

Del acoso al abuso en el marco de la violencia sexual ejercida en el ciberespacio

Pablo Jesus Juan Cortez Alvarez Cier*

Resumen.- El autor reflexiona sobre la estructura típica del delito de proposiciones a menores de edad con fines sexuales por medios tecnológicos (*child grooming*) con el fin de dar respuesta a diversas problemáticas, en especial aquella referida a si los supuestos donde el *groomer* consigue la finalidad sexual pretendida deberán ser tratados con las reglas de un concurso de leyes o de un concurso de delitos.

Palabras clave.- Ciberacoso - concurso de leyes - concurso de delitos.

Abstract.- The author reflects on the typical structure of the crime of child grooming in order to respond to various issues, especially the one referred to whether the cases where the groomer achieves the intended sexual purpose should be treated with the rules of a concurrence of laws or a concurrence of crimes.

Keywords.- Child grooming - concurrence of laws - concurrence of crimes.

* Estudiante de sexto año de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de cátedra en los cursos de Derecho Procesal Penal I y Derecho Penal II en la misma casa de estudios. Miembro principal del Taller de Dogmática Penal - UNMSM. Miembro fundador y coordinador general del Círculo de Estudios de Derecho Informático “Rocío del Pilar Rondinel Sosa” - UNMSM.

Nota: Artículo homenaje a mi hermano Joseph Maykol Rolando Rodríguez Chávarry, que en paz descanse.

I. Introducción

En la literatura criminológica se ha estudiado por ya buen tiempo un preocupante fenómeno o problema social que ha recibido diversas denominaciones tales como *grooming*, *child grooming*, *online grooming*, ciber*grooming*, ciberacoso sexual, acoso en línea, entre otras; términos pasibles de ser definidos, de acuerdo con Webster et al.¹ como el proceso donde una persona se hace amiga de un joven en línea para facilitar el contacto sexual online y/o un encuentro presencial de la misma índole con el menor, cuya finalidad consistirá en cometer abusos sexuales.

La gravedad de estos comportamientos dirigidos contra menores, provocó que el legislador peruano tipificara en el artículo 5 de la Ley 30096 “Ley de Delitos Informáticos”, el tipo penal de proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos, que sanciona con una pena privativa de libertad de entre seis y nueve años, al que valiéndose de internet u otro medio análogo, contacte con un menor de catorce años con el fin de solicitar u obtener de él material pornográfico, o para proponerle realizar cualquier acto de connotación sexual con él o con un tercero. El segundo párrafo del mismo artículo, por su parte, prevé una penalidad de menor gravedad –de tres a seis años de cárcel– en el supuesto de que la víctima tenga entre catorce y menos de dieciocho años de edad siempre que medie engaño. A efectos de un análisis dogmático más riguroso y pormenorizado, nos centraremos en adelante solamente en el primer párrafo y descartaremos también el estudio de la finalidad de obtener material pornográfico.

Con esta precisión, tenemos que de la redacción del tipo penal in comento, se desprende su naturaleza como un delito de tendencia interna trascendente, ya que requiere que el sujeto activo ejecute la conducta típica con cierta motivación específica. Estamos hablando pues, para el caso del *child grooming*, de un delito mutilado en dos actos donde el primero de ellos consiste en contactar con un menor de edad, y el segundo en llevar a cabo algún acto de carácter sexual con él, donde solo la ejecución del primer acto, aunada a la motivación de cometer el segundo, será necesaria

¹ WEBSTER, S., DAVIDSON, J. BIFULCO, A., GOTTSCHALK, P., CARETTI, V., PHAM, T., GROVE-HILLS, J., TURLEY, C., TOMPKINS, C., CIULLA, S., MILAZZO, V., SCHIMMENTI, A. Y CRAPARO, G. (2012). *European online grooming project - Final Report.*, pp. 5.

para su punibilidad, no siendo exigible que efectivamente se cumpla con tal finalidad. De ahí que para la doctrina predominantemente mayoritaria nos encontremos ante un delito de peligro, donde no es necesaria la efectiva lesión del bien jurídico tutelado para que se configure el tipo.

A raíz de dicha realidad surgen las primeras problemáticas de la presente investigación, traducibles en las siguientes interrogantes: ¿De qué manera se justifica la incoación del ius puniendi estatal para la persecución de comportamientos donde aún no se ha lesionado como tal el bien jurídico protegido? Siendo el bien jurídico que se pretende tutelar en el *child grooming*, la indemnidad sexual del menor, ¿esta no es acaso ya lesionada con la mera proposición sexual?

Asimismo, si producto del ciberacoso se llegare a consumir la finalidad de perpetrar actos sexuales, como bien podrían ser la violación sexual o los tocamientos indebidos contra menor de edad (artículos 173 y 176-A del Código Penal peruano), ¿estaríamos hablando de un concurso de leyes, donde solamente se imputarían tales actos sexuales y no el *online grooming*? ¿O estos supuestos deberían ser tratados como un concurso real y, en consecuencia, atribuir responsabilidad por ambos delitos? La resolución de los problemas planteados hasta el momento se justifica en la necesidad de contar con parámetros claros de las reglas concursales en el delito de *child grooming*, dada la poca atención que ha recibido en el ámbito nacional por la doctrina y jurisprudencia.

