altamente dañosas, esto es, cuando el usuario de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs en adelante) las utiliza de manera indebida en agravio de la indemnidad sexual de menores. De esta problemática da cuenta diariamente los medios de comunicación a través de las noticias que transmite, información que no siempre es realizada objetivamente, sin perjuicio de ello, es una realidad presente en nuestra sociedad. En ese sentido, el sistema político (Estado) reacciona a través de los actores políticos con capacidad de decisión, quienes entienden el fenómeno negativamente utilizando medidas penales para dar respuesta a la opinión pública, sin que se resuelva el fondo del problema en sí.

Esta situación ha llevado al legislador penal incluir tipos penales como el delito de proposiciones a menores de edad con fines sexuales conocido internacionalmente como “*Grooming*” (grooming en adelante), figura que se encuentra prescrita hoy en día en la Ley de Delitos Informáticos – Ley N° 30096, cuya finalidad es prevenir y sancionar las conductas ilícitas que afectan los sistemas y datos informáticos, así como el secreto de comunicaciones, y los demás bienes jurídicos que resulten afectados con esta modalidad delictiva, como son: el patrimonio, la fe pública y la libertad sexual.

La Ley N° 30096 “Ley de delitos informáticos” fue promulgada el 21 y publicado el 22 de octubre del 2013 en el diario oficial “El Peruano”. Luego, con fecha 10 de marzo de 2014 fue parcialmente modificada por la Ley N° 30171 “Ley que modifica la Ley 30096, Ley de delitos informáticos”; con esta ley se busca sancionar actos meramente preparatorios existiendo un excesivo adelantamiento de las barreras de protección penal.

Aun cuando pareciera correcta la intensión del legislador sancionar este tipo de comportamientos; la Ley N° 30096 y su posterior modificación Ley N° 30171, se advierte en el Artículo 5° una redacción sumamente defectuosa y genera muchos vacíos legales; sin perjuicio, de que su incorporación se ha realizado vulnerando una serie de principios y postulados de índole penal y constitucional.

En tal sentido, la presente tesis ha desarrollado la sistemática siguiente; en primer lugar diremos que consta de seis capítulos, que desarrollan los lineamientos metodológicos, el plan de investigación, el marco metodológico, los fundamentos teóricos y un último apartado referido al análisis y discusión de resultados, así como a la contrastación de las hipótesis; todo ello, referido al análisis del delito de *grooming* como fenómeno ius-sociológico que ha impulsado en el legislador su incorporación como delito autónomo, siendo que nuestra problemática no es puramente teórica sino más bien está orientada a cuestionar los actuales postulados político criminales de nuestro Derecho Penal.

En el primer, segundo y tercer capítulo se exponen las ideas preliminares sobre el tipo, área y tema de investigación, propósito, metodología y la delimitación de nuestro trabajo de investigación, así como el planteamiento, justificación, objetivos e hipótesis de nuestro problema, además de los métodos y técnicas de investigación aplicados. Siendo entonces dicho sustento metodológico y dogmático los ejes rectores de nuestro proceso investigativo.

En el cuarto capítulo hemos desarrollado las diferentes corrientes actuales y tradicionales que consideramos aplicables a la presente tesis, en la cual la autora ha señalado las corrientes a las cuales se adhiere haciendo un análisis crítico de las novedosas corrientes de expansión del Derecho Penal; se ha descrito el marco legal, es decir, su regulación nacional como internacional; la relación que existe entre el Derecho Penal y Constitucional para de esta manera conceptualizar el denominado Programa Penal Constitucional; los principios penales y constitucionales que son afectados con la incorporación del delito de *grooming*; la política criminal y sus niveles de formulación y aplicación así como el estudio del *grooming* y su comparación en cuanto a su regulación en otros sistemas jurídicos y el desarrollo del tipo penal del delito estudiado; con la finalidad de darle sustento doctrinario y valedero a nuestra investigación.

En el quinto capítulo se presentan los resultados de la investigación, a través del análisis y discusión a fin de dar respuesta a la hipótesis formulada, para ello se ha desarrollado los antecedentes legislativos y las razones socio jurídicas que justificaron la incorporación del delito de *grooming* tomando en consideración los diferentes criterios de interpretación así como el análisis ius filosófico que da sustento a nuestra investigación.

En el Sexto y último capítulo se ha planteado una posible propuesta en cuanto a su despenalización de nuestro sistema penal, toda vez que el presente *iter* no tiene la finalidad criminalizar cualquier tipo de conductas; sino por el contrario, a través de nuestro fundamentos expuestos en este capítulo buscamos despenalizar el delito de proposiciones sexuales en razón a que existe, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, tipos penales previsto por nuestro legislador, en el que se sancionan conductas como la estudiada; asimismo hemos expuesto, desde el punto de vista de la Política Criminal,

que la severidad de las penas, en los delitos regulados contra La Libertad Sexual, no es la herramienta más adecuada para reducir los altos índices de criminalidad. Y, finalmente, culminándose el trabajo investigativo con las conclusiones de la labor investigativa; así como las recomendaciones del caso.

Por lo expuesto, dejamos establecido que este trabajo de investigación es sólo un intento de aproximación teórica-dogmático utilizando diferentes instituciones de la Política Criminal y del Derecho Penal; que no obstante ello, aún espera el aporte generoso de quienes con muchas limitaciones damos todo de nuestra parte con el propósito de contribuir al desarrollo de nuestras instituciones jurídicas.

# **CAPÍTULO I**

## **LINEAMIENTOS METODOLÓGICOS**

## **I. GENERALIDADES**

### **1.1 Título:**

“Afectación al programa penal-constitucional con la incorporación del delito de proposiciones sexuales a menores de edad a través de la Ley de Delitos Informáticos - Ley N° 30096”.

### **1.2 Autor:**

- 1.2.1** Nombres y apellidos : Rosa Elena Cardozo Paico
- 1.2.2** Grado académico : Bachiller en Derecho
- 1.2.3** Título profesional : Abogado
- 1.2.4** Dirección : Pasaje San Luis Mz. B-Lt. 4A
- 1.2.5** Email : rosaelenacardozo@hotmail.com
- 1.2.6** Teléfonos : 942047878

### **1.3 Asesor:**

- 1.3.1** Nombres y apellidos : Domingo Celestino Alvarado Luis
- 1.3.2** Grado académico :Magister en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas
- 1.3.3** Título profesional :Abogado
- 1.3.4** Dirección :Vía de Evitamiento Norte N° 1187
- 1.3.5** Email :domingoaluis@gmail.com
- 1.3.6** Teléfonos : 948606050

## **1.4 Tipo, área y línea de investigación:**

### **1.4.1 Tipo de investigación:**

En la presente tesis se utilizó la tipología **básica**, la misma que consiste en la búsqueda desinteresada de nuevos conocimientos científicos (BUNGE, 2006, p.15). Esta ciencia, indaga sobre nuevos eventos científicos que crean o refutan teorías y proposiciones fundamentales de la ciencia en general, con validez más o menos universal. Con este tipo de investigación estudiamos la incorporación de una nueva figura en el Derecho Penal como es el delito de proposiciones a menores con fines sexuales y su afectación al programa penal-constitucional; con esta tipología se buscó resolver problemas esencialmente teóricos; apuntando al desarrollo de teorías y proposiciones existentes; además nos agenciarnos de recursos de carácter documental (conceptos, principios, teorías, etc).

### **1.4.2 Área de investigación:**

Nuestra tesis tiene como área de investigación: Derecho Penal y Política Criminal. El **Derecho Penal peruano** porque nos enfocamos en los Principios que rigen el Derecho Penal; así como el análisis de la Ley N° 30096 “Ley de Delitos Informáticos” y su posterior modificación Ley N° 30171 respecto a la incorporación del delito de proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales; y por otra parte, estudiamos el ámbito de la **Política Criminal** en su nivel de formulación o criminalización primaria, en la que hemos cuestionado esta etapa, en que se genera la ley penal, toda vez que se advierte una extralimitación por parte de los legisladores al incorporar leyes que atentan contra el programa penal-constitucional.

### **1.4.3 Línea de investigación:**

**1.4.3.1.** Política Criminal

**1.4.3.2.** Principios del programa Penal-Constitucional

**1.4.3.3.** Delito de proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales.

### **1.5 Localidad e institución donde se desarrollará el proyecto.**

La presente tesis se desarrolló en la Universidad Nacional de Cajamarca.

**CAPÍTULO II**  
**PLAN DE INVESTIGACIÓN**

## **2.1.Planteamiento del problema**

### **2.1.1.Contextualización:**

La globalización y su acelerado desarrollo tecnológico ha reforzado una de las herramientas informáticas de gran importancia que es el internet, el cual ha servido de gran ayuda para que las personas nos mantengamos comunicadas y podamos realizar operaciones desde los diferentes lugares del mundo; sin perjuicio, de los aspectos positivos que éste tiene; es menester indicar los diversos riesgos que genera el uso indebido de estos medios tecnológicos lo que ha generado la hoy llamada cibercriminalidad que está presente en todas las sociedades del mundo, pero con mayor amplitud en los países vecinos de América Latina, incluyendo el nuestro<sup>1</sup>.

Debido a esta problemática, en nuestro país, los ex – congresistas: Juan Carlos Eguren y Tomás Zamudio, durante el gobierno del 2011-2015, demandaron un debate serio para actualizar los delitos informáticos a raíz de los constantes cambios que generan las TICs y para estar a la par de la legislación comparada (Alemania, España, Australia, Estados Unidos, Argentina y Chile). Por tal iniciativa, se asumió el reto de derogar todos los delitos informáticos vigentes en nuestro Código Penal, que en principio, solo estaban regulados en el Libro de Delitos contra el patrimonio, para finalmente ser insertados en una ley especial.

Las primeras propuestas para regular los delitos informáticos fueron plasmadas en los Proyectos de Ley N° 34/2011-CR y 2520/2011-PE<sup>2</sup>; los mismos que en

---

\* En la presente Tesis, en lo que concierne a método de citas se hará uso exclusivo del sistema APA.

<sup>1</sup> Según los datos recogidos por el Laboratorio ESET (Compañía de Seguridad Informática).

<sup>2</sup> Proyecto Ley N° 2520/2012-PE, presentada al Congreso de la República del Perú el 26 de julio de 2013, siendo su objeto modificar el Código Penal con la finalidad de modernizar la legislación penal en el marco de la lucha eficaz contra la cibercriminalidad. pág. 1

principio, no tenían como finalidad incorporar o modificar algunos artículos del Código Penal, sino promulgar una Ley Especial<sup>3</sup>.

### **2.1.2. Descripción del problema**

Hoy en día es fácil acceder al internet, la mayoría de personas hacemos uso de las redes sociales: Facebook, Twiter, Whatsapp, Messenger, Skype u otros medios cibernáuticos. Los menores, con mucha frecuencia, también utilizan estas TICs, debido a que son aplicaciones de fácil acceso, los costos en internet son bajísimos y las páginas siempre están abiertas a su acceso, sin tener ninguna restricción en cuanto a su edad; sin embargo, debido a la inocencia de los menores, existen personas quienes se esconden en el anonimato y empiezan a entablar conversaciones que, en algunas veces, tienen contenido de índole sexual; en tal sentido, consideraron que en nuestro sistema era necesario tipificar estas prácticas indebidas conocida en otros países como el *Grooming* a fin de sancionar al autor de estos hechos.

Nuestro país, siguiendo la legislación internacional incorporó como tipo penal autónomo el delito de “Proposiciones a menores con fines sexuales a través de los medios tecnológicos - *grooming*” mediante la Ley N° 30096 – Ley de Delitos Informáticos que entró en vigencia el 22 de octubre del 2013<sup>4</sup>, específicamente en su Artículo 5°. Esta ley se emitió siguiendo los lineamientos de “Las bases para la elaboración de un instrumento internacional en materia de cibercriminalidad”<sup>5</sup>,

---

<sup>3</sup> En la medida en que se trate de un ámbito de constante cambio y evolución, resulta mucho más operativo hacer modificaciones a una Ley Especial que al Código Penal. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 34/2011-CR, presentado el 11 de agosto del 2011 al Congreso de la República. Pág. 2

<sup>4</sup> El objeto de esta Ley es prevenir y sancionar los delitos cometidos mediante la utilización de tecnologías de la información o de la comunicación con la finalidad de garantizar la lucha eficaz contra la cibercriminalidad.

<sup>5</sup> Este documento fue suscrito por el Ministro de Justicia Daniel Augusto Figallo Rivadeneyra, en el marco de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), realizada entre 04 y 05 de abril de 2013. Recogido de [http://www.comjib.org/sites/default/files/Bases\\_Instrumento\\_Internacional\\_Cibercrimen.pdf](http://www.comjib.org/sites/default/files/Bases_Instrumento_Internacional_Cibercrimen.pdf)

elaboradas en la Conferencia Internacional de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB)<sup>6</sup>.

Consideramos buena la intención del legislador al querer sancionar conductas de esta naturaleza que causan agravio a la indemnidad sexual de los menores; sin embargo, es preciso mencionar que se han presentado diversas dificultades en cuanto a la formulación y aplicación del tipo penal, en razón a que el marco descriptivo como se ha establecido la norma no es el correcto, para ello enumeraremos las siguientes:

- 1) Cuando se promulgó la Ley N° 30096, en su Artículo 5° se sancionaba únicamente las conductas que se realizan a través de las TICs, es decir a través del internet o cualquier otro medio; en ese sentido, si el agente realizaba proposiciones a un (a) menor en forma personal, no estaba penado; sin embargo, posteriormente con la Ley N° 30171 de fecha 10 de marzo de 2014 modificó la Ley N° 30096, de esta manera se buscó corregir los principales desaciertos de la norma; en consecuencia, cambió el panorama de la legislación; no solo respecto a la modificación del Artículo 5°, sino a la incorporación del artículo 183°-B en el Código Penal el cual sanciona la misma conducta; no obstante, el Artículo 5° de la Ley también sanciona el delito siempre y cuando se realiza a través de las TICs. Si revisamos ambos tipos penales podemos advertir que es la misma redacción, existiendo una duplicidad del mismo delito, con la diferencia de que en la Ley especial se sanciona cuando el tipo penal se realice a través de las TICs y en el Código Penal Artículo 183-B cuando se realiza de manera directa sin importar el medio.

---

<sup>6</sup> MORACHIMO, Miguel. *Poder Ejecutivo propone un nuevo Proyecto de Ley sobre delitos informáticos*. Consultada el 25 de noviembre, 2014. Recuperado de <http://www.blawyer.org/2013/09/09/ley-delitos-informaticos-ejecutivo/>

- 2) Atendiendo a la preponderancia del bien jurídico tutelado (indemnidad sexual) y de alta vulnerabilidad de los menores de edad en sociedad, este nuevo delito se presenta con un excesivo adelantamiento de las barreras de protección penal y no limita su activación solo para hechos consumados de lesión efectiva de dicho bien jurídico<sup>7</sup>; entonces lo que se va a penalizar es un acto preparatorio en sí mismo, es decir se busca sancionar el mero contacto con un menor, sin necesidad de que se lleve a cabo una acción posterior por parte del agente lo cual implica la aparición de un delito de peligro abstracto, concibiéndose nuestro sistema como un Derecho Penal Simbólico y Punitivista; pudiendo observar que este articulado no criminaliza un delito sino la intención de cometerlo y si seguimos la tradición de nuestro sistema penal sabemos que éste castiga el delito o su tentativa más no los actos preparatorios que forman parte del intercrimínis y que según reiterada jurisprudencia son impunes.
- 3) Protege exclusivamente a menores de 14 años.
- 4) En su etapa procesal, a nivel de investigación por parte del Ministerio Público resulta dificultoso acreditar la verdadera intención del sujeto (elemento subjetivo: finalidad sexual) pues no todo contacto con un menor es de connotación sexual.
- 5) Por otra parte se está estigmatizando al internet cuya herramienta en la actualidad las personas lo utilizan como una forma de relacionarse entre ellas; sin embargo, el solo hecho de contactar con un menor y que en dicha comunicación haya una propuesta ya se estaría cometiendo el delito; ello involucraría además un monitoreo a los contactos a la información que uno puede guardar; monitoreo a cargo de la DIVIDANT.

---

<sup>7</sup> Exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 2520/2012-Pe, presentado al Congreso de la República el 26 de julio de 2013. Pág 15

- 6) Se observa una desproporcionalidad en cuanto a la pena; el marco establecido en el tipo penal resulta mayor que los delitos regulados en el Libro Contra la Libertad sexual, al considerar una sanción de 4 a 8 años de pena privativa de libertad.

Todos estos problemas se contraponen con las garantías esenciales y principios que rigen en el Derecho Penal y Constitucional; el cual resulta incompatible máxime si nos regimos bajo un Estado Constitucional de Derecho.

En tal sentido, es importante que el Estado a través de sus diferentes organismos tales como la PNP, el Ministerio Público, el Poder Judicial, Defensoría del Pueblo se unan a la lucha contra los delitos informáticos con el objeto de garantizar la efectividad de la ley estableciendo lineamientos básicos de prevención tomando en cuenta los fundamentos de la Política criminal a nivel de su formulación.

### **2.1.3. Formulación del Problema**

¿De qué forma afecta al programa penal-constitucional la incorporación del delito de proposiciones sexuales a menores de edad a través de la Ley de Delitos Informáticos?

## **2.2. Justificación e importancia de la investigación**

Los motivos que me llevaron a elegir este tema; es que en reiteradas oportunidades observamos la aparición de numerosas normas; tanto así que cada 6 minutos en el Perú se emite una norma legal<sup>8</sup>, advirtiéndose que el legislador incorpora nuevos tipos delictivos atendiendo solo a lo informado por los medios de comunicación o a

---

<sup>8</sup> El reciente Informe Legislativo "Perú: país de las leyes 2014", elaborado por LA LEY y Gaceta Jurídica, revela que en el 2014 el Estado emitió más de 20 mil normas. Publicado el 8 de enero de 2015 en la Revista La Ley – El Ángulo Legal de la noticia.

intereses políticos; cuando en realidad las normas, en materia preventiva y punitiva, deben incorporarse tomando en cuenta los aspectos esenciales del Derecho Penal y la Política criminal.

Si bien el Estado busca reducir los altos índices delictivos en los delitos contra la libertad sexual a través de la amenaza e imposición de penas graves; sin embargo, la severización de las penas no han traído consigo que los ciudadanos se abstengan de cometer ciertos ilícitos penales más bien a medida que más severas se vuelvan éstas se advierte una mayor criminalidad en estas conductas prohibidas. El Estado y la sociedad en su conjunto buscan encontrar justicia a través del Derecho; al respecto podemos decir que el problema no radica en la falta de leyes, sino el cumplimiento de las ya existentes, pues con el hecho de agregar nuevas conductas o endurecer las penas no se va a conseguir erradicar la cibercriminalidad en abuso de los menores en nuestro país.

Lo más recomendable en este caso hubiese sido la aplicación adecuada de los tipos penales ya existentes como son el de ofensas al pudor (Artículo 183° inc.2 del CP), violación sexual (Artículo 173° del CP) y pornografía infantil (Artículo 183° A del CP), según sea el caso; en tal sentido mi propuesta es que sea separada como un tipo penal autónomo tanto de la Ley de delitos informáticos así como del Código Penal.

Por último, tenemos la humilde pero firme convicción, de que el presente estudio es necesario, pues contribuye al establecimiento de soluciones frente a esta problemática; pues lo que se busca es establecer que la eficacia de la justicia no se mide por la creación de nuevos tipos penales, no olvidemos que el Derecho Penal, como medio de control social, se caracteriza por imponer penas o medidas de seguridad cuando se han cometido acciones graves que atenten contra los bienes

jurídicos de la sociedad siempre y cuando se utilice de última ratio; no siendo el más adecuado para solucionar problemas de esta naturaleza en razón a que existen otros mecanismos de control social.

## **2.3. Delimitación de la investigación**

### **2.3.1. Límites Temáticos:**

La presente tesis tiene como punto de partida cuestionar la incorporación del *grooming* en nuestro sistema penal (Artículo 5° de la Ley 30096 y Artículo 183°-B del Código Penal) el cual afecta diversos postulados del programa penal constitucional.

### **2.3.2. Límites de Espacio y Tiempo:**

**Ubicación Espacial.-** En el presente estudio se desarrollará dentro del ámbito espacial del territorio peruano.

**Ubicación Temporal.-** La presente investigación comprende desde el momento en que entró en vigencia la Ley 30096 – Ley de Delitos Informáticos, esto es desde el 22 de octubre de 2013 hasta la actualidad.

## **2.4. Objetivos**

### **2.4.1. Objetivo General:**

Determinar la forma en que se afecta al programa penal-constitucional la incorporación del delito de proposiciones sexuales a menores de edad a través de la Ley de Delitos Informáticos.

#### **2.4.2. Objetivos Específicos:**

- a) Desarrollar las tendencias actuales del Derecho Penal que han dado origen a la Ley de Delitos Informáticos, las mismas que se contraponen con los postulados doctrinarios de las corrientes clásicas del Derecho Penal.
- b) Establecer que los postulados actuales de la política criminal están adoptando una postura errada al sancionar delitos de peligro abstracto existiendo un excesivo adelantamiento de las barreras de protección penal.
- c) Describir los principios de orden constitucional y penal que son afectados con la vigencia de la Ley 30096- Ley de Delitos Informáticos.

#### **2.5. Hipótesis:**

La incorporación del delito de proposiciones sexuales a menores de edad a través de la Ley de Delitos Informáticos afecta al programa penal-constitucional de la siguiente forma:

- H1.** Las tendencias actuales del Derecho Penal, que han sido tomadas como antecedentes para la incorporación de la Ley de Delitos Informáticos, se contraponen con los postulados doctrinarios de las corrientes clásicas del Derecho Penal lo que supone una realidad distinta a nuestro sistema jurídico.
- H2.** Los postulados actuales de la Política Criminal están adoptando una postura errada al penalizar el *grooming*, delito de peligro abstracto, existiendo un excesivo adelantamiento de las barreras de protección penal.
- H3.** Afecta principios generales de orden penal y constitucional que conforman el denominado Programa Penal-Constitucional.

**CAPÍTULO III**  
**MARCO METODOLÓGICO**

### 3.1. Métodos de Investigación:

Como ocurre con todas las investigaciones científicas, nuestra tesis ha hecho uso de los métodos generales: analítico, sintético e inductivo en los momentos en que resultaron necesarios; pero además, se han utilizado métodos específicos de interpretación jurídica y otros, a fin de comprender de una manera debida los temas relativos a la misma.

#### 3.1.1. Métodos generales:

La presente tesis aplicó de forma conjunta los siguientes métodos generales:

- a) **Método analítico**, el cual se define, generalmente, como el procedimiento mental o material de descomposición de un todo en sus partes, y como cognición de cada una de ellas (ZELAYARAN, 1997, p.148). A través de este método se analizó por separado los conceptos del tipo penal del Artículo 5° de la Ley 30096; así también se describió cada uno de los principios que conforman el denominado Programa Penal-Constitucional que estarían afectados con la incorporación del delito de *grooming*.
- b) **Método sintético**, mediante el cual reunimos los elementos para formar un todo; hay síntesis cuando se procede de lo simple a lo complejo (ZELAYARAN, 1997, p.111). Nuestra tesis desarrolló la temática del Artículo 5° de la Ley 30096, el Artículo 183°-B y los principios del Derecho Penal-Constitucional, partiendo de conceptos generales, como qué es el *grooming*, su naturaleza jurídica, elementos del tipo penal, comparación con otros sistemas, etc. De esta manera nos permitió establecer las causas y efectos de nuestro problema de investigación.

c) **Método inductivo**, que es aquél método científico que a partir de verdades particulares concluye verdades generales (ARANZAMENDI, 2013, p. 108). Como podemos observar, existe relaciones entre el análisis y la inducción; ya que el primero coadyuva al segundo, pues, la inducción no solo se orienta a tomar los hechos singulares que tienen en común, sino que, además, trata de encontrar lo que tienen de esencial, en base de operaciones de análisis, de modo que, una correcta inducción requiere del uso cuidadoso del análisis. Que luego de haber realizado un análisis de la figura en investigación y su normatividad sustentatoria, realizamos la contrastación vía argumentación con el marco teórico general de nuestro problema de investigación para obtener así los resultados que nos ha permitido establecer las causas y el porqué de las mismas, ya que luego de establecido nuestro marco teórico general hemos realizado la descripción de cómo se presenta el problema en nuestra legislación a nivel de formulación.

### 3.1.2. Métodos específicos:

- a) **Método Literal o gramático**, consiste en deducir de las palabras mismas, de su lugar en la frase y de la sintaxis, de la misma puntuación, el sentido exacto del artículo de que se trata (DU PASQUIER, 1994, p.259). Con este método, a través de la utilización de reglas de lenguaje, se determinó el verdadero significado del delito de *grooming* tal como ha sido planteado por el legislador.
- b) **Método Lógico**, este método consiste en la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen sus diversas partes (ALZAMORA, 1982, p. 263). Es aquél que utiliza los razonamientos de la lógica para alcanzar el verdadero significado de la norma, la razón de ser de la ley; atendiendo a este método se

encontró, a través de la Exposición de Motivos de la Ley de Delitos Informáticos, la razón de ser del delito de *grooming*.

- c) **Método Histórico**, es aquél que tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia en la época en que la ley ha sido dada: determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer (ALZAMORA, 1982, p. 263). En este método es importante establecer los aportes que debe brindar la política criminal desde nuestro punto de vista.
  
- d) **Método Sistemático**, desde la perspectiva del método sistemático jurídico, el derecho no se contempla únicamente al tenor literal de la ley en forma aislada, sino que el derecho forma un todo, y que por lo tanto, para conocer y comprender el sentido y alcance de una disposición, es necesario valorarla en la totalidad; para ello la norma jurídica se estudió tomando en cuenta su regulación tanto en la legislación internacional como nacional.
  
- e) **Método Argumentativo**, es aquél que desde premisas verosímiles llega a conclusiones razonables; en una correcta argumentación, metódicamente (ARANZAMENDI, 2013, p. 104), argumentar es esencialmente un intento de persuadir racionalmente utilizando diversas estrategias (presentar hechos, refutar razonamientos defectuosos, etc); mediante la argumentación jurídica se explicó las razones por las cuales no debió incorporarse el *grooming* en nuestro sistema penal. Asimismo, este método nos permitió elaborar el discurso jurídico relevante y bien estructurado; ya que para el mismo, hemos utilizado las reglas técnicas, desmembrando el objeto de estudio en todo su sentido gramatical, para con ello elaborar las proposiciones jurídicas referentes al tema investigado.

- f) **Método Comparativo**, es aquél que trata de identificar las similitudes y diferencias normativas y teóricas de dos o más sistemas en el ámbito del Derecho nacional e internacional en el cual se analizará la variedad de doctrina tanto nacional o extranjera aplicable al tema a investigar, comparando sistemas simétricos, estableciendo criterios generales sobre diversas instituciones, en razón a que el *grooming* ha sido primigeniamente incorporado en Latinoamérica en Chile y Argentina, luego Perú siguiendo los modelos europeos.
- g) **Método Dogmático jurídico**, la investigación jurídica dogmática es el estudio de los diversos institutos, categorías del derecho, también de las corrientes doctrinarias; busca construcciones lógicas que no contradigan los intereses jurídicos y los Derechos Humanos (QUIROZ, 1998, p. 54). Su objeto debe estar constituido por las fuentes formales que lo integran. Es el principal método utilizado en nuestra investigación, toda vez que nuestro trabajo es uno de tipo dogmático-formalista en el que hemos utilizado aspectos conceptuales, instituciones o normas jurídicas en estudio adhiriéndole un análisis crítico iusfilosófico en la que finalmente se determinó que la incorporación del delito de *grooming* afecta principios doctrinales penales-constitucionales, teniendo en cuenta que éstos se van a presentar como el límite al libre albedrío del Estado desde el momento de su incorporación y aplicación de delitos que solo castigan actos de mera actividad.

### 3.2. Diseño de la Investigación

De acuerdo con el problema de investigación enunciado y la hipótesis formulada como posible respuesta anticipada que le da solución, el diseño metodológico es netamente **Cualitativo – No experimental** en razón a que estuvo encaminada de

manera específica, a ser un estudio de índole jurídico-descriptiva, toda vez que en nuestro estudio desarrollamos diversos postulados doctrinarios por los cuales no debió incorporarse este delito en la Ley N° 30096. La investigación cualitativa<sup>9</sup> podría entenderse como una categoría de diseños de investigación que extraen descripciones a partir de observaciones que adoptan las formas de entrevistas, narraciones, notas de campo, registros de todo tipo, etc.; el investigador cualitativo pretende conocer el fenómeno que estudia en su entorno natural, siendo el propio investigador el principal instrumento para la generación y recogida de datos, con los que interactúa; debiendo reflexionar sobre sus propias creencias y conocimientos.

Asimismo es menester señalar los Niveles de investigación que se utilizarán; por un lado, es **Descriptivo**, este diseño de investigación tiende a describir las partes y rasgos esenciales de fenómenos fácticos o formales del Derecho (ARANZAMENDI, 2013, p.79); siendo aplicable a la presente tesis en la medida que se desarrolló toda la temática respecto a los Delitos Informáticos, específicamente el delito prescrito en el Artículo 5° de la Ley 30096: teorías, doctrina y principios del Derecho Penal – Parte General los mismos que han sido vulnerados por la incorporación del *grooming*; por otro lado, es **Explicativo**, en la medida en que se utilizó argumentos para explicar objetivamente las relaciones, descripciones, observaciones de las cuestiones jurídicas utilizadas en la investigación (QUIROZ, 1998, p. 55); siendo que para nuestro análisis explicamos la manera en como viene afectando la incorporación del *grooming* al programa penal-constitucional; explicando a través de postulados y teorías propias del Derecho Penal la vulneración de principios de orden penal y

---

<sup>9</sup> La Investigación Cualitativa. Consultada el 20 de Enero, 2015. Recuperado de <http://www.iiicab.org.bo/Docs/doctorado/dip3version/M2-3raV-DrErichar/investigacion-cualitativa.pdf>.

constitucional. Y por último es, **Propositivo**, esta tipología busca indagar la falta o deficiencia de un enfoque teórico para resolver un problema jurídico; en otros casos se evidencia el vacío o lagunas de una o varias normas jurídicas o se cuestiona las existentes, determinando sus límites o deficiencias para proponer una nueva, la reforma o su derogatoria (QUIROZ, 1998, p. 82-83). Es utilizable este diseño en razón a que se busca despenalizar esta figura de la Ley N° 30096 – Ley de delitos informáticos; considerando que su utilización se debe dar con la aplicación adecuada de los tipos penales ya existentes, atendiendo a su naturaleza.

### **3.3. Técnicas e instrumentos de investigación**

Son técnicas de investigación, los diversos procedimientos metodológicos, estrategias y análisis documentales utilizados para acopiar y procesar la información necesaria (QUIROZ, 1998, p.118). En la presente investigación se utilizaron las siguientes técnicas:

- a) **La Observación:** es una técnica que consiste en observar atentamente el fenómeno, hecho o caso, tomar información y registrarla para su posterior análisis<sup>10</sup>. La observación es un elemento fundamental pues en ella se apoya el investigador para obtener el mayor número de datos. Gran parte del acervo de conocimientos que constituye la ciencia ha sido lograda mediante la observación. Esta técnica se utilizó en razón a que como investigadora vamos a observar cómo es que el delito del *grooming* vulneró los principios penales.

---

<sup>10</sup> Conceptos Básicos de Metodología de Investigación. Consultada el 20 Enero, 2015. Recuperado de <http://metodologia02.blogspot.com/p/tecnicas-de-la-investigacion.html>.

**b) El Fichaje:** es una técnica auxiliar de todas las demás técnicas empleada en la investigación científica<sup>11</sup>; consiste en registrar los datos que se van obteniendo en los instrumentos llamados fichas, las cuales, debidamente elaboradas y ordenadas contienen la mayor parte de la información que se recopila en una investigación por lo cual constituye un valioso auxiliar en esa tarea. En el desarrollo de nuestra tesis se ha aprovechado las ventajas del uso de las fichas bibliográficas, textuales, de resumen y de comentario, artículos de revistas, de críticas, reflexiones, aportes y comentarios personales, exposición de motivos. Todo ello para registrar información importante en cuanto a tratados, doctrina, sentencias, leyes y jurisprudencia que se revisó a lo largo de la investigación a través de: Fichas bibliográficas, de comparación, resúmenes, de citas todo en lo que concierne a la incorporación del Artículo 5° de la Ley de Delitos Informáticos.

---

<sup>11</sup> *Ibid.* (10)

**CAPÍTULO IV**  
**FUNDAMENTOS TEÓRICOS**

## MARCO TEÓRICO

### 4.1. Antecedentes de la investigación o marco referencial

Por el momento no conocemos ninguna investigación en la ciudad de Cajamarca respecto al tema de afectación al Programa Penal-Constitucional con la incorporación del delito de proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales en nuestro sistema penal peruano. Sin embargo, es menester indicar, que existe una Tesina que defiende la incorporación del grooming<sup>12</sup> titulada “El Child Grooming: Acoso sexual de niños a través de internet, en la legislación chilena”; cuya autora es Bárbara Espinoza Cortez de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Andrés Bello de Chile, quien ha desarrollado el tipo penal del delito de *grooming*; así también el Abogado Ismael Salvador Sierra Contreras, alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile con la Tesina denominada “Análisis crítico del tipo penal de abusos sexuales y de la figura del child grooming a partir de una interpretación jurisprudencial del Artículo 366º quater del Código Penal” quien se pronunció respecto a una sentencia de un procesado y penado sin haber estado en vigencia la figura del *grooming*. De igual manera, en Argentina, existen foros y artículos publicados en la web; teniendo como expositores: Manuel Garrido, ex diputado quien escribió “Ley de grooming. O de como la demagogia mata derecho<sup>13</sup>” y la Licenciada Beatriz Busaniche, quien publicó “El Grooming: Una mala legislación escondida en buenas intenciones<sup>14</sup>”; ambos consideran ineficaz la incorporación del delito del *grooming* en el sistema penal; en nuestro país

---

<sup>12</sup> En la presente tesis se hará referencia al término grooming para referirnos al delito de proposiciones de menores con fines sexuales, toda vez que a nivel internacional este delito es conocido como grooming, child grooming, ciber acoso.

<sup>13</sup> GARRIDO, Manuel. *Ley del Grooming. O de cómo la Demagogia mata al Derecho*. Consultado el 15 de marzo, 2015. Recuperado de <http://www.manuelgarrido.com.ar/?p=821>

<sup>14</sup> BUSANICHE, Beatriz. *El Grooming: Una mala legislación escondida en buenas intenciones*. Consultado el 15 de marzo, 2015. Recuperado de <http://www.lagaceta.com.ar/nota/568200/nacional/grooming-mala-legislacion-escondida-buenas-intenciones.html>

encontramos, un artículo publicado por Daniel Ernesto Peña Labrin<sup>15</sup>, denominado “Aproximación Criminológica: Delitos Informáticos contra la indemnidad y libertades sexuales Ley N° 30096”; así también existe una publicación de Elky Alexander Villegas Paiva denominada “Los delitos de proposiciones sexuales a menores de edad. Un estudio comparativo de los artículos 5 de la Ley de delitos informáticos y 183-B del CP” (Gaceta Penal & procesal penal – Tomo 95. Mayo 2017. Pág. 87-92) en donde el autor precisa algunas similitudes y diferencias en ambos articulados con el objeto de establecer el ámbito de aplicación de cada uno de los delitos; por otro lado tomaremos en consideración algunos preceptos constitucionales establecido por el Doctor Víctor Burgos Mariños en el tema “El proceso penal peruano: una investigación sobre su constitucionalidad”. Tesis para optar el grado académico de magíster en Ciencias Penales. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Unidad de post grado de Derecho. Lima, Agosto del 2002.

## **4.2. Marco Legal**

### **4.2.1. Legislación internacional**

menzado la lucha a nivel mundial contra el abuso y la explotación sexual de los niños, ello se puso de manifiesto en el Tercer Congreso Mundial de Enfrentamiento a la Explotación sexual de niñas, niños y adolescentes celebrado en Estocolmo (1996), posteriormente en Yokohama (2001) y Río de Janeiro<sup>16</sup> (2008), a través de estos importantes instrumentos jurídicos internacionales en donde se invita y obliga a todos los Estados a emprender las acciones específicas para prevenir e impedir la pornografía infantil y el uso de internet y de las nuevas tecnologías para el acoso de

---

<sup>15</sup> PEÑA LABRIN, Daniel. “Aproximación Criminológica: delitos informáticos contra la Libertad e indemnidad sexual-Ley N° 30096”. Consultado el 23 de junio de 2015. Pág. 17-19. Recuperado de [http://www.uigv.edu.pe/fileadmin/facultades/derecho/Archivos/articulos\\_docentes/articulo\\_delitos\\_informaticos\\_indemnidad\\_sexual\\_2014.pdf](http://www.uigv.edu.pe/fileadmin/facultades/derecho/Archivos/articulos_docentes/articulo_delitos_informaticos_indemnidad_sexual_2014.pdf)

<sup>16</sup> Congreso celebrado en Río de Janeiro-Brasil del 25 al 28 de noviembre de 2008. Consultado 25 de junio de 2015. Recuperado de [http://www.ecpat.net/worlCongressII/PDF/publications/ECPATWCIIIReport\\_FINAL.pdf](http://www.ecpat.net/worlCongressII/PDF/publications/ECPATWCIIIReport_FINAL.pdf).

niños con el fin de abusar de ellos online. Dentro de estos instrumentos internacionales mencionaremos a los siguientes:

**a) Comité del Consejo de Europa para la Convención de 23 de noviembre, 2001**

– **Convenio de Budapest:** este tratado ha sido desarrollado teniendo en cuenta diversas consideraciones y convicciones del Consejo de Europa frente a la cibercriminalidad expansiva. Su objeto es promover un estándar internacional universal para la tipificación de delitos informáticos y para establecer procedimientos uniformes entre los Estados partes. Dos de sus pilares discursivos son: una adecuada legislación y la mejora de la cooperación internacional. De este modo, el tratado se desarrolla en la tipificación de conductas a nivel sustantivo, procesal y las estrategias de participación interinstitucional referidas a la investigación y medidas preventivas<sup>17</sup>.

**b) Convención Europea para la protección de los niños frente a la explotación**

**sexual y el abuso sexual de 25 de octubre, 2007 – Convenio de Lanzarote:** en su Artículo 23º menciona a las “**Proposiciones a niños con fines sexuales**”, prescribiendo lo siguiente: “ *Cada parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y de la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del Artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados en el apartado 1 (...)*”.

Atendiendo el tenor de las normas antes descritas, la conducta que se debe penalizar debe ser aquella en la que el adulto tenga como propósito: i) Realizar actividades sexuales con un niño que, de conformidad con las disposiciones

---

<sup>17</sup> Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Nº 2520-2012-PE (Ley de represión de la cibercriminalidad). Pág. 19

aplicables del Derecho Nacional, no haya alcanzado la edad legal que cada Estado parte hubiese fijado como límite de la intangibilidad sexual, esto es consentimiento en materia sexual; y, ii) La producción de pornografía infantil.

**c) Informe del 12° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Justicia Penal:** señala que estos adelantos tecnológicos posibilitan una nueva modalidad de comisión de delitos como el fraude y distribución de pornografía infantil.

De todos los textos citados, solo uno, el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote) aborda la exigencia de tipificar como delito autónomo las proposiciones sexuales a niños a través de las TICs.

#### **4.2.2. Legislación nacional:**

En nuestro sistema el delito, materia de la presente tesis se encuentra relacionado en las siguientes disposiciones legales:

- a) **Proyecto de Ley 34/2011-CR** presentado el 11 de agosto de 2011 a iniciativa del Congresista Juan Carlos Eguren Neuenschwander, en el cual se determinó legislar los delitos informáticos en una ley especial.
- b) **Proyecto de Ley N° 2520-2012-PE** de fecha 26 de julio de 2013, el cual servirá para conocer los antecedentes que generaron la incorporación del delito de Proposiciones a menores de edad con fines sexuales a través de los medios tecnológicos, proyecto que fue presentado por el Ejecutivo con autorización del Congreso.

- c) **Ley 30096 – Ley de Delitos Informáticos**; mediante esta ley se incorpora por primera vez este delito en nuestro país dentro de una Ley Especial; es menester señalar que el desarrollo legal se realizará en capítulos posteriores, siendo que a continuación nos limitaremos a describir el tipo penal de manera literal. Así tenemos:

**Artículo 5°: Propositiones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos:** “El que a través de internet u otro medio análogo contacta con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para llevar a cabo actividades sexuales con él, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal.

Cuando la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad y medie engaño, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal.”

- d) **Artículo 183° - B del Código Penal Peruano**; el mismo que ha sido incorporado por el Artículo 5° de la Ley N° 30171, publicada el 10 de marzo de 2014, que modifica la Ley N° 30096 – Ley de delitos informáticos, que describe lo siguiente:

**Artículo 183°-B.- Propositiones sexuales a niños, niñas y adolescentes:** “El que contacta con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para llevar a cabo actividades sexuales con él, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36°.

*Cuando la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad y medie engaño, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36°”.*

#### **4.3. Marco Doctrinal (Bases Teóricas)**

Para comprender los alcances del delito del *grooming*, es necesario analizar todas las circunstancias que dan origen a esta medida; que más responde al ámbito político criminal, que penal. Por estas razones, en el presente capítulo revisaremos, en principio, la relación que existe entre el Derecho Penal y el Derecho Constitucional; el programa penal constitucional, los principios que rigen el programa penal constitucional y principios sustanciales del Derecho Penal; la Política Criminal y su relación con el Derecho Penal, niveles de la política criminal (formulación y aplicación), la cibercriminalidad y el *grooming*, desarrollar la Legislación Comparada de los diversos sistemas jurídicos respecto a la incorporación del delito de *grooming*, describir el tipo penal de delito de proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales; para de esta manera evaluar si se justifica o no la penalización del denominado *grooming*.

##### **4.3.1. Relación entre el Derecho Penal y Constitucional**

Uno de los principios más importantes del ordenamiento jurídico, conforme a su concepción moderna, se encuentra en la ubicación de la Constitución Política del Estado como la norma fundamental de una Nación (BURGOS, 2002, p.13).

La Constitución se constituye en la norma jurídica de mayor valor (jerarquía) para la regulación de la vida en sociedad y condiciona la validez de todas las normas

que le son inferiores, sea en cuanto al procedimiento que se debe seguir para su vigencia, como en cuanto a su contenido material y a su aplicación.

Ni una ley ordinaria (Código Penal), menos una Ley Especial pueden violar una ley fundamental (Constitución Política), es decir, el Derecho Penal no puede entrar en contradicción con la Constitución quien vendría a ser el límite del Derecho Penal.