Cabe precisar que es justamente tal escaso desarrollo jurisprudencial y dogmático peruanos, lo que nos empuja a recurrir en la presente investigación, en función a una metodología de derecho comparado, a las fuentes del derecho español, las cuales, además de haber abarcado con mayor rigurosidad y amplitud el delito sub examine, resultan completamente compatibles con nuestro derecho nacional, no solo por su cercanía al pertenecer a la misma tradición jurídica europeo-continental en general, sino específicamente por las similitudes existentes –con la salvedad de las particularidades en ambos regímenes que se dejarán claras en el artículo– entre los preceptos jurídicos que regulan el *child grooming* y las reglas concursales.

De esta manera, en aras de resolver las problemáticas planteadas con base en una estructura ordenada de investigación, en el presente artículo se realizará primero un estudio preliminar de la tipicidad y naturaleza del delito de proposiciones a menores de edad con fines sexuales por medios

tecnológicos. Posteriormente, se procederá con el análisis de la legitimidad de este tipo penal en el ordenamiento jurídico peruano, luego, se expondrán las tesis dogmáticas existentes respecto de los conflictos concursales que surgen cuando el groomer alcanza la finalidad sexual pretendida ya sea a través de tocamientos indebidos o del acceso carnal. Finalmente, se tomará postura respecto de si en los supuestos de progresión delictiva donde el groomer consigue su cometido, y tanto el bien jurídico afectado como el sujeto pasivo son los mismos, deberán ser tratados en base a las reglas de un concurso de leyes o de un concurso de delitos.

ii. Tipicidad y naturaleza del *child grooming* como delito de peligro o de lesión

El bien jurídico protegido en el primer párrafo del artículo 5 de la Ley de Delitos Informáticos es la indemnidad sexual entendida como el normal y correcto desarrollo de la sexualidad del menor de catorce años sin interferencias ajenas que puedan perturbarlo. No es pues la libertad sexual la que se pretende tutelar en estos casos, sino la indemnidad o intangibilidad sexual, de ahí que la existencia de consentimiento para el contacto sexual por parte de la víctima no constituye una causal de atipicidad en los delitos sexuales cometidos contra menores de catorce años.

En ese sentido se pronuncia la Corte Suprema en el RN 2321-2014, FJ 7, donde precisa que el bien jurídico tutelado en el delito de violación previsto en el artículo 173 del Código Penal, es la indemnidad sexual del sujeto pasivo, puesto que en el caso objeto del recurso, la víctima tenía once años de edad cuando se cometió la violación sexual, por ende, en ese momento no contaba con capacidad jurídica para disponer de su sexualidad libremente, es decir, el hecho de que la menor haya consentido o no las relaciones sexuales con el condenado resulta totalmente irrelevante.

Ahora bien, ¿en el tipo penal de *child grooming* se pretende sancionar la lesión o la puesta en peligro de la indemnidad sexual del menor? O lo que es lo mismo, ¿estamos hablando de un delito de lesión o de peligro ya sea abstracto o concreto? Para algunos autores como Villacampa Estiarte², se trataría de un delito de peligro abstracto en tanto que a

² VILLACAMPA, C. (2015). *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 158.

través de su incriminación se ha buscado adelantar las barreras punitivas a un estadio previo a la ejecución de comportamientos directamente lesivos contra la indemnidad sexual, como el abuso o la agresión sexual emprendidos contra aquellos que no ostentan la edad mínima para la autodeterminación sexual.

De opinión similar es Muñoz Conde³, para quien, en tanto que el embaucamiento de menores con fines sexuales constituye un acto preparatorio⁴ de otros delitos contra la indemnidad sexual, es correcto adoptar la postura del peligro abstracto a pesar de requerirse en el ordenamiento penal español «actos materiales encaminados al acercamiento», toda vez que no resulta tan fácil determinar si tal acercamiento se emprende con el ánimo de realizar algún delito. Por el contrario, el Tribunal Supremo español se ha decantado por la tesis del peligro concreto, en tanto que, de acuerdo con el FJ 1 de la STS 97/2015, el tipo penal requiere de la existencia de un menor de edad y de la ejecución de actos materiales dirigidos al acercamiento sexual.

A decir de Górriz Royo⁵, parece entenderse que esa “materialidad” haría necesaria la prueba de actos que acrediten que la lesión de la indemnidad sexual es posible en el caso concreto. Esto último fungiría como argumento a favor de la tesis del peligro concreto, ya que en esta clase de delitos, tal como los comprende Mezger⁶, se requiere no solo la realización de la conducta prevista en el tipo penal, la cual sería suficiente para afirmar la condena en los delitos de peligro abstracto puesto que se presume como generalmente peligrosa, sino que resulta exigible además que se demuestre en el supuesto particular la efectiva y real puesta en peligro del bien jurídico protegido en el tipo correspondiente.