**Definición de Constitución:** La Constitución puede ser definida como el conjunto de normas que regulan, en garantía de la libertad del individuo en una comunidad política organizada, las posiciones jurídicas fundamentales de la persona frente al Estado, y la distribución de poder entre los principales órganos de éste; normas que por su carácter fundamental y definidor del sistema jurídico, tienen el carácter de normas superiores (LÓPEZ, 1994, p.22).

A partir de la segunda mitad del siglo pasado se desarrolló todo un movimiento doctrinal que asigna a la Constitución el papel de fundamento y referencia básica de la ley penal. Dado que aquélla asegura la unidad del ordenamiento sobre la base de un “orden de valores” y no sobre simples reglas formales de producción de normas, esos mismos valores vinculan también al Código Penal, que no puede sino adaptarse al programa penal constitucional (TERRADILLOS, 2010, p.21).

El tema de la relación entre la Constitución y el Derecho Penal tiene una importancia capital, basada en que seguramente el Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico más estrechamente ligada con la Constitución, puesto que su función consiste justamente en la tutela de valores e intereses con relevancia constitucional.

El primer antecedente histórico de la relación entre Constitución y Derecho Penal lo encontramos en el Artículo 8º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, donde se establecen los límites del accionar del Estado al ejercer su poder punitivo. Desde aquel antecedente histórico, las legislaciones penales deberían respetar tres momentos importantes: creación, aplicación y la ejecución de la ley penal.

El actual Estado Constitucional de Derecho, la Constitución Política ocupa un papel protagónico en la toma de decisiones políticas y jurídicas, así como en la interpretación y aplicación del Derecho, especialmente en lo referido al Derecho Penal, por ser éste quien siempre entra en conflicto con los postulados básicos de la Constitución y limita, por su propia naturaleza, los derechos fundamentales de la persona, como el derecho a la libertad personal. La consolidación del Estado Constitucional y Democrático de Derecho obliga al legislador, al aplicador del derecho, al intérprete, y en concreto a todo poder público y privado a respetar, aplicar y hacer cumplir los postulados de la Constitución Política. En ese sentido, cabe precisar que el fin del Derecho Penal en el marco constitucional no puede consistir únicamente en la represión y prevención de los delitos; sino también, en la prevención de reacciones informales públicas o privadas frente al delincuente como máxima misión garantista del Derecho Penal (FERRAJOLI, 1995, p.332; SILVA, 1992, p.181).

Es así como la reflexión acerca del fin del Derecho Penal en el marco constitucional conduce al análisis de los principios que limitan la potestad punitiva del Estado y que extraemos justamente de la Constitución.

#### 4.3.2. Programa Penal Constitucional

Es en la Constitución donde se encuentran consagrados normativamente los criterios político-criminales rectores, que van a condicionar la estructuración y funcionamiento de nuestro sistema penal, y que deben ser adoptados por el legislador ordinario como el programa que corresponde desarrollar de manera obligatoria, si se desea que el ejercicio del poder punitivo sea legítimo. Se trata del instrumento normativo que -junto a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos- cristaliza las grandes decisiones tomadas o adquiridas por la nación en materia de política criminal (BINDER, 1992, p. 55).

El legislador ordinario deberá respetar ineludiblemente el sentido de las normas constitucionales que consagran derechos fundamentales de la persona humana, principios y derechos de la función jurisdiccional, instituciones o atribuciones particulares de relevancia procesal penal; así como los valores e ideología que le es propia. Las prescripciones legales deben estar subordinadas al ámbito constitucional.

Es la doctrina española quien comenzó a estudiar, de la mano del profesor Arroyo Zapatero, el denominado Programa Penal de la Constitución, entendiendo que resulta necesario estudiar la Constitución Política para extraer de su tenor literal, de los principios generales que consagra y de su espíritu lo que en doctrina viene denominándose Programa Penal de la Constitución (ARROYO, 1987, p.97-112).

**Concepto del Programa Penal Constitucional:** Es el conjunto de postulados político-criminales que integran el marco normativo, en cuyo seno el legislador

debe tomar sus decisiones y el Juez extraer sus criterios interpretativos y aplicativos (ARROYO, 1987, p.103).

El concepto de *Programa Penal de la Constitución* constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones y en el que el juez penal ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar. Este Programa Penal de la Constitución exige que el legislador se encuentra en la obligación de legislar en materia penal tan solo a partir de los postulados de la Carta Fundamental, en el sentido que ésta ya no constituye el límite al ejercicio del Ius Punendi Estatal, sino que actualmente se debe entender como su fundamento mismo.

Es función del Congreso proveer, a los agentes encargados de la persecución punitiva estatal, de las normas que han de regular la realización de los actos procesales dirigidos a la resolución jurídica del conflicto de carácter criminal (BURGOS, 2002, p.42). No obstante, en la función legislativa no se posee completa libertad, sino que debe existir una necesaria e ineludible sujeción al contenido material, valores e ideología de la Constitución.

Al entender que en virtud a la nueva concepción del Programa Penal de la Constitución y del Derecho Penal Constitucional, que imponen la obligación de postular una teoría constitucional del bien jurídico, expone Massimo Donini que en relación a la construcción de las normas penales, todos los delitos deberían reescribirse de manera que sus respectivos objetos jurídicos de tutela reflejen el programa de protección de los bienes de relevancia constitucional<sup>18</sup>; pues no es permisible en nuestro sistema crear figuras delictivas que afecten derechos de

---

<sup>18</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Acerca de la Teoría de los bienes jurídicos*. Página 10. Citado por André Sota Sánchez. Programa Penal de la Constitución Política de 1993 y el Derecho Penal Constitucional Peruano. Consultado el 31 de julio de 2015. Pág. 17 Recuperado de [http://www.derechocambiosocial.com/revista031/Programa\\_Penal\\_de\\_la\\_Constituci%C3%B3n.pdf](http://www.derechocambiosocial.com/revista031/Programa_Penal_de_la_Constituci%C3%B3n.pdf)

orden constitucional teniendo como incorporar nuevos delitos por medidas de prevención y altos índices de criminalidad.

Podemos concluir que el marco de actuación del legislador dentro de lo constitucionalmente posible no es del todo libre, pues se encuentra vinculado por determinados principios y postulados que conforman el Programa Penal de la Constitución, sobre la base del cual el legislador penal ha de orientarse a efectos de la tipificación de conductas y el establecer sanciones penales. Asimismo, el legislador penal ha de prestar observancia y cumplimiento de los principios penales constitucionales y disposiciones constitucionales que conforman el Derecho Penal de la Constitución.

#### **4.3.3. Principios generales que rigen el programa penal constitucional**

Nuestra Constitución Política consagra determinados principios generales que vinculan tanto al legislador como a los tribunales en la conformación del ordenamiento jurídico, y dentro de éste especialmente al ordenamiento jurídico penal. Estos principios de interpretación constitucional cumplen con la misión de orientar y canalizar el proceso de interpretación para la solución de un problema como marco teórico y analítico de la Constitución para la solución del caso concreto<sup>19</sup>.

El autor nacional André Sota Sánchez, en la Revista Derecho y Cambio Social publicada el 01 de Enero de 2013 desarrolló, en su artículo “Programa Penal de la Constitución Política de 1993 y el Derecho Penal Constitucional Peruano”, los principios que fundamentan nuestro ordenamiento jurídico constitucional –y como subsistema: el ordenamiento jurídico penal. Siendo que para la presente

---

<sup>19</sup> LANDA ARROYO, César. *Interpretación Constitucional y Derecho Penal*. Consultado el 31 de julio de 2015. Pág.89. Recuperado de [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_2005\\_06.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2005_06.pdf)

tesis solo describiremos los que han sido afectados con la incorporación de la Ley N° 30096; siendo los siguientes:

a) **Principio de la Unidad de la Constitución:** plantea la relación y la interdependencia de los distintos elementos normativos con el conjunto de las decisiones fundamentales de la Constitución. Así, se deben identificar los principios fundamentales de la parte dogmática, orgánica y económica de la Constitución. La interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto (**STC 1091-2002-HC, Caso Vicente Ignacio Silva Checa, Fundamento 4**).

b) **Principio de fuerza normativa:** la interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público incluyendo, desde luego, a este Tribunal y a la sociedad en su conjunto (**STC 0976-2001-AA, Caso Eusebio Llanos Huasco, FJ. 5**).

Asimismo, otorga preferencia a los planteamientos que ayuden a obtener la máxima eficacia de las normas constitucionales en función de las relaciones sociales y la voluntad de la Constitución. Toda la Constitución es un texto normativo, las «normas regla» - como las «normas principio» - deben ser cumplidas de acuerdo con el grado de patriotismo constitucional de los ciudadanos y gobernantes.

c) **Principio de supremacía constitucional:** expresamente reconocido en el Artículo 51° de la Constitución Política. Constituye uno de los pilares

fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho. Exige una concepción de la Constitución como norma jurídica, la primera entre todas, que debe ser cumplida acorde con el grado de compromiso constitucional de los ciudadanos y gobernantes, en el sentido de que todos y cada uno de los preceptos constitucionales tienen la condición de norma jurídica, siendo cada uno parámetro para apreciar la constitucionalidad de otras normas y de los actos de gobierno (**STC N° 2939-2004-AA/TC, Caso Municipalidad Provincial de Coronel Portillo, FJ. 8**).

Se ha señalado que de poco vale el principio de supremacía constitucional si no se planifica un aparato de control de esa supremacía. Es necesario establecer mecanismos jurídicos idóneos que permitan controlar la sujeción de las leyes a lo constitucionalmente previsto, que permitan garantizar la constitucionalidad de las leyes y, por ende, la efectiva vigencia de las normas constitucionales en el ordenamiento jurídico (MIXAN, 1990, p.8).

#### **4.3.4. Principios Fundamentales que rigen el Derecho Penal**

Los principios fundamentales del Derecho Penal<sup>20</sup> se derivan de todo el sistema jurídico del Estado, se infieren de la realidad social criminógena o estos se encuentran positivizados en la ley penal. Se invocan y se aplican en la prevención, combate y represión de los delitos y faltas penales, con la finalidad de control social y penal de la delincuencia.

Los principios fundamentales del Derecho Penal son pautas generales sobre los cuales descansan las diversas instituciones del Derecho Penal Positivo. Asimismo la doctrina las propone como guía para la interpretación del conjunto

---

<sup>20</sup> ESPINOZA, Manuel. *Los principios fundamentales del Derecho Penal Contemporáneo*. Consultado el 04 de setiembre de 2015. Recuperado de <http://www.ceif.galeon.com/Revista9/penal.htm>.

de normas que integran el ordenamiento jurídico-penal. Estos principios tendrán que ser utilizados por aquellas personas que quieran aplicar sistemáticamente la legislación penal; se encuentran ubicados en el Título Preliminar del Código Penal.

El problema de los principios legitimantes del poder sancionador del Estado es tanto constitucional como jurídico-penal. En este sentido, su legitimación extrínseca proviene de la Constitución y los tratados internacionales; pero su legitimación intrínseca se basa en una serie de principios específicos. Aun así, "todos son igualmente importantes en la configuración de un Derecho Penal respetuoso con la dignidad y libertad humana, meta y límite del Estado social y Democrático de Derecho y, por tanto, de todo su ordenamiento jurídico" (VILLAVICENCIO, 2007, p.88-89).

A continuación desarrollaremos algunos de los principios penales los cuales se han visto afectados con la incorporación del *grooming* en nuestro sistema penal.

#### **a) Principio de Legalidad**

Nuestra Constitución ha previsto el principio de legalidad en el Artículo 2, inciso 24, literal d), al señalar que «[...] nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como una infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley». Dicho principio, que se expresa bajo el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*; exige, por un lado, que para que una determinada conducta sea considerada como delito debe calificarse previamente como tal en la ley y, por otro, que la sanción que se imponga esté prevista en una disposición legal.

El principio de legalidad comporta cuatro interdicciones, a saber: a) aplicar de manera retroactiva la ley (*lex praevia*); b) aplicar otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*); c) ampliar el derecho escrito a situaciones análogas (*lex stricta*); y d) utilizar cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*) (BACIGALUPO, 1998, p.109).

El principio de legalidad no es sólo una exigencia de seguridad jurídica, que permita sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo” (MIR, 2003, p.110).

### **Subprincipios:**

i. **Principio de taxatividad (o de determinabilidad):** El principio de taxatividad impone al legislador claridad y precisión en su definición. Ello implica establecer los límites al legislador penal para permitir la comprensión del ciudadano sobre lo prohibido bajo amenaza de sanción de una determinada norma jurídica. Está presente en la técnica de la formulación de la ley penal. De este principio se desprende lo siguiente: a) El deber para el legislador de proceder, al momento de la creación de la norma, a una precisa determinación de la *fattispecie* legal, a fin de que resulte taxativamente establecido lo que es y lo que no es penalmente prohibido; b) La prohibición para el Juez de aplicar la norma en los casos por ella no expresamente previstos y, por lo tanto, de la analogía (MANTOVANI, 2007, p.67).

ii. **Principio de seguridad jurídica:** este subprincipio presenta una doble perspectiva; desde una *noción subjetiva*, que importa la exigencia de los ciudadanos sepan cual es el derecho vigente, es decir, el conocimiento del derecho por parte del ciudadano, implica un saber a qué abstenerse en el mundo del derecho; en cambio desde una *noción objetiva* (estrictu sensu), implica una adecuada formulación de leyes, estas deben ser promulgadas y publicadas de forma clara y precisas, sin lagunas; para ello debe existir congruencia entre lo dispuesto en las leyes y su aplicación.

Al respecto debemos tener en consideración que la Constitución exige que tanto la conducta típica como la sanción deban estar previstas «de manera expresa e inequívoca».

Tanto la garantía de taxatividad o *lex certa* -dirigida al legislador- como la de tipicidad o *lex stricta* -dirigida al juez- deberán exigirse con idéntico rigor con independencia de la magnitud de la consecuencia jurídica (DEMETRIO, 2013, p.77). Sin embargo, si se atiende al fundamento de la libertad, cabría pensar en introducir un margen para la ponderación, en atención al grado de afectación a la libertad que conlleve la consecuencia jurídica.

**b) Principio de culpabilidad:**

Este principio establece lo siguiente: "La Pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva" (Artículo II, Título Preliminar, Código Penal). "El

artículo sétimo del Título preliminar del Código Penal consagra el principio de Responsabilidad o culpabilidad, por el cual se incide en el imperativo de establecer la responsabilidad penal del autor para facilitar la imposición de la pena prescribiendo por consiguiente toda forma de responsabilidad por el resultado, esto es, responsabilidad subjetiva<sup>21</sup>"

En el Derecho Penal, al término "culpabilidad" se le asigna un triple significado: i) como fundamento de la pena, se refiere a la cuestión de si procede imponer una pena al autor de un hecho típico y antijurídico. ii) como fundamento o elemento de la determinación o medición de la pena, su gravedad y su duración; iii) contrario a la responsabilidad por el resultado. De esta manera el principio de culpabilidad impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo o a la culpa.

Este principio, también consecuencia directa de un Estado de Derecho Democrático, ha generado importantes discusiones a nivel doctrinario. Se ha sostenido que el principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma, es decir, evitando la instrumentalización de una persona para algún fin determinado que pueda lesionar su dignidad.

### **c) Principio de lesividad:**

El título preliminar de nuestro ordenamiento penal elabora un conjunto de principios garantistas consagrando entre ellos: el de lesividad, por el que para la

---

<sup>21</sup> Ejecutoria del 9 de agosto del 97, Exp.377-97, en Gaceta Jurídica, 2001, pág.32.

imposición de una pena, necesariamente se requiere de la lesión o puesta en peligro de bienes tutelados por ley<sup>22</sup>.

Para que una conducta sea considerada ilícita no sólo requiere una realización formal, sino de que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado. Se le identifica con la máxima "nullum crimen sine iniuria". El Título Preliminar del Código Penal declara que "La Pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley" (Artículo IV).

El título IV del TP del CP establece el principio de lesividad en virtud del cual, en la comisión de un delito, tiene que determinarse según corresponda la naturaleza del mismo al sujeto pasivo que haya sufrido la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal; de ahí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo penal en su aspecto objetivo<sup>23</sup>.

El principio de lesividad o de exclusiva protección de los bienes jurídicos de acuerdo a la normatividad descrita en los párrafos precedentes solamente se restringe la libertad individual por las lesiones o puestas en peligro de los bienes jurídicos de relevancia constitucional, atendiendo exclusivamente a la obligación internacional en la que coloca a los Estados en una «posición de garante de carácter reforzado», lo cual implica que se deben adoptar disposiciones para proteger a los niños y adolescentes frente a estos actos cometidos por este tipo de personas.

---

<sup>22</sup> Ejecutoria del 29 de mayo de 1998, Exp.25-98-8, en Rojas Vargas/Infante Vargas, 2001, pp. 48-49

<sup>23</sup> Ejecutoria suprema del 20 de abril de 1999, R. N.668-99, en Gaceta Jurídica, 2001, p. 30.

Para evitar esta distorsión del uso del poder punitivo existe el principio de lesividad, que orienta el uso de ese poder hacia finalidades exclusivamente sociales y evita las distorsiones moralistas o el uso de instrumentos violentos para sostener la pura autoridad del Estado. En ese sentido, este principio no sólo expone la función que debe cumplir el Derecho Penal, sino que también limita y circunscribe la intervención punitiva del Estado. Además, este principio tiene una gran importancia en un Estado Social y Democrático de Derecho. Comprende las siguientes consecuencias (VILLAVICENCIO, 2007, p.96):

- i. Todos los preceptos penales deberán por principio, proteger bienes jurídicos. Pero tal protección se debe entender que actúa ante la puesta en peligro o la lesión del bien jurídico.
- ii. Un Estado no puede pretender imponer una moral, una política o una religión, ya que esto depende de una elección libre del ciudadano. Por ello, las penas no deben recaer sobre el ejercicio de tal libertad, más bien debe ser lo contrario, es decir, sobre aquellas conductas que afectan el ejercicio de la independencia y autonomía ética, religiosa o política.
- iii. Debido a que la potestad punitiva del Estado debe estar al servicio de la mayoría de los ciudadanos, se debe tutelar intereses que pretendan toda la sociedad y no un grupo determinado.

#### **d) Principio de mínima intervención**

Agrupar dos principios: la fragmentariedad y la subsidiariedad del Derecho Penal que reconocidos por el Tribunal Constitucional peruano:

##### **Subprincipios:**

- i. **Principio de fragmentariedad**, el carácter fragmentario del Derecho Penal consiste en que no se le puede utilizar para prohibir todas las conductas. "El derecho punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor entidad". Este principio es una directriz político-criminal, ya que determina en el legislador hasta qué punto puede transformar determinados hechos punibles en infracciones o no hacerlo (VILLAVICENCIO, 2007, p.94).

El Derecho Penal solo castiga con una pena los ilícitos más graves que afectan los valores indispensables y elementales para la convivencia humana (CASTILLO, 2002, p. 247).

El principio del denominado carácter fragmentario del Derecho Penal significa que "El Derecho Penal no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. A la luz de estos principios, el Derecho Penal sólo castiga conductas que tienen una connotación de alta dañosidad social, y que el Estado no sea posible de controlar mediante una política distinta.

- ii. **Principio de subsidiariedad**, Este principio implica la búsqueda de otros medios lesivos que la pena haciendo una comparación entre la intervención penal y otros medios alternativos idóneos que sean menos lesivos a los primeros. Se trata de la última ratio o extrema ratio, en el sentido en que sólo debe recurrirse al Derecho Penal cuando han fallado todos los demás controles sociales. El Derecho Penal debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado, debido a la gravedad que revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del

derecho o por otras formas de control social (VILLAVICENCIO, 2007, p.93).

En cuanto al fundamento funcional del Derecho Penal, es imperativo resaltar la trascendencia de dos principios firmemente asentados en la materia: el principio de la última ratio y el carácter fragmentario del Derecho Penal. El primer principio parte de que “la pena y la medida de seguridad no son los únicos medios de protección de la sociedad de que dispone el ordenamiento jurídico. Los intereses sociales que se estima necesario proteger pueden, a menudo, recibir suficiente tutela poniendo en funcionamiento mecanismos distintos a los medios propios del derecho penal, menos lesivos que éstos para el ciudadano y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad (MIR P., 2003, p.109)”.

#### **4.3.5. Derecho Penal y Política Criminal**

Hoy en día el sistema penal no se agota sólo en la ley penal, ya que existen diversos sistemas que conforman el control social, los cuales para su valoración no se puede realizar dentro del plano de la pura normatividad, sino que han de ser valorados, igualmente, los diversos procesos de definición del crimen, de selección de delincuentes, de aplicación del Derecho Penal Sustantivo, de ejecución de sanciones, de diseño y puesta en marcha de estrategias preventivas penales y pre-penales, de atención a las víctimas, etc. Para ello, resulta necesario analizar, pues, no sólo los contenidos de la ley penal, sino también, y sobre todo, de los instrumentos extra-penales, públicos o no, que apuntan a los mismos objetivos preventivo-tutelares, nos estamos refiriendo a la política criminal.

El origen de la denominación de la política criminal se ubica en el movimiento encabezado por Franz Von Liszt y tuvo gran influencia como tendencia técnica en Italia y Alemania. Franz Von Liszt, señalaba que el Derecho Penal es la infranqueable barrera de la política criminal, concibiendo al Derecho Penal, por un lado, como ciencia social; y por otro, como ciencia jurídica; este doble carácter de la ciencia universal responde a una tendencia contradictoria, señalando que en la política criminal incluye los métodos adecuados para la lucha contra el delito, misión social del Derecho Penal, mientras que al Derecho Penal, en sentido jurídico, debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho, esto es, asegurar la igualdad en la aplicación del derecho y la libertad individual frente al ataque del Estado.

La política criminal aparece como un aspecto de la política (BINDER, 1997, p.12), al igual que ocurre con las políticas económica, educacional o de salud social; está ligada por consiguiente, con el conflicto del poder, la violencia y el Estado; mientras que el Derecho Penal se preocupa más por el fenómeno criminal, es decir, por los delitos; la política criminal, para que pueda lograr sus objetivos necesita de un conjunto interdisciplinario de conocimientos, así se sirve del Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y de la Criminología; toda vez que una de las funciones más importantes de la política criminal, es de recoger aquella información que le brinda la ciencia criminológica, ello supone proceder a las reformas punitivas, que de dicha valoración se infieran, cuando de la contemplación estricta de la ley penal, se observen evidentes grietas de impunidad, que han de ser cubiertas en orden a cautelar el fin preventivo del Derecho Penal, en cuanto a la protección preventiva de bienes jurídicos (PEÑA CABRERA, 2015, p.290).

La Política Criminal, es una disciplina con fundamento empírico que forma parte de la política-jurídica del Estado, que a su vez integra su política general. Se le puede entender como una institución de naturaleza práctica y teórica (VILLAVICENCIO, 2007, p.63). Se enfrenta con los fines y contenido social del Derecho Penal, está situada fuera de lo jurídico, se ocupa, en primer término, de efectuar el estudio crítico y prospectivo de las normas penales y de las institucionales que se encargan de la oportuna y eficaz aplicación preventiva y represiva. Para ello, promueve las reformas legislativas adecuadas a las nuevas situaciones sociales, es decir, examina si corresponde o no tales mecanismos a las exigencias de la sociedad y propone las reformas correspondientes.

Por su parte, el Derecho Penal es el conjunto de reglas promulgadas por el órgano constitucionalmente competente, que prevén las condiciones de punibilidad y las consecuencias penales - penas y medidas de seguridad- (HURTADO J. & PRADO V., 2011, p.7). Es un medio de control social que se encuentra destinado a evitar (“prohibir”) la realización de los comportamientos considerados más reprochables (“disvaliosos”) de la interacción social, por vulnerar o poner en peligro los bienes jurídicos que hacen posible la convivencia social pacífica (bienestar social).

Roxin señalaba que la vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, siendo hoy una misión que tiene planteada nuestro ordenamiento jurídico con todos sus sectores; el maestro considera que las concretas categorías del delito deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal.

En nuestra sociedad no podemos hablar de una sola política criminal, debido a que los distintos grupos y sectores políticos quienes tratarán de influir en la formulación y en la configuración de la política criminal, cada uno de ellos según sus propios objetivos, finalidades y concepciones políticas. Esa influencia de la política ha hecho que el poder penal se instale en dos niveles.

a) **Niveles de la Política criminal: Formalista y Aplicativo (configuración)**

En el **nivel de formulación** (pasado inmediato) es el nivel donde se define, en qué casos y qué medios utilizará el poder penal, cuáles serían sus instrumentos y reglas (por ejemplo cuando se discute si tal conducta debe ser penada o no y con qué intensidad). El segundo nivel, de **configuración** (expectativa cercana) se refiere al funcionamiento concreto de las instituciones encargadas de canalizar el poder penal (policías, fiscales, jueces, cárceles, etc.) ambos niveles se encuentran en una relación de mutua influencia.

Este tema guarda relación con los fundamentos del Derecho Penal al referirnos al Poder Penal como ejercicio de la coerción estatal que se manifiesta a través del sistema penal en sus dos manifestaciones. Por un lado, cuando se refiere a la criminalización primaria, a través del cual el legislador cumple la tarea de tipificar conductas declaradas delictivas y establece la consecuencia penal respectiva, en esta etapa interviene tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo; por otro lado, tenemos a la criminalización secundaria, que tiene que ver con la aplicación de la Ley penal, asignar la calidad del delincuente y ejecutar las sanciones que realizan las agencias del sistema penal a través de los policías, fiscales, jueces, defensores (VILLAVICENCIO, 2017, p.22)

Se ha hablado de los niveles de la política criminal en razón a que actualmente se observa una intervención deliberada por partes de los creadores de las normas que forman parte de nuestro sistema, hoy en día el legislador se ha extralimitado en su función creadora, pues se están incorporando tipos penales que afectan ciertos principios que conforman el denominado programa penal constitucional.

#### **4.3.6. Tendencias actuales y tradicionales del Derecho Penal**

##### **4.3.6.1. Teorías de expansión del Derecho Penal**

Hoy en día para enfrentar las nuevas formas de criminalidad que puedan devenir junto a estos cambios tecnológicos, las cuales no han podido ser resueltas, en su gran mayoría por los demás medios de control social; el legislador, de forma errada, ha adoptado medidas de un Derecho Penal claramente preventivo y acentuadamente anticipatorio de la punibilidad en donde se toma en cuenta tres aspectos (MENDOZA, 2001, p.68):

- i. La creación de nuevos bienes jurídicos supraindividuales de contenido difuso**, dado que en el mundo actual se privilegia la protección de condiciones o estándares de seguridad y la evitación de perturbaciones sociales por sobre la represión o castigo de daños individuales y concretos;
- ii. La utilización creciente de delitos de peligro (y en especial, de peligro abstracto)** ante las nuevas necesidades de protección y seguridad, ya que, además del deseo de evitar la producción imprudente de un resultado lesivo, se desea adelantar la prevención con el fin de garantizar una propia sensación de seguridad; y

**iii. La flexibilización y desformalización del Derecho Procesal Penal y del Derecho Penal Sustantivo**, ya que sólo de esta manera se cree posible reaccionar de una forma más eficiente ante estos nuevos problemas.

A continuación desarrollaremos las diferentes corrientes que han dado origen a la expansión del Derecho Penal, en donde observaremos la justificación o no de penalizar conductas delictivas como el delito de proposiciones sexuales a menores.

#### **a) Derecho Penal Simbólico y Punitivista**

En nuestro país durante estos últimos años hemos sido testigos de un alto crecimiento de los índices de criminalidad y el esfuerzo de los Estados por querer reducir tales cifras acudiendo en forma irrazonable al Derecho Penal a través de la creación de nuevas conductas. Esta expansión del Derecho Penal ha generado el resurgimiento del Derecho Penal simbólico y el Derecho Penal Punitivista (JAKOBS G. & CANCIO, 1958, p.62), esto quiere decir que los Estados buscan solucionar el fenómeno de la criminalidad a través del establecimiento de nuevos delitos (Simbolismo) y además por medio de la elevación de las penas en los delitos ya existentes (Punitivismo).

Derecho Penal Simbólico desarrollado por Hassemer resalta de manera objetable que las nuevas tendencias de criminalización en las legislaciones penales responden a simples efectos simbólicos<sup>24</sup>. El Derecho Penal Simbólico Particular corresponde, en primer lugar, a aquellos fenómenos de neo-criminalización respecto de los cuales se afirma críticamente que tan sólo cumplen efectos meramente “simbólicos”. Esta visión entiende que "determinados agentes

---

<sup>24</sup> Hassemer, Winfried. Derecho Penal simbólico y Protección de Bienes Jurídicos. Consultado el 20 de febrero de 2018. Recuperado de: <https://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/derecho-penal-simbolico-y-proteccion-de-bienes-juridicos-w-hassemer-2/>

políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido, es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta. En algunos supuestos, las legislaciones penales conllevan un efecto simbólico obtenido con su promulgación. Esta tendencia identifica una especial importancia de la labor del legislador con dichas normas como comunicación política a corto plazo. Se constituye un Derecho Penal que no opera para disminuir la criminalidad, su efecto simbólico lo limita a calmar los temores y miedos de la sociedad. Esta transformación del Derecho Penal se puede constatar claramente en el paulatino abandono del principio de subsidiaridad, en tanto ya no se utiliza el Derecho Penal como última ratio, sino muchas veces como prima ratio y más aún, como sola ratio. Un Derecho Penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia<sup>25</sup>.

Reconducir los fenómenos de “expansión”, que aquí interesan de modo global, sólo a estos supuestos de promulgación de normas penales meramente simbólicas, no atendería al verdadero alcance de la evolución. Pues el recurso al Derecho Penal no sólo aparece como instrumento para producir tranquilidad mediante el mero acto de promulgación de normas evidentemente destinadas a no ser aplicadas, sino que, también existen procesos de criminalización “a la antigua usanza”, es decir, la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión, o sea, procesos que conducen a normas penales nuevas que sí son aplicadas, o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes (JAKOBS G. & CANCIO, 1958, p.62).

---

<sup>25</sup> *Ibíd.*

La tendencia actual del legislador es la de reaccionar con “decisión” dentro de muchos sectores diversos de regulación en el marco de la “lucha” contra la criminalidad, es decir, con un incremento de las penas previstas. En este sentido, se advierte la existencia en el debate político de un verdadero “clima punitivista”: el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal<sup>26</sup>.

## **b) Derecho Penal del Enemigo**

Debido a la actual expansión del Derecho Penal, Silva Sánchez, plantea la posibilidad de un Derecho Penal de dos velocidades; la primera velocidad sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, y en el que deben mantenerse de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de la imputación y los principios procesales clásicos. La segunda velocidad vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse sólo penas pecuniarias o privativas de derecho -tratándose de figuras delictivas de nuevo cuña, cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas clásicos. Recientemente se puede identificar una tercera velocidad en el que se mantiene la sanción con penas privativas de libertad pero se pretende flexibilizar los principios político-criminales y las reglas de imputación, aquí ubicamos a la corriente denominada: Derecho Penal del Enemigo (SILVA SANCHEZ, 2001, p. 159-163).

Durante los últimos años, específicamente desde los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington, se observa, no solo en Estados Unidos sino también en otros países, una tendencia creciente, lo que el

---

<sup>26</sup> Betsabe Hazrun. Derecho Penal del Enemigo. Consultado el 20 de febrero de 2018. Recuperado de: <http://www.derecho.unc.edu.ar/nj/revista-no-1/derecho-publico/derecho-penal-del-enemigo>

penalista alemán Günter Jakobs denomina un Derecho Penal del Enemigo (MUÑOZ, 2008, p. 37). Es menester indicar que esta corriente excepcional tienen como precedentes más remotos, desde los orígenes de la codificación penal en el Siglo XIX, cuando desde el primer momento se tuvo que recurrir a leyes penales excepcionales, contrarias al espíritu liberal y constitucional que inspiraron los primeros códigos penales.

Esta corriente fundamenta su teoría en la filosofía política de las teorías contractualista del Estado, por ello quien no cumple con el Contrato Social, es decir, quien no se conduce conforme a la vigencia de las normas penales de manera constante, debería ser tratado no como un ciudadano sino como un enemigo.

El fenómeno de la creciente criminalidad tiene sus puntos más agudos en ciertos delitos como la criminalidad económica, el terrorismo, la criminalidad organizada y los delitos sexuales; por ello, las personas que cometen estos delitos se han apartado, probablemente de manera duradera, de actuar conforme al Derecho. Jakobs pretende identificar dos polos o tendencias en el Derecho Penal: el Derecho Penal del ciudadano, donde la función de la pena es la contradicción manteniendo la vigencia de la norma, y el Derecho Penal del enemigo que es la eliminación o el combatir los peligros (VILLAVICENCIO, 2007, p.35).

El Estado tiene dos formas de proceder con los delincuentes: como personas que han cometido un error y como individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico.

Para esta tendencia, el sujeto que no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas". Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo.

El Derecho Penal del Enemigo como tercera velocidad según la denominación de Silva Sánchez del ordenamiento jurídico-penal; se caracteriza por tres elementos (JAKOBS G. & CANCIO M., 1958, p.55): en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir que, en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual– retrospectivo (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o, incluso, suprimidas. A estas características Cancio Melia agrega dos más: el castigo con fines puramente simbólicos de comportamientos que no generan ningún peligro y el recurso a cláusulas generales o indeterminadas en los tipos penales. Sin perjuicio de ello, debemos señalar que además el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas más allá de la idea de proporcionalidad, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico.

#### 4.3.6.2. Otras Teorías

##### c) Teoría del garantismo (tendencia tradicional)

Hablar del garantismo nos remite directamente a conocer de una de las obras más importantes del maestro Luigi Ferrajoli denominada “Derecho y Razón” aunque lleva como subtítulo Teoría del garantismo penal aunque en realidad esta teoría general sea la Teoría del Derecho propia del Estado Constitucional de Derecho, es decir la que inspira y promueve la construcción de las paredes maestras del Estado de Derecho que tienen como fundamento la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder, particularmente odioso en el Derecho Penal (FERRAJOLI, 1995, p. 462). La teoría penal del garantismo<sup>27</sup> es la consolidación jurídica, normativa, filosófica y política de los principios que actualmente constituyen la base de gran parte de los ordenamientos penales en el mundo. El garantismo, que alude tanto a un modelo normativo de derecho, un instrumento político para maximizar la libertad, como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.

Cabe precisar que el garantismo ya vino estudiado y analizado por Locke y Montesquieu quienes arriban a establecer que el poder hay que esperar un potencial abuso y que para neutralizar dicha situación se debe crear un sistema de garantías para tutelar los derechos. Así es que el garantismo se contrapone al autoritarismo en política y decisionismo en derecho, propugnado frente al primero, la democracia sustancia y frente al segundo, el principio de legalidad.

---

<sup>27</sup> SIERRA CONTRERAS, Ismael Salvador (2011). Tesina denominada “Análisis crítico del tipo penal de abusos sexuales y de la figura del child grooming a partir de una interpretación jurisprudencial del artículo 366° quater del Código Penal”. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Pág. 82

El garantismo es ante todo una tesis metodológica de aproximación al derecho que mantiene la separación entre ser y deber ser, entre efectividad y normatividad y que rige en los diferentes planos del análisis jurídico. El garantismo en cuanto Teoría General no impone aún un sistema de legalidad concreto, pero sí un modelo general propio del Estado de Derecho que concibe a éste como una red de garantías de bienes y derechos, es decir, un Estado que positiviza los derechos vitales del individuo convirtiendo su respeto y realización efectiva en un vínculo al poder político.

Ahora con relación a la referencia de ser y deber ser, términos que hayan su correspondencia entre vigencia y validez respectivamente. En efecto, puesto que la vigencia significa que las leyes son o existen en el derecho, es decir, que han sido emanadas por autoridades legítimas con competencia legal; mientras que la validez significa que los contenidos de las leyes son como deben ser según el Derecho.

De lo anterior se desprenden importantísimas consecuencias para el modelo de juez y de jurista, el garantismo reclama de ambos el desempeño de una función crítica y valorativa en relación con la ley orientada a evitar su eficacia precaria en el ordenamiento.

Asimismo, Ferrajoli en cuanto a los principios sostiene que el respeto o la lesión a uno o más de ellos es el que da lugar al autoritarismo de los modelos penales que posteriormente regulan las distintas naciones en el mundo. Nuestro sistema penal sería completamente garantista, siempre y cuando fundara su ordenamiento jurídico completo, tanto en términos de procedimiento como sustantivos, en torno a este grupo de principios. En materia procesal, nuestro

país es firmemente garantista: el principio de legalidad, acusatorio y de la defensa, son, entre otros varios, principios que sustentan la persecución penal y garantías individuales que protegen de ésta que han sido instaurados en nuestro país de manera muy sólida con la nueva reforma procesal penal. Pero no sucede lo mismo en materia penal: no existe unanimidad en la doctrina nacional respecto al conjunto de principios que debieran orientar la teoría de la pena y la teoría del delito.

**d) Modelo Penal de la Seguridad ciudadana – Modelo Bienestarista<sup>28</sup>**

La transformación de los modelos de sistema penal implantados en las últimas décadas y que, en general, supone una tendencia hacia una expansión del Derecho penal lo que ha dado lugar a un cambio de paradigma ha traído ciertas dificultades ya que se trata de características propias del sistema occidental; así también, este nuevo sistema de control social penal se desarrolla en un contexto y tiene unos rasgos que resultan difícilmente aprehensibles por las corrientes clásicas del Derecho Penal. Por ello se hace necesario desarrollar un instrumento que proporcione los elementos conceptuales adecuados para analizar esta nueva realidad, haciéndola comprensible y combatiendo así los excesos del sistema.

La consolidación de la delincuencia clásica encuentra un apoyo inestimable en la generalización del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana; la población, hoy en día siente mucha preocupación sobre la delincuencia, miedo a ser víctima de un delito, el cual se presente debido a una diversidad de factores:

---

<sup>28</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Consultado el 27 de abril de 2018. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>

El profesor Díez Ripollés, ha señalado la necesidad de no quedar sumergidos en el garantismo por su inmovilismo y por la incapacidad de abordar iniciativas de control social. Rechaza Derecho penal del enemigo y la Teoría del garantismo; y, propone un modelo de Derecho penal bienestarista, que se caracterizará por su eficacia y prevención de la delincuencia, que anteponga una aproximación social a una aproximación represiva hacia la delincuencia.

Para Ripollés, el elemento más característico del modelo de intervención garantista, seguidor del modelo resocializador, ha sido adoptar las mismas cautelas a la hora de establecer el ámbito legítimo de actuación de los poderes públicos encargados del descubrimiento y enjuiciamiento de las conductas delictivas; sin embargo, refiere que este modelo ya no nos da las claves para interpretar los recientes cambios políticocriminales, por la sencilla razón de que éstos obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal. Señala que la efectividad y eficacia de las medidas de intervención social a tomar, la misma que no debe caer ni en el modelo resocializador ni en el bienestarismo autoritario que explica el crimen sobre la base de decisiones racionales y libres del delincuente, con lo cual la sociedad se autoexculpa de toda responsabilidad en los fenómenos criminales. Asimismo hace referencia a la indebida “expansión del derecho penal”, en el que se advierten continuas reformas legales encaminadas a endurecer el arsenal punitivo y por mostrar mayor interés por la nueva criminalidad que aqueja a su sistema.

El modelo penal bienestarista desarrolla la institución de la seguridad ciudadana cuyo objetivo prioritario es la lucha contra la delincuencia, abandonando su tradicional aproximación a la criminalidad desde las causas y no desde los síntomas; reconoce la "modernización del Derecho penal" hacia ámbitos

socioeconómicos y comunitarios que permite incorporar la criminalidad de los poderosos y liberar el estigma que el Derecho penal es sólo de los pobres. La función del Derecho penal debe estar orientada a los presupuestos esenciales para la convivencia; la intervención penal deberá acreditar su utilidad o el plus de utilidad que le hace preferible a otro tipo de intervenciones.

El modelo de seguridad ciudadana satisface muchas de las necesidades, toda vez que se asienta sobre un conjunto de valores que se estiman incuestionables, distingue nítidamente entre ciudadanos y delincuentes, preconiza la dureza frente a intrusos y extraños, ignora las desigualdades sociales y suministra, en suma, certezas en extremo convenientes para desenvolverse en un mundo desregulado e imprevisible.

#### **e) Teoría de los Bienes Jurídicos<sup>29</sup>**

La teoría de bienes jurídicos no ha dejado de ser la piedra angular de todo Derecho Penal que aspire a considerarse como uno propio de un Estado de Derecho.

La presente teoría basa su fundamento en la idea de protección de bienes jurídicos y tuvo su punto de partida en el principio de lesividad prescribiendo que el ejercicio del ius puniendi a través del Estado solamente se vería legitimado a través del objetivo de proteger bienes jurídicos.

Antes de conocer a fondo esta teoría; primero, debemos conocer que significa el término “Bien Jurídico”, concepto que se le atribuye al alemán Johann Michael Franz Birnbaum durante la primera mitad del S. XIX. Para Krey “Bienes

---

<sup>29</sup> Comentada en la Revista Penal por Manuel Abanto Vásquez en homenaje al profesor Ilustre chileno Juan Bustos Ramírez Acerca de la teoría de bienes jurídicos. Consultado el 22 de enero de 2017. Recuperado de: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewArticle/283>.

jurídicos son bienes vitales, valores sociales e intereses reconocidos jurídicamente que son recogidos o recién acuñados por el ordenamiento jurídico y que son valiosos para el individuo o la generalidad y que por ello gozan de protección jurídica”. En ese sentido, para la mayoría de autores los bienes jurídicos vienen hacer “intereses sociales”, “valores”, “relaciones reales de la persona con unidades sociales de función”, circunstancias, etc.

La importancia del concepto bien jurídico se manifiesta en las funciones que cumple; desde una *función crítica*, el penalista estaría en condiciones de discutir la legitimidad de aquellos tipos penales creados o por crearse que no cumplan con proteger bienes jurídicos. Ese es el motivo por el cual no deberían perseguirse penalmente las concepciones morales o éticas de las minorías; desde una *función interpretativa o dogmática*, indica que para interpretar los elementos del tipo penal, deberá servir para descubrir los alcances de una determinada prohibición (por ejemplo, si en el delito de homicidio se protege la vida, no podrá haber delito cuando ya no hay vida humana que proteger), determinar luego si existiría una permisibilidad extraordinaria de la afección al bien jurídico ante la preeminencia de otros intereses sociales (causas de justificación), fijar los alcances de la imputabilidad individual por el hecho cometido (culpabilidad) y la punibilidad de la conducta, así como la magnitud de la pena. Finalmente, también se habla de una cierta *función sistemática* cuando se utiliza al bien jurídico para agrupar los delitos: por ejemplo, delitos contra la vida, delitos contra la integridad corporal, delitos contra el patrimonio.

En la literatura alemana, hay muchos autores que de distinta manera defienden un modelo conocido como “concepción constitucional” del bien jurídico

defendiendo la función crítica del bien jurídico. Entre los primeros que defendieron esta teoría figuran Walter Sax y Ernst-Joachim Rudolphi. Vinculaban el concepto de bien jurídico a la Constitución dado que aquél sería una “valiosa unidad social de función” irrenunciable en toda sociedad respetuosa de la Constitución y para garantizar la posición y libertad de todo ciudadano que viva en tal sociedad.

En tiempos más recientes, Claus Roxin, ha defendido la teoría de la protección de bienes jurídicos como tarea del Derecho Penal, pues constituiría un principio irrenunciable para limitar el poder de la intervención estatal. Roxin excluye la existencia de un “bien jurídico” tutelable penalmente en los siguientes casos: en caso de normas motivadas solamente por una ideología (ejemplo, las expresiones críticas al régimen político); cuando la norma solamente describiera el objetivo de la ley (mantener a la sociedad libre de drogas, excluir consideraciones comerciales de la donación de órganos, etc.); cuando se tratara de simples atentados morales (la práctica homosexual libre entre adultos, el bestialismo, etc.); ante leyes exclusivamente simbólicas, o sea las que no son necesarias para la convivencia pacífica pero siguen fines extrapenales. Por lo demás, no podría ser “bien jurídico” cualquier “abstracción impalpable” como la “salud pública” (para el tráfico de drogas) o la “tranquilidad pública” (en el caso de la incitación a la violencia).

Por su parte Botke ha postulado una concepción constitucional radical. Según él, no bastaría con exigir sin más al Derecho Penal la protección de “bienes jurídicos”, sino que se debe vincular esta exigencia a “bienes jurídicos constitucionales”, pues recién entonces existiría la posibilidad de poner límites

efectivos al poder del legislador penal. Esta teoría se derivaría de principios constitucionales, en especial los principios constitucionales de “legalidad” y “proporcionalidad”.

Últimamente, Hefendehl ha propuesto una teoría propia que, por un lado, busca, a partir de la Constitución, definir los bienes jurídicos que el Derecho Penal debe proteger, como también fijar los “límites” a la intervención penal. Aunque la Constitución no describa de manera precisa y completa la tarea del Derecho Penal, por lo menos permitiría establecer los requisitos mínimos para la legitimidad de los tipos penales.

Se ha comprobado con esta teoría que, aun admitiendo que los nuevos desarrollos sociales y tecnológicos llevarían a la necesidad de proteger legalmente nuevos intereses vitales, ello no necesariamente tiene que implicar una renuncia total o parcial al principio de protección de bienes jurídicos, ni siquiera su relativización, así como la protección no tiene que darse necesariamente y siempre con el Derecho Penal sino también en otras instancias.

Esta teoría todavía constituye doctrina dominante en el Derecho Penal Alemán y en el de los países con sistemas penales de corte europeo-continental como España, Italia, Portugal, Argentina, Chile, Perú, etc. Esta teoría de tesis constitucionalista apega el concepto del bien jurídico con los principios fundamentales y vincula el bien jurídico con los derechos fundamentales a fin de poder cumplir con la tarea político criminal.

## **i. La cibercriminalidad y el *grooming***

### **a) Cibercriminalidad**

El uso de las nuevas tecnologías ha revolucionado al mundo contemporáneo, lo cual ha generado una fuerte influencia concretamente en los menores quienes no solo desarrollan a través de la tecnología sus habilidades cognitivas y aprendizaje, sino que destacan su anhelado interés de socializar, conocer y entablar amistades. Sin perjuicio de las bondades que ofrece hoy la tecnología, también es menester señalar preocupación latente por el uso excesivo de ciertas tecnologías por parte de éstos generando en la sociedad una gran alarma por la facilidad que ofrece el internet para la perpetración de delitos vinculados contra la indemnidad sexual de menores.

Como indicaba Gil Antón: hoy en día los menores nacen y crecen haciendo uso de las TICs por eso se les conoce como “nativos digitales”<sup>30</sup>; sin embargo, esa interrelación de los menores con las TICs, se presenta en forma muy latente sobre todo en las redes sociales en donde observamos que constantemente las personas suelen publicar sus estados de ánimo, datos muy sensibles, íntimos muy personales, menores que no tiene todavía consciencia de la relevancia que adquiere el hecho de hacer públicos datos de carácter muy personal, dando muchas veces más importancia a su vida virtual que a la vida real, un ejemplo de ellos se observa en el número de amigos que se tiene en las redes sociales lo que no corresponde con su realidad.

---

<sup>30</sup> GIL ANTÓN, Ana María. *El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales*. Revista N° 10-2012 de Derecho UNED. Consultado 23 de junio de 2015. Pág. 214. Recuperado de file:///C:/Users/usuario/Downloads/11097-16044-1-PB.pdf.

En efecto, dada la libertad y el medio anónimo que ofrece el internet a los delincuentes sexuales, la facilidad actual de los menores para acceder al internet, la cantidad de tiempo que dedican a esta nueva herramienta y la especial vulnerabilidad del menor, se ha planteado la necesidad de incorporar tipos penales que protejan su libertad o indemnidad sexual<sup>31</sup>.

Beecha, Elliota, Birgdenc y Findlaterb, refieren tres formas en que el internet puede ser usado por los delincuentes sexuales<sup>32</sup>: 1) Con el fin de difundir las imágenes para uso personal y/o razones comerciales; 2) Para establecer y participar en redes sociales con otros individuos que tienen un interés sexual en los niños; y 3) Para participar en la comunicación sexual inapropiada con niños y/o para localizar a los niños para cometer abusos sexuales.

Las diversas legislaciones extranjeras: europeas y latinoamericanas, partiendo de la necesidad de aumentar el nivel de protección de los niños, dado el desarrollo constante de las nuevas tecnologías, en especial internet y el uso de nuevas formas de manipulación de niños en línea con fines sexuales por parte de los pedófilos, han optado por establecer diversos delitos, como el delito del *grooming*, a fin de castigar, entre otras conductas, la realizada por el sexual predador quien primero identifica a las víctimas potenciales, luego establece una relación con éstas, tratando de ganar su confianza y una vez ganada utilizará la coacción sutil para mover la relación en áreas más personales, a menudo con la esperanza de arreglar un

---

<sup>31</sup> DIAZ CORTEZ, Lina Mariola. (2012). *Child Grooming del artículo 183 bis del Código Penal: una aproximación a su estudio*. Boletín N° 2138-2012 del Ministerio de Justicia. España. Consultado 23 de junio de 2015. Recuperado de [gedos.usal.es/jspui/handle/10366/113082](http://gedos.usal.es/jspui/handle/10366/113082)

<sup>32</sup> Beecha, Elliota, Birgdenc y Findlaterb. The Internet and child sexual offending: A criminological review, Volumen 13, ISSUE 3, June-july 2008, Pág. 216-228. Citado por DIAZ CORTEZ, Lina Mariola. *Child Grooming del artículo 183 bis del Código Penal: una aproximación a su estudio*. Boletín N° 2138-2012 del Ministerio de Justicia. España. Consultado 23 de junio de 2015. Pág. 4. Recuperado de: [gedos.usal.es/jspui/handle/10366/113082](http://gedos.usal.es/jspui/handle/10366/113082).

encuentro cara a cara con la finalidad de cometer un delito sexual. Si bien es cierto que las TICs han facilitado mucho la actuación de los agresores con los menores, sin embargo aún no existen canales adecuados para proteger a las posibles víctimas.

Es menester indicar que algunas Asociaciones han tenido la iniciativa de crear medidas pertinentes tales como el Botón de “report abuse” que permiten la protección de los menores de cualquier tipo de abuso a través de las TICs. Mediante este dispositivo permite que el menor que se considere víctima, o cualquier otra persona, denuncie cualquier contenido que considere abusivo, si bien no se retira inmediatamente el contenido, se permite que el proveedor analice el contenido y si se considera abusivo se retira del acceso público.

#### **4.3.7. El grooming:**

##### **Antecedentes del grooming**

Miró Llinares<sup>33</sup> apunta que el *grooming* comenzó a usarse en la literatura dedicada al estudio de la criminología y psicología de los delincuentes sexuales para describir los comportamientos del depredador sexual, llevados a cabo en la primera etapa del abuso, en la que el abusador trata de ganarse la confianza del menor y de acceder a información esencial sobre él para la posterior consumación del abuso.

El interés por el fenómeno del *online child grooming* aparece, como decíamos, más recientemente y sobre todo unido a las recomendaciones que a propósito de la utilización segura de las TIC y especialmente Internet realiza el Consejo de

---

<sup>33</sup> RIQUERT, Marcelo. (2014). *El cibergrooming: nuevo artículo 131 del CP y sus correcciones en el anteproyecto argentino de 2014*. Consultado 23 de junio de 2015. Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20140408\\_03.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140408_03.pdf).

Europa<sup>34</sup>. Precisamente este organismo ha sido el primero en establecer la necesidad de que algunas conductas que integran ese fenómeno constituyan un delito autónomo. Y así ha dispuesto en su Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual el castigo penal del adulto que se sirve de las tecnologías de la información y de la comunicación como medio para proponer un encuentro con un niño con el propósito de cometer contra él determinados delitos de abuso y explotación sexual.

**Definición del grooming:** El término *grooming* proviene del término inglés *groom*, traducido significa acicalar o engalanar. Sin embargo, en términos jurídicos podemos traducirla como seducción o preparación de niños con fines sexuales.

Este fenómeno ha cobrado en los últimos años una nueva forma de manifestarse como consecuencia de los instrumentos de los que se sirve el sujeto para llevarlo a cabo, esto es, las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación principalmente el internet (redes sociales). El carácter novedoso de este fenómeno hace que en el presente no exista hasta ahora una definición unánime aceptada mayoritariamente y como veremos está condicionada por el tratamiento legislativo que cada sistema adopte.

El Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO) define al *grooming* como “Acciones deliberadamente para establecer una relación y un control emocional sobre un niño o niña con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor”.

---

<sup>34</sup> GONZALES TASCÓN, María Martha. (2012). *El Nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*. Consultado 23 de junio de 2015. Recuperado de [www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/140](http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/140).

Dichas acciones emprendidas son realizadas por un adulto con el objetivo de ganarse la amistad de un menor de edad, al crearse una conexión emocional con el mismo, con el fin de disminuir las inhibiciones del niño y poder abusar sexualmente de él.

El *child grooming* o ciberacoso infantil<sup>35</sup> con una finalidad sexual, es una de las modalidades de acoso que se dan con el uso de las tecnologías de la información y comunicación, es cometida por adultos sobre menores de edad, teniendo siempre un propósito sexual.

**Etapas del Grooming**, se encuentran descritas por el autor Daniel Peña Labrin<sup>36</sup> y son las siguientes:

**Primera etapa:** El proceso se inicia con el autor situando el lugar en el que pueden encontrarse menores (Chats, redes sociales, entre otros), de todos los menores posibles, el agresor elige a uno, por el motivo que sea: falta de autoestima, inadaptación social, etc; luego inicia el proceso de toma de contacto con él para ganarse la confianza: mostrando preocupación y comprensión hacia el menor, haciéndole regalos, etc. El acosador al contactar a un menor genera lazos de amistad fingiendo ser un niño o niña. Si el contacto es a través de un programa de conversación o red social, el adulto utilizará iconos y modismos infantiles y/o adolescentes.

**Segunda etapa:** El acosador obtiene información clave de la víctima del Grooming. En este período, el menor suele comentar en que ciudad reside,

---

<sup>35</sup> HERNÁNDEZ GUERRERO, *Francisco* (2010). *Las conductas de acoso por medio de las tecnologías de la información y de las comunicaciones*, Derecho y Redes Sociales. Revista Civitas. España

<sup>36</sup> PEÑA LABRIN, Daniel. (2014). *Aproximación Criminológica: delitos informáticos contra la Libertad e indemnidad sexual-Ley N° 30096*. Consultado el 23 de junio de 2015. Pág. 17-19. Recuperado de [http://www.uigv.edu.pe/fileadmin/facultades/derecho/Archivos/articulos\\_docentes/articulo\\_delitos\\_informaticos\\_indemnidad\\_sexual\\_2014.pdf](http://www.uigv.edu.pe/fileadmin/facultades/derecho/Archivos/articulos_docentes/articulo_delitos_informaticos_indemnidad_sexual_2014.pdf).

la escuela/colegio al que asiste, número telefónico de su móvil y la dirección domiciliaria, entre otras informaciones personales.

**Tercera etapa:** En esta fase viene la provocación: el abusador comienza a dirigir las conversaciones a temas sobre sexo e incluso envía a través de los programas de mensajería tipo Messenger o similares imágenes pornográficas. Si el menor siente curiosidad por los temas propuestos y por las imágenes mostradas nos encontramos en la fase de la “seducción”. Lograda una primera confianza con el menor, el abusador no tiene más que introducir paulatinamente el elemento sexual, de forma que no resulte violenta o incómoda para el menor. Mediante la seducción, el acosador buscará conseguir que el menor realice diversas acciones frente a la webcam del computador, como desvestirse, tocarse, masturbarse o cualquier otra acción de connotación sexual.

**Cuarta etapa:** En esta etapa se da inicio del cyber acoso, toda vez que es muy posible que el menor ya haya enviado mensajes o imágenes de contenido delicado, en tal caso el agresor solo tiene que pedir al menor aquello que desee y el menor, en caso se negara, se encontrará ante la amenaza de que se difundan sus imágenes o conversaciones o incluso que sean enviadas a sus padres; es decir, en esta etapa el acosador extorsiona a la víctima con el objeto de obtener material pornográfico bien el contacto físico para concretar delitos sexuales, conseguido esto, aunque sea en sus objetivos mínimos, se pasa a la fase de la captura de pruebas.

#### **4.3.8. Legislación Comparada de los diversos sistemas jurídicos respecto a la incorporación del delito de grooming.**

En diferentes países se ha reconocido al grooming como un tipo penal autónomo; las razones por las cuales la política criminal ha justificado esta nueva incorporación han sido impulsadas por la exigencia al cumplimiento por parte de los Estados de los compromisos derivados de los diferentes tratados internacionales.

La expresión “grooming” es un término anglosajón y es en la legislación de los países del “*Common Law*” donde ha tenido mayor desarrollo – Reino Unido, Escocia, Australia, Estados Unidos, Singapur - pero también se encuentra regulado en diversos países latinoamericanos como el nuestro. En mayor medida este fenómeno ha sido tratado en los sistemas de derecho anglosajón. En este marco podemos mencionar primeramente a la legislación Australiana<sup>37</sup>.

Así el **Código Penal Australiano** de la Commonwealth (1995), dentro de su capítulo 8º, referido a los delitos contra la humanidad y delitos relacionados, presenta, en la parte dedicada a los servicios de telecomunicaciones, una sección relativa a los delitos conectados con el uso de los servicios de comunicación que implican una actividad sexual con persona menor de 16 años (subdivisión F), entre los que se encuentra el delito de utilización de un sistema de comunicación para facilitar la consecución de la involucración de un menor de 16 años en actividades sexuales (*using a carriage service to “groom” persons under 16 years of age*).

---

<sup>37</sup> GONZALES TASCÓN, María Martha. (2012). *El Nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*. Consultado 20 de julio de 2015. Pág. 223. Recuperado de [www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/140](http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/140).

**El Código Penal Canadiense**<sup>38</sup> de 1985 contempla en su artículo 172.1 el delito de luring a child. A su tenor se castiga a aquél que por medio de un sistema informático se comunica con una persona menor de 18 años, o que él crea que es menor de esa edad, con el propósito de facilitar la comisión de un delito de explotación sexual (Artículo 153.1), con el propósito de facilitar la comisión de un delito de contacto sexual (Artículo 151), de incitación al contacto sexual (Artículo 152).

Desde un enfoque más amplio, que no exige que el contacto se produzca mediante las TICs ni que de ser así esto repercuta en un incremento de la pena, el fenómeno del *child grooming* comenzó a abordarse legislativamente en el **Reino Unido**.

En **Inglaterra y Gales** la Ley de delitos sexuales de 2003 (Sexual Offences Act 2003), en su Artículo 1549, establece como delito sexual el denominado *meeting a child following sexual grooming*, esto es, el encuentro de un menor tras la preparación del mismo para fines sexuales, este delito se castiga, dependiendo de la gravedad del hecho, con la pena de prisión de hasta seis meses o la pena de multa que no exceda del máximo previsto o ambas penas (*summary conviction*).

El tema del grooming en el sistema anglosajón es muy amplio, sin embargo por cuestiones de interpretación-traducción del idioma en esta tesis nos limitaremos a exponer el derecho comparado de los países de habla española que hayan incorporado recientemente al grooming.

Esta incursión en otras legislaciones evidencia que no existe una posición común entre los estados sobre cómo abordar el fenómeno del *grooming*, si debe o no

---

<sup>38</sup> *Ibíd.* Pág. 227

criminalizarse, y, en su caso, cómo proceder a su tipificación. Principalmente parece desprenderse que a nivel legislativo más que un acercamiento al fenómeno en sí mismo considerado se ha procedido a otorgar relevancia penal a una serie de actos preparatorios de algún delito de naturaleza sexual.

- a) **España:** En el Código Penal Español este delito se encuentra regulado en el Capítulo II: De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años:

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

#### **Antecedentes:**

La inclusión de este delito, se produjo en España con la Ley Orgánica 5/2010 del 22 de junio, en su exposición de motivos indicaba que la reforma respondía a la necesidad de transponer la Decisión Marco 2004/68/JAI, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil para estar a la par con el Convenio del Consejo de Europa de 2007<sup>39</sup>. El legislador español en el preámbulo

<sup>39</sup> VALVERDE MEGÍAS, Roberto. *Chil grooming. Concepto y respuesta penal*. Consultado el 23 junio de 2015. Recuperado de [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Roberto%20Valverde%20Meg%C3%ADas.pdf?idFile=b34307c5-0170-4c3b-bcc5-9b8a41cf2c72](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Roberto%20Valverde%20Meg%C3%ADas.pdf?idFile=b34307c5-0170-4c3b-bcc5-9b8a41cf2c72).

de la Ley Orgánica 5/2010 ha utilizado en el Artículo 183 bis, desde el inicio del debate parlamentario, el anglicismo *child grooming*. El Artículo 183 bis del Código Penal Español tiene una redacción coincidente con el Artículo 23 del Convenio del Consejo de Europa de 2007; ambos hacen referencia a las TICs como medio a través del cual se haya verificado el contacto, y se limitan a los casos en que la edad de la víctima quede por debajo del límite a partir del cual cabe que el menor preste el consentimiento para mantener relaciones sexuales, esto es 13 años.

#### **Comentarios al Tipo penal:**

- i.** El Código Español establece como primer requisito la utilización de las TICs (sea a través del internet o teléfono), descartando el contacto físico entre el delincuente y la víctima.
- ii.** El sujeto activo que realiza esta conducta puede ser cualquier persona, incluso lo podría cometer un menor entre 14 y 18 años ya que en España se ha incorporado la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor. Por su parte, en el sujeto pasivo se exige que el contacto sea con un menor de trece años, siendo esta edad la que el legislador ha marcado como frontera la indemnidad sexual, pues superada esta edad se entiende que el menor puede dar su consentimiento en materia sexual.
- iii.** Respecto al bien jurídico protegido al ser un delito de peligro abstracto tiene un doble carácter: uno individual, referido al menor en concreto; y otro supraindividual, referido a la infancia en general.
- iv.** Que el delincuente proponga concertar un encuentro con el menor para cometer cualquiera de los delitos descritos en los Artículos 178-183 y 189 del CP español: En este punto algunos autores consideran que la exigencia de actos materiales encaminados al acercamiento, su consumación se conseguiría cuando

la cita propuesta por el delincuente fuese aceptada por el menor y se iniciaran los actos destinados a que se ejecute la misma. La Ejecución de actos materiales encaminados al acercamiento, la redacción del precepto, en principio, parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción o embaucamiento, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el afecto y confianza de la víctima, tales como el envío de regalos.

- v. Que el encuentro propuesto por el delincuente responda a la finalidad de cometer cualquiera de los delitos descritos en los Artículos 178-183 y 189 del CP español, esto es, comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución y desarrollo de la personalidad del menor.
- vi. Por último, para el tipo básico se impone una pena de uno a tres años de prisión o multa de 12 a 24 meses, en la que se tendrán en consideración elementos tales como la forma en la que se ha desarrollado la relación, la afectación al menor, el tipo concreto de abuso, agresión o explotación sexual que se pretendía llevar a cabo.

b) **Argentina:** En el Código Penal Argentino este delito se encuentra regulado en el Capítulo IV - TITULO III, Sección de Delitos contra la integridad sexual.

**Artículo 131:** *“Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.*

**Antecedentes:**

A fines del 2008 se dio una importante modificación a la Parte Especial del Código Penal en Argentina debido a las nuevas modalidades de ataque

generadas por el uso de las TICs<sup>40</sup>; en el 2010 se suscribieron al Convenio de Budapest; sin embargo, el máximo antecedente que tuvo este nuevo delito fue precisamente el “Convenio del Consejo de Europa para la protección de los Niños contra la Explotación y Abuso Sexual”, firmado en Lanzarote en octubre de 2007, cuyo Artículo 23º prohíbe las Propositiones a niños con fines sexuales. A través de la ley N° 26904, de fecha 11 de diciembre de 2013, se incorporó al Código Penal Argentino el tipo de “cibergrooming – grooming o child grooming” en el Artículo 131º con la denominación de delito de “contacto telemático con menores de edad con fines sexuales o ciberacoso sexual a menores”.

#### **Comentarios del tipo penal:**

- i. El grooming en la legislación argentina se basa en tres aspectos: No se requiere mayoría de edad en el sujeto activo, no se distingue en el sujeto pasivo la edad de madurez sexual habilitada y no se exige la verificación de actos materiales posteriores conducentes a la concreción del encuentro. El ciber acoso sexual infantil ha sido insertado dentro de los delitos contra la integridad sexual que viene a constituir su bien jurídico protegido.
- ii. La incorporación de este delito, en su sistema, ha recibido diversas críticas entre ellas por ejemplo: El *grooming* vulnera el principio de proporcionalidad de las penas, puesto que el acto preparatorio incriminado autónomamente se lleva a cabo en el espacio virtual tiene la misma sanción que los delitos de lesión consumados en el mundo real afectando al mismo bien jurídico, como sucede por ejemplo con el abuso sexual simple.

---

<sup>40</sup> RIQUERT, Marcelo. (2014). *El cibergrooming: nuevo artículo 131 del CP y sus correcciones en el anteproyecto argentino de 2014*. Consultado el 23 junio de 2015. Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20140408\\_03.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140408_03.pdf).

- c) **Chile:** Ley N° 20526, Sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil.

*Artículo 366 quater: El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo. Si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, la pena será presidio menor en su grado máximo. Con iguales penas se sancionará a quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1° del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363.*

#### **Antecedentes:**

La Ley 20526, de fecha 20 agosto de 2011, modificó el Artículo 366 que tipificaba las conductas de abuso sexual impropio<sup>41</sup> o indirecto, también llamadas por la doctrina chilena conductas de significación sexual frente a menores o conducta sexual impropia con menores de 14 años.

En Chile se castiga la conducta del adulto que con el fin de obtener su excitación o la de otro, contacte con menor de 14 años, para entre otras cosas, enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14

---

<sup>41</sup> La realización de actos de significación sexual merece reproche penal cuando no existe voluntad de alguno de los partícipes, que esté viciada o que incluso no haya discernimiento ni conciencia de la significación de los actos realizados, como en el caso de los menores de catorce años a quienes no se les reconoce jurídicamente la facultad para disponer de su sexualidad, por lo tanto, tampoco de percepción de un acto con sentido sexual (GARRIDO, 2007).

años de edad, con significación sexual. No señala explícitamente el medio empleado para la exhibición de imágenes, no obstante podemos tomar en cuenta que para realizar y divulgar las mismas necesitaría los sujetos hacer uso de las TICs.

**Comentarios al tipo penal:**

- i. Para la configuración del tipo, el adulto debe haber determinado a un menor, entre otras cosas, a que realice acciones de significancia sexual, es decir, sería un tipo de resultado que exigiría que un menor hubiese sido determinado a realizar acciones de significación sexual delante de un mayor o de otro. De acuerdo a la naturaleza de estas conductas, que desarrollan a través de cualquiera de las tecnologías de las comunicaciones existentes.
- ii. No se exige ninguna calificación del sujeto activo, el tipo puede ser ejecutado por cualquier persona, hombre o mujer, lo mismo ocurre con el sujeto pasivo. Sin embargo, tiene importancia que la víctima sea mayor o menor de 14 años.
- iii. Este artículo igualmente sufre modificaciones en la Ley N° 20.526 del 13.Ago.2011, la que integra la frase "o a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años, con significación sexual", modifica el inciso 3 del artículo y añade los incisos 4 y 5 actualizando la norma, ya que establece que será igualmente sancionado los delitos descritos, pero cometidos a distancia por cualquier medio electrónico y si en la comisión de los mismos su autor falseó su identidad o edad, agravando esta situación.

**d) Perú:** En nuestro sistema este delito de Propositiones sexuales a menores de edad se encuentra regulado en dos disposiciones legales; por un lado, tenemos el

Artículo 5° de la Ley 30096 -Ley de Delitos Informáticos – y por otro lado, lo encontramos en el Artículo 183° B del Código Penal; de la revisión de ambos articulados se advierte la misma calificación (redacción) con la diferencia que en la Ley de Delitos Informáticos solo se castigan los actos que se realizan a través del internet u otro medio.

**\* Artículo 5 de la Ley N° 30096: Propositiones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos:** “El que a través de internet u otro medio análogo contacta con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para llevar a cabo actividades sexuales con él, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal. Cuando la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad y medie engaño, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal.”

**\*Artículo 183°B del Código Penal: Propositiones sexuales a niños, niñas y adolescentes:** “El que contacta con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para llevar a cabo actividades sexuales con él, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36°. Cuando la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad y medie engaño, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36°”.

#### **4.3.9. Desarrollo del tipo penal de delito de proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales**

- a) **Sujeto activo:** Cuando el legislador hace alusión al término “El que”, el delito de Propositiones a menores de edad con fines sexuales se ha perfilado en nuestro derecho como un *delito común*, consiguientemente puede ser sujeto activo cualquier persona tanto varón como mujer (SALINAS, 2015, p. 937).

**b) Sujeto Pasivo:** Viene a ser todo menor de 14 años (niños, niñas y adolescentes) no importa el sexo. El límite de edad que se establece para concretar el sujeto pasivo de este delito, menores de 14 años, está en sintonía con la edad legal de consentimiento sexual, que, por otra parte, es la que se tiene presente también a los efectos de configurar este delito en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y abuso sexual.

**c) Bien Jurídico Protegido:** En caso de menores de 14 años se protege la indemnidad sexual y en mayores de 14 y menores de 18 se protege la libertad sexual (SALINAS, 2015, p.937).

Para la gran mayoría de autores consideran que el verdadero bien jurídico en los menores no sería la libertad sexual sino la indemnidad sexual, la misma que debe entenderse como una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho de todo ser humano tiene, en este caso el menor, a un libre desarrollo de su personalidad sin intervenciones traumáticas en una esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida (SALINAS, 2008, p.24).

**d) Tipo Básico:** Se trata de un tipo mixto acumulativo que precisa para su consumación que el sujeto activo realice tres acciones (SALINAS, 2015, p.936-937):

1. Cuando el agente o autor contacta y conversa con un menor de 14 años de edad y le solicita material pornográfico.

2. Cuando el agente o autor contacta y conversa con un menor de 14 años de edad y sin solicitarle obtiene o recibe del menor material pornográfico.
3. Cuando el agente o autor contacta y conversa con un menor de 14 años de edad para realizar actividades sexuales con el menor.

El contacto que hace el agente con el menor agraviado puede ser por cualquier medio, es decir, puede ser personal, por teléfono, correo electrónico, Facebook, WhatsApp, etc.

Tanto en el Artículo 5° regulado en la Ley N° 30096 como en el Artículo 183 B del CP en ambos delitos se consuman con el solo hecho de contactarse con un menor con la finalidad o propósito de obtener material pornográfico o relaciones sexuales, no requiriendo que estas conductas efectivamente se produzcan. La diferencia de la regulación en ambos artículos radica en que en el Artículo 183° B del CP busca castigar, a nivel de la preparación delictiva, el contacto con menores de edad que se realiza de modo presencial o físico o también a través de servicios off line (llamadas telefónicas, mensajes de texto, cartas, telegramas, etc.)

A tenor del significado del verbo “contactar”, esto es, establecer contacto o comunicación con alguien, sin precisión alguna sobre el momento del contacto, habría que concluir que es indiferente que el sujeto activo y su concreta víctima se hayan conocido con anterioridad en el espacio físico.

- e) **Tipo Subjetivo:** En el plano subjetivo, este delito es un delito de naturaleza dolosa; el agente debe actuar con la finalidad o intención – a manera de un elemento de tendencia interna trascendente – de solicitar u obtener de un

menor material pornográfico o para llevar a cabo actividades sexuales con él. Es necesario para la existencia de este delito de la presencia de un elemento subjetivo del injusto en el sujeto activo, concretamente que su conducta esté dirigida a la comisión de determinados delitos sexuales. Independientemente de todo ello, seguramente sea este elemento subjetivo del injusto el que mayores problemas planteará en la práctica ante la dificultad de demostrar su presencia.

**f) Consumación:** Los comportamientos descritos se perfeccionan en el momento en que el agente entra en contacto y hace las solicitudes o propuestas sexuales con su víctima menor (SALINAS, 2015, p. 938).

Se trata de un delito de mera actividad, ya que no es necesario que el agente logre su finalidad, esto es, que reciba necesariamente el material pornográfico que solicita, ni menos es necesario que el agente llegue a realizar actividades sexuales con su víctima, basta que las haya solicitado o propuesto para consumir el delito.

**g) Penalidad:** Cuando se trate de un menor de catorce años, el agente será sancionado con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del Artículo 36°. En caso en que la víctima tenga entre catorce y menos de dieciocho años de edad y medie engaño la pena será no menor de tres ni mayor de seis años.

**h) Tipo cualificado:** *Cuando la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad y medie engaño, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación.* Cuando se hace alusión al engaño, se refiere aquél instrumento tendiente a invalidar la voluntad del ofendido,

pues al ser personas que aún no han adquirido un desarrollo psicológico pleno, pueden ser presa fáciles de esos viles agentes y así comprometerlos en actividades pornográficas o de contenido sexual (PEÑA CABRERA, 2015, p.291). El engaño, como medio determinante del agravamiento de la pena puede, dejar, en gran medida, sin contenido el tipo básico, dado que lo normal en el proceso de preparación del menor para que acceda a pretensiones sexuales es que el sujeto activo se sirva del engaño.

- i) Este delito imposibilita el castigo de la tentativa, al tratarse de un delito de mera actividad.
- j) Otra pena principal que se vincula a los delitos del Título III-Sección III del Libro I del CP, pero de forma accesoria, sería la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, empleo o cargo público o ejercicio de profesión u oficio no menor de tres ni mayor de seis años o la privación de la patria potestad (conforme a los numerales 1, 2 y 4 del Artículo 36 y 39 del Código Penal).

#### **4.3.10. El iter criminis**

El denominado "iter criminis" fue desarrollado por Francesco Carrara, principal autor de la Escuela Clásica Italiana; es concebido como aquellas etapas constitutivas de un delito (VILLAVICENCIO, 2007, p. 415). Es un proceso que parte desde un momento mental (se concibe la idea de cometer el delito) hasta llegar al momento externo (se llega a consumir el resultado).

##### **a) Etapas del itercriminis:**

No todas estas etapas del itercriminis son relevantes desde el punto de vista jurídico-penal; a continuación desarrollaremos sus etapas:

**i. Ideación o deliberación:** El delito nace en la mente del sujeto, en ella se puede observar deliberación de la idea delictiva que, de acuerdo a las características del delito. Esta etapa culmina con la toma de decisión de cometer la infracción, se desarrolla en el mundo interno del agente (HURTADO J. & PRADO V., 2011, p. 81).

Es regla general que la ideación es impune, en la doctrina existe unanimidad respecto a la impunidad de quien se limita a deliberar sobre las posibilidades de cometer una infracción, aun cuando tome la decisión de ejecutarla y la comunique a terceros, pero no llega a materializarla mediante actos concretos.

**ii. Actos preparatorios:** Es la primera manifestación exterior de la resolución criminal. Estos comportamientos preceden a la ejecución típica del delito (VILLAVICENCIO, 2007, p.418). Los actos preparatorios son las primeras conductas externas ubicadas entre la fase interna y el comienzo de la ejecución de la comisión típica de un delito determinado, dentro del iter criminis. La Jurisprudencia refiere “Los actos preparatorios, vienen a ser la etapa del proceso en el que el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para lograr el fin que se propone, los que generalmente, también son atípicos, por ende impunes (...)”<sup>42</sup>.

En relación a la penalidad, la regla general es que **los actos preparatorios son atípicos**, por ende, impunes. En otras palabras, los actos son equívocos, ya que pueden ser entendidos dentro del ámbito de las conductas socialmente permitidas; estos actos se hallan muy alejados a una posible consumación típica del delito, que no significan una seria amenaza

---

<sup>42</sup> Ejecutoria Suprema del 11 de enero de 1999, Exp. 4804-98 Huaura en Prado Saldarriaga, 1999, pp. 182-183.

para el bien jurídico protegido. Los actos preparatorios son una de las garantías en el normal desenvolvimiento de las acciones humanas, cuyo respeto y objeto de mínima intromisión reflejan y grafican la real estructuración y funcionalidad de un Estado de Derecho.

**iii. Tentativa:** Se da cuando el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer (Artículo 16° del CP). Los actos que se extienden desde el momento en que comienza la ejecución hasta antes de la consumación son actos de tentativa. Así pues, el comienzo de la ejecución típica del delito y su no consumación representan sus límites. Según la Jurisprudencia: “La tentativa consiste en el inicio de la ejecución del delito, sin consumir, el comienzo de la ejecución comprende el inicio de la acción típica, así como la realización de actos demostrativos por el agente para poner en obra su finalidad”<sup>43</sup>.

A diferencia de los actos preparatorios, la tentativa puede ser punible. Esta es una etapa superior en el desarrollo del delito, pues cuando se pasa a los actos de ejecución, los actos preparatorios quedan absorbidos por estos. Dentro del iter criminis, la tentativa se encuentra ubicada entre los actos preparatorios y la consumación.

**iv. Consumación:** Este es un concepto formal y equivale a la realización precisa de un tipo. El delito está consumado con el total cumplimiento del tipo, es decir, con la realización de todos los elementos integrantes del mismo. Esencialmente, significa que el agente alcance el objetivo planeado mediante los medios que utiliza.

---

<sup>43</sup> Sentencia del 20 de abril de 1999, Exp. 96-0016—SP. Loreto en Academia de la Magistratura, 2000a, pp. 232-233.

**v. Delito agotado:** Es la fase posterior a la consumación del delito (HURTADO J. & PRADO V., 2011, p.83), llamada “consumación material” que se presenta cuando el sujeto no sólo realiza todos los aspectos exigidos por el tipo, sino que además consigue alcanzar la intención que perseguía.

La tendencia en adelantar la tutela penal, característica principal del llamado fenómeno de la expansión se puede organizar a través de dos criterios: por una parte el emplazamiento del iter criminis (delitos preparatorios y tentativas de participación); y por la otra, el juicio de peligro (delitos de peligro abstracto); estando ambos criterios vinculados, así entonces, los delitos de iter criminis serán siempre una clase de delitos de peligro, mientras que los delitos de peligro ocuparán siempre una posición en el proceso delictivo<sup>44</sup>.

**Delitos de peligro:** En estos delitos el legislador, de acuerdo a la experiencia, considera que determinados comportamientos son idóneos para perjudicar bienes jurídicos. Este interés en reprimirlos radica en la idea de que para protegerlos con eficacia es indispensable adelantar la barrera de protección (HURTADO J. & PRADO V., 2011, p.70). Esta corriente considera que en lugar de esperar la producción de un daño real (resultado material) estima que es mejor intervenir en el momento previo a que se produzca este suceso, es decir, cuando el agente crea una situación que pueda producirlo (situación de peligro).

La clasificación de los delitos de peligro tenemos a los delitos de peligro concreto y de peligro abstracto.

---

<sup>44</sup> TORRES GONZÁLES, Luis. (2009). *¿Existe el delito de grooming o ciber acoso sexual infantil?*. Consultado el 30 de junio de 2015. Recuperado de <http://www.monografias.com/trabajos-pdf4/a-existe-delito-grooming-o-ciber-acoso-sexual-infantil/a-existe-delito-grooming-o-ciber-acoso-sexual-infantil.shtml>.

**i. Delito de peligro concreto**, es aquella infracción definida en el tipo legal constituida por una acción que produce una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico. En efecto, al igual que ocurre en los delitos de lesión, en este tipo de delitos el tipo legal prevé, como elemento constitutivo de la infracción, una modificación del mundo exterior, física y cronológicamente, diferente de la acción incriminada<sup>45</sup>. En el delito de peligro concreto, el legislador respeta el principio de lesividad cuando condiciona la represión de la acción a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción (riesgo real).

**ii. Delito de peligro abstracto**, en este no supone alteración alguna del mundo exterior diferente e independiente de la acción en que consiste. Se consuma con la realización de la acción reprimida por peligrosa. El legislador busca prohibir determinados comportamientos peligrosos sin que sea necesario verificar si el peligro se ha dado efectivamente, pues lo que pretende es bloquear su fuente. Se trata pues de un delito general y difuso y no de un efectivo y real como en el de peligro concreto. Su finalidad, es ampliar la intervención del Derecho Penal para proteger con más eficacia ciertos bienes jurídicos.

---

<sup>45</sup> *Ibíd.* Pág. 71

#### 4.4. Definición de términos básicos

- a) **Programa:** Constituye un marco normativo compuesto por conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales genéricos, no se refiere a soluciones concretas de todos y cada uno de los problemas del sistema punitivo”<sup>46</sup>.
- b) **La anticipación de la punibilidad:** Se da cuando el Estado anticipa las barreras de protección penal o de punibilidad jurídico-penal. En este sentido, llega a reprochar conductas que no representan una puesta en peligro o una lesión efectiva de un bien jurídico, antes bien reprocha conductas que se encuentran en estadios previos<sup>47</sup>.
- El Estado sanciona acciones que originariamente pertenecerían aún al ámbito de libertades del sujeto, o bien, tiene por consumadas conductas que sólo podrían haberse encuadrado en el ámbito de la tentativa.
- c) **Delitos Informáticos:** Se puede definir a los delitos informáticos como aquellas conductas, típicas, antijurídicas, culpables y punibles en la que el agente hace uso de cualquier medio informático para obtener un beneficio indebido en perjuicio del sujeto pasivo (SALINAS, 2005, p. 1199).
- d) **Las redes sociales:** Se definen en la Wikipedia como estructuras sociales compuestas de grupos de personas, las cuales están conectadas por uno o varios tipos de relaciones, tales como amistad, parentesco, intereses comunes o que comparten conocimientos.

---

<sup>46</sup> SOTA SÁNCHEZ, André. (2013). Programa Penal de la Constitución Política de 1993 y el Derecho Penal Constitucional Peruano. Consultado el 31 de julio de 2015. Pág. 6.

Recuperado de [http://www.derechoycambiosocial.com/revista031/Programa\\_Penal\\_de\\_la\\_Constituci%C3%B3n.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista031/Programa_Penal_de_la_Constituci%C3%B3n.pdf).

<sup>47</sup> QUINTERO, María Eloísa. *Complemento a la realización del tipo y a la culpabilidad: actos preparatorios, tentativa y desistimiento*. consultado el 10 de agosto de 2015. Pág. 18.

Recuperado de <http://www.inacipe.gob.mx/stories/investigacion/descargas/CAP%C3%8DTULO%2011%20Complemento.pdf>

**CAPÍTULO V**  
**RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

## **5.1. Presentación de resultados**

### **5.1.1. Análisis, interpretación y discusión de resultados**

Los siguientes resultados y su respectivo análisis, así como la discusión que haremos sobre cada una de nuestras hipótesis desarrolla nuestro objetivo general, que precisamente es: Determinar la forma en que se afecta al programa penal-constitucional la incorporación del delito de proposiciones sexuales a menores de edad a través de la Ley de Delitos Informáticos. Para ello, la discusión que haremos ha sido sustentada a través de los diferentes criterios de interpretación que han sido descritos dentro de nuestros métodos especiales de investigación, así tenemos:

Con relación al *método literal*, hemos tenido como punto de partida describir los conceptos básicos del significado y alcance del término *Grooming*, cuya conducta es descrita en el Artículo 5° de la Ley N° 30096 así como el Artículo 183° B del Código Penal, para cuya conceptualización tuvimos que recurrir a su significado gramatical del término: *El Grooming* es una de las modalidades de acoso que tiene explícita una finalidad sexual, se da con el uso de las tecnologías de la información y comunicación, es cometida por adultos sobre menores de edad, teniendo siempre un propósito sexual.

Lo propio se hizo para entender el significado y concepto del Programa Penal Constitucional, como aquél conjunto de postulados político-criminales que integran el marco normativo, en cuyo seno el legislador debe tomar sus decisiones y el Juez extraer sus criterios interpretativos y aplicativos. Hemos desarrollado estos conceptos básicos para en adelante entender el título de nuestra investigación.

Por su parte, el *método lógico o de la ratio legis*, nos ha permitido responder a las siguientes preguntas: ¿para qué se dictó la norma?, ¿cuál fue la razón por la que la norma existe?, y ¿qué fines se hallan detrás de la norma?; así podríamos decir que el delito de *grooming* tuvo su primer antecedente en el Proyecto de Ley 2520/2011-PE, de fecha 26 de julio de 2013, en cuya Exposición de Motivos<sup>48</sup>, el legislador sostiene que dos son las razones por las cuales debería ser incorporado como delito: por la trascendencia del bien jurídico protegido (indemnidad sexual) debido al estado de vulnerabilidad en el que se encuentran y por el constante aumento de las modalidades delictivas que ha generado el uso del internet. En este texto legal se pretendía incorporar el delito de *grooming* en el Artículo 183° B del Código Penal, lo cual no fue posible, en un principio, pues su incorporación se dio en una ley especial; sin embargo, un año después de su publicación debido a los desaciertos de la norma, se corrigió este extremo indicando que no sólo se buscaba sancionar las proposiciones sexuales que se hacían a través del internet o cualquier otro medio, sino también aquellas que se daban de manera directa entre un adulto y un menor siempre y cuando la propuesta tenga una finalidad de índole sexual.

En su correlato con el *método histórico* hemos pretendido además desentrañar o reconstruir la voluntad del legislador de cada momento en que se dio o se estableció, o se propuso cambios en la tipificación de la figura en estudio en el que podemos decir que este proyecto, según la exposición de motivos, siguió los lineamientos de “Las bases para la elaboración de un instrumento internacional en materia de cibercriminalidad” elaboradas en la Conferencia Internacional de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos

---

<sup>48</sup> Proyecto de Ley 2520-2013-PE. Pág. 3

(COMJIB), conferencia que se llevó a cabo en la ciudad de Lima los días 4 y 5 de abril de 2013 en el que participó el entonces Ministro de Justicia, Daniel Augusto Figallo Rivadeneyra, conferencia en la cual los diplomáticos consideraron necesario adoptar un marco común a los países de Iberoamérica para la persecución de delitos informáticos inspirados en la Convención de Budapest. Aquí, cabe precisar, que este convenio no recoge el delito de *grooming* como sí lo hace el Convenio de Lanzarote al cual nuestro sistema no se encuentra adscrito; sin embargo, así nuestro legislador tomando estas bases incorporó este delito.

Finalmente, en cuanto a la aportación del *Método comparado* podemos decir que luego de haber cotejado legislación comparada de los países que han incorporado el *grooming* se advierte que las penas instauradas en los países del *common law* son menores a las que se ha establecido en los países de Latinoamérica, así también la edad de los sujetos pasivos van siempre de menores de dieciocho años; España, es el Estado quien mejor ha definido normativamente este delito, infiere que el contacto con un menor debe ir acompañado de actos materiales encaminados al acercamiento con menores; en nuestro país no ocurre ello basta con el contacto que tenga un adulto con un menor a través de las TICs ya se está consumando el tipo penal; otra característica también es en cuanto a sus penas, la pena máxima con la que se castiga en España es de tres años, en cambio en nuestro país: es no menor de cuatro ni mayor de ocho años, se observa una pena excesiva a este tipo de conductas; en España los sujetos activos-menores también pueden ser sancionados penalmente, en Perú solo responden los ciudadanos (mayores de 18 años). En Argentina, la pena que castiga como máximo es de cuatro años,

por eso es que se critica que este límite de pena es la misma respecto al abuso sexual simple, lo mismo sucede en Chile y Brasil, incluso en Chile no menciona que este delito se realice a través de las TICs.

Por cuestiones de orden, tanto el análisis, interpretación y discusión de la presente tesis será establecida de conformidad con la estructura otorgada a la hipótesis en el proyecto de investigación; así tenemos las siguientes hipótesis:

La incorporación del delito de proposiciones sexuales a menores de edad a través de la Ley de Delitos Informáticos afecta al programa penal-constitucional de la siguiente forma:

- H1.** Las tendencias actuales del Derecho Penal, que han sido tomadas como antecedentes para la incorporación de la Ley de Delitos Informáticos, se contraponen con los postulados doctrinarios de las corrientes clásicas del Derecho Penal lo que supone una realidad distinta a nuestro sistema jurídico.
- H2.** Los postulados actuales de la Política Criminal están adoptando una postura errada al penalizar el *grooming*, delito de peligro abstracto, existiendo un excesivo adelantamiento de las barreras de protección penal.
- H3.** Afecta principios generales de orden penal y constitucional que conforman el denominado Programa Penal-Constitucional.

**H1. Las tendencias actuales del Derecho Penal, que han sido tomadas como antecedentes para la incorporación de la Ley de Delitos Informáticos, se contraponen con los postulados doctrinarios de las corrientes clásicas del Derecho Penal lo que supone una realidad distinta a nuestro sistema jurídico.**

En estos últimos años las reformas legislativas instauradas en nuestro sistema están adoptando los diferentes postulados de las tendencias actuales como el Derecho Penal Simbólico, Punitivista y el Derecho Penal del Enemigo a consecuencia de la expansión del Derecho Penal; las cuales se contraponen a la corriente clásica de la Teoría del Garantismo, que sirvió de modelo tradicional de los Códigos Penales; por otro lado, se tiene el Modelo Bienestarista (Diez Ripollés) que rechaza tanto el modelo garantista como el derecho penal del enemigo, proponiendo un nuevo modelo de la seguridad ciudadana. A continuación, desarrollaremos cada una de las teorías opuestas y aquellas que han dado sustento a nuestra tesis.

La autora considera conveniente aplicar, para la presente tesis a la cual se adscribe, la **Teoría del Garantismo** que desarrolla Luigi Ferrajoli en su obra “Derecho y Razón”, teoría estrechamente vinculada al respeto de un Estado Constitucional de Derecho, en donde la Constitución ocupa el papel protagónico al momento en la toma de decisiones políticas y jurídicas. Este modelo constituye la consolidación jurídica, normativa, filosófica y política que rescata la importancia que cumplen los principios del derecho penal, los mismos que se derivan de nuestra Constitución; gracias a estos principios se buscan poner límites tanto al poder público como privado, los mismos que anteriormente fueron abatidos por el autoritarismo de aquella época.

Pese a que el modelo garantista fue la inspiración de los primeros Código Penales, autores como Díez Rípollés señalan que la teoría del garantismo es un modelo que ya no nos da las claves para interpretar los recientes cambios político-criminales, por la sencilla razón de que éstos obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal; señala el autor que el pecado original del

garantismo ha sido su inmovilismo y la defensa de ciertos principios considerados intocables; su discurso políticocriminal se ha mantenido inmune a los cambios sociales que se han ido suscitando actualmente. No obstante, para la autora, esta teoría conserva las garantías penales sustanciales y procesales que rigen el sistema penal peruano y que encuentra su justificación en dos postulados importantes: i) como medio de protección social para evitar que se cometan más delitos; y, ii) como herramienta de protección de los sujetos frente al poder punitivo del Estado, tomando en consideración que el fin del Derecho Penal no se reduce a la mera defensa social de intereses amenazados en delitos recientemente incorporados. Además, el derecho penal de este modelo, heredero del liberalismo político, estima que una de sus principales tareas es defender al ciudadano, delincuente o no, de los posibles abusos y arbitrariedad del estado punitivo, ya que no podemos renunciar a las cautelas existentes encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra los derechos individuales.

Además de la teoría del garantismo, la presente tesis recoge algunos postulados propios de la **Teoría de la Protección de los bienes jurídicos** en cuanto al desarrollo del Principio de Lesividad, principio irrenunciable que constituye el principal límite del poder de la intervención estatal; pues, no toda conducta que represente un peligro al bien jurídico va ser relevantemente punible; por cuanto para que una conducta lo sea (merecedora de pena) se debe evaluar la valoración de la dañosidad social sufrida; así también, rescata la importancia que cumplen las funciones del bien jurídico; así, desde una *función crítica*, el legislador estaría en condiciones de discutir la legitimidad de aquellos tipos penales creados o por crearse dejando de lado las concepciones morales o éticas de las minorías; y, desde una *función interpretativa o dogmática* habrá que interpretar los elementos del tipo

penal a fin de determinar si la conducta es merecedora de reproche penal atendiendo al resultado o puesta en peligro del bien jurídico que se protege.

Por último la presente tesis también recoge algunos lineamientos del **Modelo de la seguridad ciudadana** del maestro José Luis Díez Ripollés, el cual expresa que la alternativa al modelo de la seguridad ciudadana no es el modelo garantista, sino un modelo penal bienestarista, que anteponga una aproximación social a una aproximación represiva hacia la delincuencia dentro del campo de la racionalidad pragmática, esto es, en el de la efectividad y eficacia de las medidas de intervención social a tomar. Para el autor, con el que comparto criterio en este extremo, la delincuencia surge por defecto y ausencia de un suficiente control social; por ello, la seguridad ciudadana se ha convertido en el objetivo prioritario de la lucha contra la delincuencia. Este modelo satisface muchas de las necesidades sociales y a la vez plantea una serie de condicionamientos a los operadores jurídicos. Esta corriente marca de forma inmediata su distancia respecto a dos pautas de intervención políticocriminal: primero, respecto del modelo resocializador, por su excesiva atención y expectativas puestas en la actuación sobre el delincuente, y segundo, el bienestarismo autoritario, toda vez que tanto el poder ejecutivo como el poder legislativo son los primeros responsables de la corrección de las políticas existentes o de la adopción de nuevas iniciativas que contrarresten la insatisfactoria situación existente.

Hemos recogido estas tres importantes teorías en razón a que la incorporación del *grooming* en la Ley de delitos informáticos ha seguido los lineamientos de las tendencias actuales del Derecho Penal, en especial la del Derecho Penal del Enemigo, que si bien es cierto no son de todo negativas a un sistema jurídico; sin

embargo, estas corrientes de expansión penal dejan muy de lado la corriente clásica del Derecho Penal – Modelo garantista - a la que se adscribió nuestro sistema penal.

Ergo, las tendencias actuales del Derecho Penal se contraponen al garantismo por las siguientes razones; el **Derecho Penal Simbólico y Punitivista** cree erróneamente que a través de la creación de nuevos delitos y con la imposición de penas cada vez más duras se va a disminuir la delincuencia, lo cual es incorrecto, ya que este sistema busca simplemente dar una impresión tranquilizadora a la población sin resolver el problema desde sus causas, el cual se debe al fracaso de los mecanismos de control social informal; con la corriente de **Derecho Penal del Enemigo** de Günter Jakobs, impulsor del funcionalismo extremo, quien rescata la importancia de la “estabilización de las normas vigentes en una sociedad de personas”. Esta dogmática penal, etiqueta y estigmatiza precisamente como “enemigos” a los disidentes y a los discrepantes, así, los enemigos son individuos que se caracterizan, primero, porque rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen la destrucción de ese orden, y, segundo, por su especial peligrosidad para el orden jurídico, dado que su comportamiento ya no es calculable conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad. Esta doctrina de tercera velocidad de expansión del Derecho Penal, como lo ha denominado Sánchez Silva, ha encontrado un rechazo mayoritario en cuanto discurso teórico doctrinal y en cuanto planteamiento político criminal. Por un lado, Díez Ripollés rechaza esta postura que propugna la creación de un derecho represivo, excepcional, aligerado de garantías y usuario de penas extremadamente duras: y porque centra atención únicamente en determinadas formas de delincuencia: el terrorismo, narcotráfico, tráfico de personas y la criminalidad

organizada; delitos que no se presentan con frecuencia en nuestro sistema; por otro lado, encontramos una interesante crítica que realiza el maestro Luis Gracia Martín, quien nos indica que Derecho Penal del enemigo, como hijo legítimo del Derecho Penal simbólico, consiste en la negación de la condición de personas a determinados individuos; para el profesor Gracia, el hombre es persona por el solo hecho de ser “ser humano”, por ende, no se le pueden quitar sus derechos o garantías, por el simple hecho de ser criminalizado o no estar de acuerdo con aquellos que están en el poder.

La autora rechaza lo expuesto por Jakobs, como principal defensor del denominado Derecho Penal de Autor, ya que esta corriente se orienta únicamente a la neutralización o inocuización del delincuente en donde el Estado ya no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que busca combatir a sus enemigos, es decir, combate peligros, y, por ello, en él la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos; se persigue al autor, no por el hecho delictivo cometido, sino la perversión, inclinación o la peligrosidad criminal que éste representa. En definitiva este modelo conlleva a relativizar los derechos humanos en donde la dignidad de la persona es el núcleo o fundamento de los derechos fundamentales.

Como hemos visto estas tendencias expansivas del Derecho Penal propugnan por la aplicación y sanción de los delitos de peligro abstracto, protegen bienes jurídicos colectivos y además los protege en un estadio previo a la lesión del bien jurídico, flexibilizando los principios garantistas y contraviniendo el espíritu liberal y constitucional que caracteriza a un Estado Constitucional de Derecho, dejando de lado los valiosos aportes de la Teoría del Garantismo, la misma que busca encontrar una adecuada justificación al momento de la elaboración de las decisiones

legislativas penales, de manera que éstas cumplan determinadas exigencias relativas a su correspondencia con las realidades sociales. Las prescripciones legales que van a regular a través del Derecho Penal deben hallarse subordinadas al diseño que de éste se ha realizado en el ámbito constitucional.

Para finalizar la presente hipótesis, hemos realizado una crítica reflexiva desde el punto de vista de la corriente ius filosófica del pensamiento jurídico de Raúl Zaffaroni en su obra titulada “Criminología. Aproximación desde un margen” así como también del texto denominado “La Pachamama y el Humano”. Zaffaroni expresa que debe existir un saber criminológico, que nos sea necesario para impulsar la transformación de un aspecto de nuestra realidad con miras al impulso del desarrollo humano de los hombres de nuestro margen. Todo ello a fin de explicar qué son nuestros sistemas penales, cómo operan, qué efectos producen, qué vínculo mantienen con el resto del control social y del poder, qué alternativas existen a esta realidad y cómo se pueden instrumentar (Zaffaroni, 1988, p.19).

La autora ha tomado en consideración esta corriente filosófica toda vez que el profesor argentino ha desarrollado nuevas líneas de investigación sobre el impacto de los medios masivos de comunicación en las políticas del control del crimen; por un lado, hoy en día son las demandas de las víctimas reales o potenciales y la opinión pública las que guían el debate políticocriminal y como consecuencia la creación de delitos, sin embargo, estas iniciativas legislativas, últimamente se caracterizan por eludir los habituales controles burocráticos que demanda nuestro sistema, en donde el operador político responde de inmediato a los casos que revisten de gravedad, aplicando nuevas penas o endureciendo las ya existentes; y, por otro lado, estos nuevos delitos instaurados responden a una realidad distinta a la

que caracteriza al sistema penal en Latinoamérica, copiando la legislatura del sistema europeo el cual es eminentemente antropocéntrico, en donde el hombre y su dignidad humana son el centro de los derechos fundamentales, situación que resulta incompatible con nuestro sistema ya que responden a intereses y factores diversos; pues, en Latinoamérica tenemos características propias de una cultura animalista y ambientalista, cuyo contenido responde a un constitucionalismo andino, herederas de un legado cultural marcado por el culto a la tierra y la convivencia del buen vivir.

En ese sentido, se busca plantear una visión holística, ello implica generar un cambio radical del paradigma jurídico, fisurando la visión antropocéntrica del derecho tal como lo están haciendo las constituciones latinoamericanas de Ecuador y Bolivia quienes han propuesto el reconocimiento de los derechos de la naturaleza dentro de las Constituciones nacionales. Con esta actitud se busca recuperar la cultura ancestral de los pueblos originarios del cual nosotros somos parte.

**H2. Los postulados actuales de la Política Criminal están adoptando una postura errada al penalizar el *grooming*, delito de peligro abstracto, existiendo un excesivo adelantamiento de las barreras de protección penal.**

La política criminal aparece como un aspecto de la política en general, al igual que la política económica, educacional o de salud social; está ligada a los diferentes mecanismos multidisciplinarios como la Criminología, Psicología y Medicina que buscan dar soluciones prácticas y complementarias al Derecho Penal, promoviendo las reformas legislativas, diseñando las estrategias preventivas, etc.

El Estado a través de la política criminal está reforzando la Teoría de la Prevención General de la pena, otorgando mayor importancia a la sanción de los delitos contra la Libertad sexual, actuando de manera estrictamente represiva e intimidante con la imposición de penas severas; esto ha hecho que el legislador recurra con mucha frecuencia a la creación de delitos de peligro abstracto como instrumento técnico idóneo y dar solución a los diversos problemas que nos aquejan.

Estos delitos de peligro abstracto cuya realización del injusto típico se agota en la última acción realizada por el autor, sin que se espere de dicho accionar un resultado, son siempre delitos de mera actividad cuya punición descansa en la peligrosidad general de la acción típica para un determinado bien jurídico; sin embargo estos, actualmente no están referidos directamente a bienes jurídicos individuales como la indemnidad sexual en el *grooming*, sino más bien, a bienes jurídicos colectivos e inmateriales tales como la seguridad pública, la salud pública, o el medio ambiente.

La presente tesis aquí defendida, rechaza los tipos de peligro abstracto, en atención a las siguientes razones: **i)** no existe un verdadero y grave conflicto que sugiera la intervención del Derecho Penal, como el medio adecuado para solucionar este tipo de conductas antisociales, toda vez que corresponde a la política criminal la selección de los bienes, intereses y relaciones consideradas merecedoras y necesitadas de tutela penal; **ii)** no se advierte cuál es la lesión o la amenaza real para el bien jurídico en la norma pues se aplican por el simple hecho de tranquilizar a la Sociedad y de mantener la norma, lo que contraviene con el principio de lesividad; **iii)** se castiga a la persona que realiza la conducta descrita en la norma a pesar de que no se logra comprobar si realmente el bien jurídico ha sido lesionado o puesto

en peligro con su accionar; y **iv)** no suponen una lesividad a un bien jurídico y solamente constituyen un mero reproche de conducta antisocial. Es común que en los tipos de peligro abstracto no exista un ataque directo a un objeto del bien jurídico; en algunos casos, como por ejemplo en el delito de *grooming*, ni siquiera existe un ataque o un objeto atacado sino una mera “conducta reprochable” toda vez que ostenta la potencialidad de producir un peligro para el objeto del bien jurídico que sería un menor de edad.

Con la incorporación de este delito el legislador adelanta las barreras de punibilidad al sancionar el solo hecho de “contactar” sin importar si el agente logra su objetivo, el cual es obtener material pornográfico o llegar a tener actividad sexual; como se advierte, el marco normativo tal y como está establecido no es el correcto y ello se debe a que estos delitos son incorporados sin tomar en cuenta los fundamentos del Derecho Penal y la Política Criminal, que hoy en día está muy distorsionada en cuanto a los criterios que utiliza el jurista y que justificarían su incorporación, entre ellos tenemos; por un lado, a nuestros gobernantes quienes tienen la ardua tarea de legislar las normas penales; así por ejemplo la política a nivel de formulación en donde se define en qué casos y que medios utilizará el poder penal, si es que la conducta debe ser penada o no y con qué intensidad ha sido; ni que hablar en cuanto a su nivel de configuración, en donde los operadores jurídicos juegan un papel muy importante en cuanto se trate de canalizar el poder penal, resulta pues muchas veces difícil configurar y probar este tipo de delitos.

Por tanto, la autora considera equivocada la concepción político criminal del legislador al señalar que la solución comienza por adelantar la barrera punitiva, cuyo modo de actuación penal resulta ilegítima al no respetar los principios del

derecho penal y constitucional y porque no siempre con la creación de una norma se va a mantener el equilibrio de la sociedad.

Por lo tanto, reprimir conductas como el *grooming* a través de la severidad de las penas no es la solución correcta, muy por el contrario, a la fecha, los medios de comunicación siguen reportando los altos índices de criminalidad en nuestro sistema; por ello es importante que el Estado elabore una eficaz y eficiente política criminal en todos sus niveles a fin de no contravenir el Derecho Penal que es de última ratio.

### **H3. Afecta principios generales de orden penal y constitucional que conforman el denominado Programa Penal-Constitucional.**

Los principios considerados fuentes del Derecho en general son las bases sobre las cuales se fundamenta el sistema jurídico de un país, en la presente tesis se hace una interpretación legal y doctrinaria de algunos de los principios que estarían siendo afectados con la incorporación del delito de proposiciones sexuales en la Ley de Delitos Informáticos – Ley N° 30096 – modificada por la Ley N° 30171.

En este acápite se demostró que el delito de proposiciones sexuales a menores de edad sí afecta principios penales y constitucionales, pese a que éstos se presentan como postulados políticos, jurídicos y criminológicos que sirven para coadyuvar e interpretar las disposiciones constitucionales. Así tenemos:

**Desde un orden constitucional:** se trata de principios de interpretación constitucional cuya misión es orientar y canalizar el proceso de interpretación de la Constitución para la solución de un caso concreto.

Se están afectando los principios que conforman el denominado programa penal constitucional: **Unidad de la Constitución, fuerza normativa y supremacía constitucional**; toda vez que estos principios fundamentan que la interpretación de la Constitución debe estar orientada a ser considerada como un todo armónico y sistemático a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto, la Constitución es vinculante en todo; en ese sentido, al tipificar comportamientos de carácter penal teniendo en cuenta el bien jurídico a tutelar, los hechos incriminados deben respetar las garantías y derechos de los ciudadanos, considerando que la fuente constitucional es el límite y fundamento del Derecho Penal. Exige que el sistema jurídico penal respete tres momentos importantes: la creación, aplicación y ejecución de la ley penal; en realidad se dirige al legislador, al momento de sancionar conductas socialmente dañosas, para que éste oriente su actuación a los fines del Derecho Penal y que éstos tengan plena correspondencia con los postulados que manda la Constitución.

**Desde un orden penal:** consideramos que la incorporación del grooming ha afectado los siguientes principios recogidos tanto en nuestra Constitución como en el Título Preliminar del Código Penal.

**a) Principio de legalidad:** se sustenta en la exigencia de que cada conducta a ser sancionada debe estar prevista en la ley, es decir que nadie puede ser sancionado si el acto que ha cometido no encaja exactamente con la conducta descrita en la norma penal.

Este principio de legalidad, como expuso el maestro Enrique Bacigalupo, comporta cuatro interdicciones, a saber: 1) aplicar de manera retroactiva la ley (*lex praevia*); 2) aplicar otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*); 3)

ampliar el derecho escrito a situaciones análogas (*lex stricta*); y 4) utilizar cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*). De estas cuatro manifestaciones el *grooming* afecta la *lex certa*, toda vez que esta interdicción en la Constitución exige que tanto la conducta típica como la sanción deban estar previstas «de manera expresa e inequívoca». Esta manifestación comprende exclusivamente al legislador a nivel de formulación o de criminalización primaria, quien cumple la tarea de tipificar conductas declaradas delictivas y establece la consecuencia penal respectiva. De la revisión del artículo estudiado se advierte que este presenta una regulación deficiente al contener demasiados elementos para su configuración, además de no tener una redacción clara y precisa en su formulación, pues en el tipo penal el verbo rector lo constituye el término contactar el cual no está claramente delimitado, por consiguiente se estaría sancionando el solo hecho de establecer un “contacto” o comunicación con un menor de edad.

- b) Principio de culpabilidad:** La importancia de este principio radica en que se busca evitar que, al momento de formularse una determinada conducta la persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin, en otras palabras, se pretende impedir la vulneración de la dignidad de la persona. En ese sentido, un sujeto a quien se le incrimina una conducta debe responder penalmente si su actuar se dio a título de dolo o culpa.

Consideramos que sí se afecta este principio, toda vez que con esta norma se persigue penalmente al individuo (a quien se le considera un desviado sexual) por la peligrosidad que éste representa antes que por su conducta desplegada, situación que caracteriza a la tendencia del Derecho Penal del Enemigo, que es el resurgimiento del Derecho Penal del Autor; en razón a que su regulación está

centrada en la identificación de un determinado grupo de personas “los enemigos”, más que en la definición de un hecho, abandonando de esta manera el principio básico del derecho penal del hecho al cual nuestro sistema se adscribe.

- c) **Principio de lesividad:** este principio exige que, al momento de tipificar una conducta, exista un inminente peligro o daño efectivo del bien jurídico tutelado para que la imposición de una pena sea viable, con eso se ha de entender que no basta solo con la mera inobservancia de un precepto normativo, sino que, es necesario que el bien protegido por la norma penal haya sido efectivamente dañado.

La incorporación del *grooming* afecta este principio toda vez que no se está penalizando un delito sino la intención de cometerlo, lo que hace que corresponda a las características de actos preparatorios de otros delitos, como sería en el presente caso: pornografía infantil o violación sexual; resulta pues que estos actos preparatorios se caracterizan por ser impunes, en la fase del iter criminis, así la Jurisprudencia en reiteradas oportunidades ha dispuesto que son atípicos y por ende impunes, puesto que no existe la consumación del delito.

- d) **Principio de mínima intervención:** el Tribunal Constitucional ha establecido que este principio está compuesto por los sub principios de fragmentariedad y subsidiariedad los cuales exigen que el Derecho Penal, como rama del Derecho Público, sea el recurso más gravoso que debe reservarse a las conductas prohibidas más intolerables ya que se trata de un medio de control social de última ratio o extrema ratio, en el sentido que sólo debe recurrirse a éste cuando han fallado todos los demás mecanismos de control social.

En ese sentido, el *grooming* afecta este principio toda vez que el legislador ha penalizado tal delito sin antes haber tratado dicha situación a través de los mecanismos de control social informal. Este delito comporta una mayor eficacia preventiva a nivel extrapenal a fin de tratar y afrontar los problemas de personalidad - parafilias sexuales - en donde se ha demostrado que la severidad de las penas privativas de libertad, como instrumento de control social, han fracasado.

## **CAPÍTULO VI**

### **PROPUESTA**

La presente propuesta se fundamenta en la necesidad de una posible reforma de despenalización del delito de proposiciones sexuales a menores de edad tanto de la Ley de Delitos Informáticos – Ley N° 30096 – así como del Código Penal – Artículo 183° B, pues no existe justificación respecto a su incorporación, como tipo penal autónomo, toda vez que es posible aplicar y adecuar esta conducta en otros ilícitos penales descritos en el Código Penal, atendiendo a su naturaleza; como sería el caso de los delitos de ofensas al pudor de menores, pornografía infantil y abuso sexual, según sea el caso.

- a) **Con el delito de ofensas al pudor** está tipificado en el Artículo 183° Inciso 2 del Código Penal: Exhibiciones y publicaciones obscenas y expresa: “... *Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años: ... 2. El que incita a un menor de dieciocho años a la práctica de un acto obsceno...*”.

Considero que el delito de proposiciones sexuales a menores de edad podría aplicarse en este delito porque éste sanciona, entre otros supuestos, el solo hecho de incitar a un menor de 18 años a la práctica de un acto obsceno el cual es calificado como impúdico y ofensivo al pudor de un menor; que si bien es cierto no exige un contacto, directo o a través de las TICs, no obstante se configura con el simple hecho de incitar a un menor a realizar una actividad de índole sexual. Incitar o instigar significa determinar, explícita e inequívocamente, a una persona a la realización de un determinado comportamiento, que en este caso sería la práctica de actos obscenos por parte de un menor a solicitud de un adulto.

- b) **Con el delito de pornografía infantil** descrito en el Artículo 183°-A del Código Penal, prescribe “*El que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o publica, importa o exporta por cualquier medio objetos, libros,*

*escritos, imágenes, videos o audios, o realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico (...). La pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de doce años y de cincuenta a trescientos sesenta y cinco días multa cuando: 1. El menor tenga menos de catorce años de edad”.*

En ambos delitos el menor es utilizado para que aparezca dentro del material pornográfico haciendo conductas sexuales u obscenas. Considero que el delito del *grooming* bien podría sancionarse en este delito de pornografía infantil toda vez que en su expresión hace alusión “solicitar u obtener material pornográfico del menor” lo que correspondería con alguno de los verbos rectores del delito de pornografía infantil con relación a cuando el agente “posea” , “promueva”, “exhiba” y “publica” el material pornográfico; resulta que una vez ganada la confianza del menor, el agente va a solicitar (promover) que éstos realicen actividades de connotación sexual lo que trae como consecuencia la posesión de este material, entonces la siguiente etapa consiste en la extorsión que realiza el agente, para que el menor continúe enviando contenido sexual, si es que el menor no aceptaba éstos amenazan con exhibir el material pornográfico poseído y enseñarles a sus padres o al público, logrando este cometido se estaría configurando el verbo rector de “publicar”.

- c) Con el **delito de violación sexual de menor edad** descrito en el Artículo 173° del Código Penal, prescribe *“El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: 1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua. 2. Si la víctima tiene entre diez*

*años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años... ”.*

De acuerdo a lo descrito en el tipo penal del Artículo 183° B “El que contacta con un menor de catorce años (...) para llevar a cabo actividades sexuales con él, será (...)” se advierte claramente que se trata de un acto preparatorio cuando alude al término “contactar” el cual por sí mismo es impune según reiterada jurisprudencia; sin embargo, si a este acto preparatorio viene seguido del inicio de ejecución del delito, siguiendo las etapas del iter criminis, entonces con la alusión “Llevar a cabo actividades sexuales con él” ya se estaría configurando el delito de violación sexual ya sea se trate de un menor de acuerdo a la edad que ésta tenga, siendo el resultado la consumación de este delito el cual es castigado con sus penas correspondientes, pues la intención del sujeto activo siempre va a ser practicar el acto sexual teniendo conocimiento de que se trata de un menor de edad; en efecto esa ha sido la intención del legislador, que a través del delito de proposiciones sexuales se castigue el delito de violación sexual anticipando de esta manera las barreras de protección penal para de esta forma evitar la consumación del delito por eso su característica de ser un delito de peligro abstracto.

## CONCLUSIONES

**C1:** Debido a los constantes cambios culturales que están surgiendo en distintos países del mundo, especialmente europeos, ha inspirado a que nuestro sistema penal adopte diversos lineamientos de las corrientes de Expansión penal: Derecho Penal Simbólico, Punitivo y Derecho Penal del Enemigo; las mismas que se caracterizan por flexibilizar los principios garantistas del Derecho Penal, proteger bienes jurídicos colectivos, proteger en un estadio previo a la lesión del bien jurídico; pese a que estos modelos, no responden a nuestra realidad, ya que se contraponen a las corrientes clásicas del Derecho Penal como son la Teoría del Garantismo y de Protección de Bienes Jurídicos, contraviniendo el espíritu liberal y constitucional que caracteriza a un Estado Constitucional de Derecho.

**C2:** Los postulados actuales de la política criminal han traído como consecuencia frecuentes problemas de improvisación y deficiencia en cuanto a las técnicas legislativas y ello se ve plasmado en la Ley N° 30096, toda vez que el *grooming* se configura como un delito de peligro abstracto lo que supone un excesivo adelantamiento de las barreras de punibilidad al querer castigar conductas que en realidad solo constituyen actos de mera actividad fijándose únicamente en la peligrosidad que representa la actuación del autor y no en el resultado producido.

**C3:** El delito de *grooming* incorporado, a través de la Ley N° 30096, presenta frecuentes problemas de improvisación y deficiencia en cuanto a las técnicas legislativas, siendo generalmente el legislador quien más vulnera los principios del denominado programa penal-constitucional; así, desde un orden constitucional, se afectan los principios de unidad de la Constitución, fuerza normativa y supremacía constitucional en atención a que el legislador no respeta los límites que autoriza la

Constitución para la creación de las leyes penales; y, desde un orden penal se afectan los principios de legalidad, culpabilidad, lesividad y de intervención mínima; ello, en atención a que el Derecho Penal no es la única herramienta que busca dar solución a conflictos sociales, pues existen otros sistemas de control social que deberían abordar y resolver esta problemática.

**C4:** Son numerosas las objeciones planteadas al delito estudiado, tanto en la forma como está redactado el precepto normativo, como en la razón de su incriminación; siendo que después de revisar las diferentes teorías del Derecho Penal y los principios penales-constitucionales, la autora plantea una posible despenalización; en razón a que el delito de grooming bien podría adecuarse en otros tipos penales contenidos en el Código Penal, tales como: Ofensas al pudor, Pornografía infantil y Violación sexual según sea el caso.

## RECOMENDACIONES

**R1:** El legislador al momento de debatir e incorporar nuevos delitos debe determinar de manera previa y abstracta si se justifica o no dicha conducta a través del Derecho Penal mediante una sanción penal o si es necesario ser tratado, en principio por los demás medios de control social; en el caso de ir por su penalización se tienen que respetar los principios de interpretación constitucional-penal, a fin de no vulnerar los derechos fundamentales de la persona que el Estado le confiere.

**R2:** Como una alternativa a reducir las conductas de connotación sexual a través de los medios tecnológicos se propondría que el Estado a través de un organismo competente realice un control más rígido a los salones de chat, para de esa manera vigilar los accesos y las páginas web que visitan los menores y si ellas tienen un contenido sexual con un adulto. Quizás no será la manera más efectiva, pero quizás podrá hacer una frontera más poderosa para el contacto de niños con los pederastas.

**R3:** Por último, no hay que restarle importancia al entorno familiar y educacional que debe darse a los menores, para que no lleguen a convertirse en agresores y sobre todo para que tomen precauciones y no convertirse en víctimas, a través de diferentes iniciativas de prevención, siendo así es posible que la respuesta punitiva del Derecho Penal no sea la más adecuada para frenar el fenómeno del *grooming* sino que requiere cooperación interinstitucional para prevenir y frenar la propagación del *grooming* que más que un delito es un peligro inminente para la sociedad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### DOCTRINA

1. ALZAMORA VALDEZ, Mario. (1982). *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Lima- Perú: Tipografía Sesator – 8° Edición
2. ARANZAMENDI, Lino. (2013). *Instructivo Teórico- Práctico del diseño y redacción de la tesis en Derecho*. Lima-Perú: Grijley -1° Edición
3. BACIGALUPO, Enrique. (1998). *Principios de derecho penal -Parte General*. Madrid-España: Ediciones Akal - 5° Edición
4. BACIGALUPO, Enrique. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires Argentina: Editorial Hammurabi - 2° Edición
5. BINDER, Alberto. (1997). *Política Criminal: de la Formulación a la Praxis*. (Buenos Aires-Argentina: Editorial AD HOC SRL-1° Edición
6. BINDER, Alberto (1992). *Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal*. Guatemala: Justicia penal y sociedad N° 02.
7. BUNGE, Mario. (2006). *Diccionario de filosofía*. México D.F., Siglo XXI Editores-3° Edición
8. BURGOS MARIÑOS, Víctor (2002). *El proceso penal peruano: una investigación sobre su constitucionalidad*. Tesis de grado académico de Magíster en Ciencias Penales. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Unidad de post grado de Derecho.
9. CASTILLO ALVA, José Luis (2002). *Principios de Derecho Penal – Parte General*. Lima – Perú: Editorial Gaceta Jurídica.
10. DU PASQUIER, Claude. (1994). *Introducción al Derecho*. Lima - Perú: Editorial Jurídica Portocarrero S.R.L. - 5° Edición

11. FERRAJOLI, Luigi. (1995). *Derecho y razón-Teoría del Garantismo Penal*. Madrid- España: Editorial Trotta
12. HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte general. Tomo II*. Lima-Perú: Editorial IDEMSA - 4º Edición
13. JAKOBS, Gunther, citado por CANCIO MELIA. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid – España: Editorial Thomson-Civitas 1º Edición. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. (1958). *Principios de Derecho Penal, la Ley y el Delito*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Sudamericana S.A. 3º Edición,
14. MANTOVANI, Ferrando. (2007). *Los Principios del Derecho Penal*. Traducido por Martín Eduardo Botero. Lima – Perú: Legales Ediciones - 1º Edición
15. MENDOZA, Blanca. (2001). *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid- España: Editorial Civitas
16. MIR PUIG, Santiago. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal, Concepto y método*. Buenos Aires-Argentina: Editorial B de F - 2º Edición
17. MIR PUIG, Santiago. (2008). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires- Argentina: Editorial IBF - 8º Edición
18. MIXAN MASS, Florencio. (1990). *Derecho procesal penal*. Tomo 1. Trujillo – Perú: MARSOL - 2º Edición
19. MUÑOZ CONDE, Francisco. (2008). *De nuevo sobre el Derecho Penal del Enemigo*. Buenos Aires-Argentina: Editorial Hammurabi – 2º Edición
20. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2015). *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo II. Lima-Perú: IDEMSA-3º Edición
21. QUIROZ SALAZAR, Willian. (1998). *La Investigación Jurídica*. Lima, Perú: Editorial IMSERGRAF EIRL – 1º Edición

22. SALINAS SICCHA, Ramiro. (2005). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima-Perú: GRIJLEY- 3° Edición
23. SALINAS SICCHA, Ramiro. (2008). *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal Peruano*. Lima-Perú: JURISTA EDITORES - 2° Edición
24. SALINAS SICCHA, Ramiro. (2015). *Derecho Penal Parte Especial. Volumen 2*. Lima-Perú: EDITORIAL IUSTITIA - 6° Edición
25. SIERRA CONTRERAS, Ismael Salvador (2011). Tesina denominada “*Análisis crítico del tipo penal de abusos sexuales y de la figura del child grooming a partir de una interpretación jurisprudencial del artículo 366° quater del Código Penal*”. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
26. SILVA SANCHEZ, Jesús María. (2001). *La expansión del Derecho Penal*. Madrid-España: EDITORIAL CIVITAS - 2° Edición
27. SOTA SÁNCHEZ, André. (2013). *Programa Penal de la Constitución Política de 1993 y el Derecho Penal Constitucional Peruano*. Lima – Perú: Revista Derecho y Cambio Social
28. TERRADILLOS Basoco, Juan (2010). *Constitución Penal. Los derechos de la libertad. El Sistema Penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derecho Penal*. Lima-Perú: Ara Editores
29. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (2007). *Derecho Penal Parte General*. Lima-Perú: Editorial GRIJLEY – 1° Edición
30. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (2017). *Derecho penal básico*. Lima-Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú – 1° Edición
31. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (2000). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires-Argentina: EDIAR

32. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1988). *Criminología. Aproximación desde un margen*. Bogotá - Colombia: Editorial Temis S.A
33. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el Humano*. Buenos Aires-Argentina: Ediciones Colihue
34. ZELAYARAN DURAND, Mauro (1997). *Métodos Aplicables a la Investigación jurídica*. Lima - Perú: Ediciones Jurídicas-1º Edición

## ARTÍCULOS VIRTUALES

1. BUSANICHE, Beatriz. (2013). *El Grooming: Una mala legislación escondida en buenas intenciones*.  
Recuperado de <http://www.lagaceta.com.ar/nota/568200/nacional/grooming-mala-legislacion-escondida-buenas-intenciones.html>  
[https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2014/119297/TFG\\_acuencapadilla.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2014/119297/TFG_acuencapadilla.pdf).
2. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. (2013). *Constitución y Sanción Penal*. Libertas - Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales N° 1.  
Recuperado de  
<http://dpenal.to.uclm.es/wpcontent/uploads/2013/10/eduardodemetriocrespoconstitucionysancionpenal1.pdf>.
3. DIAZ CORTEZ, Lina Mariola. (2012). *Child Grooming del artículo 183 bis del Código Penal: una aproximación a su estudio*. Boletín N° 2138-2012 del Ministerio de Justicia. España.  
Recuperado de: [gredos.usal.es/jspui/handle/10366/113082](http://gredos.usal.es/jspui/handle/10366/113082).
4. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2004). *El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Consultado el 27 de abril de 2018. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>

5. ESPINOZA, Manuel. (2013). *Principios fundamentales del Derecho penal contemporáneo*. *Revista Jurídica Cajamarca*. Recuperado de <http://www.ceif.galeon.com/Revista9/penal.htm>.
6. FIGALLO RIVADENEYRA. (2013). *Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB)*, realizada entre 04 y 05 de Abril de 2013. Recogido de:  
[http://www.comjib.org/sites/default/files/Bases\\_Instrumento\\_Internacional\\_Ciber crimen.pdf](http://www.comjib.org/sites/default/files/Bases_Instrumento_Internacional_Ciber crimen.pdf)
7. GARRIDO, Manuel. (2013). *Ley del Grooming. O de cómo la Demagogia mata al Derecho*. Recuperado de <http://www.manuelgarrido.com.ar/?p=821>
8. GIL ANTÓN, Ana María. *El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales*. Revista N° 10-2012 de Derecho UNED. Recuperado de <file:///C:/Users/usuario/Downloads/11097-16044-1-PB.pdf>.
9. GONZALES TASCÓN, María Martha. (2012). *El Nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*. Recuperado de [www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/140](http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/140).
10. GRACIA MARTÍN, Luis (2005). *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del Enemigo"*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.
11. HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco (2010). *Las conductas de acoso por medio de las tecnologías de la información y de las comunicaciones*. España Derecho y Redes Sociales. *Revista Civitas*.
12. LANDA ARROYO, César. (2005). *Interpretación Constitucional y Derecho Penal*. Recuperado de:  
[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_2005\\_06.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2005_06.pdf)

13. MORACHIMO, Miguel. (2014). *Poder Ejecutivo propone un nuevo Proyecto de Ley sobre delitos informáticos*. Recuperado de:  
<http://www.blawyer.org/2013/09/09/ley-delitos-informaticos-ejecutivo/>
14. PEÑA LABRIN, Daniel. (2014) *Aproximación Criminológica: delitos informáticos contra la Libertad e indemnidad sexual-Ley N° 30096*. Recuperado de  
[http://www.uigv.edu.pe/fileadmin/facultades/derecho/Archivos/articulos\\_docentes/articulo\\_delitos\\_informaticos\\_indemnidad\\_sexual\\_2014.pdf](http://www.uigv.edu.pe/fileadmin/facultades/derecho/Archivos/articulos_docentes/articulo_delitos_informaticos_indemnidad_sexual_2014.pdf).
15. QUINTERO, María Eloísa. *Complemento a la realización del tipo y a la culpabilidad: actos preparatorios, tentativa y desistimiento*. Recuperado de  
<http://www.inacipe.gob.mx/stories/investigacion/descargas/CAP%C3%8DTULO%202011%20Complemento.pdf>
16. RIQUERT, Marcelo. (2014). *El cibergrooming: nuevo artículo 131 del CP y sus correcciones en el anteproyecto argentino de 2014*. Recuperado de  
[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20140408\\_03.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140408_03.pdf).
17. SOTA SÁNCHEZ, André. (2013). *Programa Penal de la Constitución Política de 1993 y el Derecho Penal Constitucional Peruano*. Recuperado de  
[http://www.derechocambiosocial.com/revista031/Programa\\_Penal\\_de\\_la\\_Constituci%C3%B3n.pdf](http://www.derechocambiosocial.com/revista031/Programa_Penal_de_la_Constituci%C3%B3n.pdf).
18. TERRADILLOS BASOSO, Juan. *La Constitución penal. Los derechos de la libertad*. Recuperado de:  
[http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/terrardillos-constitucionpenal.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/terrardillos-constitucionpenal.pdf)
19. TORRES GONZÁLES, Luis. (2009). *¿Existe el delito de grooming o ciberacoso sexual infantil?*. Recuperado de <http://www.monografias.com/trabajos->

pdf4/a-existe-delito-grooming-o-ciber-acoso-sexual-infantil/a-existe-delito-grooming-o-ciber-acoso-sexual-infantil.shtml.

20. VALVERDE MEGÍAS, Roberto. *Chil grooming. Concepto y respuesta penal.*

Recuperado de:

[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Roberto%20Valverde%20Meg%C3%ADas.pdf?idFile=b34307c5-0170-4c3b-bcc5-9b8a41cf2c72](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Roberto%20Valverde%20Meg%C3%ADas.pdf?idFile=b34307c5-0170-4c3b-bcc5-9b8a41cf2c72). Proyecto Ley N° 2520/2012-PE