³ MUÑOZ, F. (2014). *Derecho Penal Parte Especial* (2ª. ed.). México: Tirant lo Blanch, pp. 230.

⁴ En el mismo sentido, ORTS, E., VIVES, T., CARBONELL, J., GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ-BUJÁN. (2010). *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant lo Blanch (3ª. ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 269.

⁵ GÓRRIZ, E. (2016). “On-line child grooming” en *Derecho penal español*. InDret, (3), 1-47, pp. 30.

⁶ MEZGER, E. (1958). *Derecho Penal*. Libro de Estudio Parte General. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, pp. 150.

Tal argumento sobre la existencia de “actos materiales” para afirmar la naturaleza del *child grooming* como un delito de peligro concreto, supone un asunto más controvertido en el ámbito jurídico peruano, pues nuestra fórmula de tipicidad es mucho menos específica, veamos la comparación del tipo sub examine en los ordenamientos español y peruano:

Art. 183. 1 del Código Penal español	Art. 5 de la Ley peruana 30096
El que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de <u>actos materiales encaminados al acercamiento</u> [...].	El que a través de internet u otro medio análogo contacta con un menor de catorce años [...] <u>para proponerle</u> llevar a cabo cualquier acto de connotación sexual con él o con tercero [...].

Vemos pues que mientras el código español prevé tres conductas para configurarse el tipo penal (contactar, proponer y actos materiales), nuestra Ley de Delitos Informáticos únicamente requiere la conducta típica «contactar» por medios telemáticos, mientras que la finalidad sería la proposición sexual. De cualquier forma, no hay que olvidar que por más reprochables y deleznable que nos parezcan las intenciones de estos sujetos, de acuerdo a la *máxima cogitationis poenam nemo patitur*, el Derecho Penal no sanciona meros pensamientos, por lo que es necesario que la finalidad sexual se manifieste en el contacto con el menor o en las proposiciones que se le hicieren a efectos de obtener una condena por este delito, son a fin de cuentas cuestiones que obedecen más que todo al ámbito procesal y a la lógica de la actividad probatoria. Así pues, De la Mata Barranco⁷ señala, dentro de su marco jurídico español, que hasta que la intención sexual “no se manifieste en sucesivas propuestas de encuentro, impedirá la sanción por el delito”.

⁷ DE LA MATA, N. (2017). El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología., pp. 16.

Volviendo al punto de partida sobre la naturaleza del delito de *child grooming*, recordemos que si bien la redacción hecha por el legislador peruano es mucho más amplia que la española, sin requerir por tanto la existencia de actos materiales encaminados al acercamiento, de todas formas se exige la concurrencia de un menor de catorce años sobre el que recae la acción típica, entonces el peligro parece ser más cercano a un efectivo resultado de lesión a diferencia de lo que ocurre en un delito de peligro abstracto en puridad de términos.

Además, si como ha admitido ya la jurisprudencia española y argentina⁸, los tocamientos indebidos y accesos carnales como finalidades sexuales pretendidas por el *groomer* pueden realizarse a gran distancia por medios telemáticos⁹, entonces la lejanía entre el peligro representado por la proposición sexual y el eventual resultado de lesión concretado en la realización de actividades sexuales se reduce significativamente, por lo que hablar de un peligro concreto ya no resultaría tan descabellado, aunque de cualquier forma el artículo 5 de la Ley 30096 no requiere que en efecto se haya expuesto a un peligro real la indemnidad sexual del menor, sino que parece ser que el mero contacto se presume ya peligroso, razón por la que se asemejaría también su estructura a la de un tipo de peligro abstracto. En fin, dado el escaso desarrollo jurisprudencial que se ha hecho sobre este delito en el Perú, no es posible dar más aproximaciones que las ya hechas en abstracto, pero lo que sí queda claro es su peculiar estructura típica que sin duda merece mayor atención por parte de la doctrina y judicatura.

Por último, merece la pena resaltar una postura ubicada, con motivos justificados, en el polo opuesto de las dos anteriores. El ciberacoso a menores no es pues, para algunos, un delito de peligro, sino de lesión, ya que el contacto con la víctima a través de medios telemáticos y

⁸ Véase la Sentencia 203 del Expediente 2469171 emitida por el Tribunal Superior de Córdoba y la STS 447/2021 emitida por el Tribunal Supremo español.

⁹ En contraposición a esta premisa, algunos sostienen que la finalidad pretendida por el *groomer* debe ser un encuentro sexual presencial, aunque ya la jurisprudencia española en la STS 376/2023 haya admitido la virtualidad del encuentro. Véase Carrasco Andrino, M. (2024). Agresiones sexuales sobre menores de 16 años (II). Los delitos de proposición sexual telemática y de embaucamiento, y la cláusula del consentimiento del art. 183 bis CP. En *Tratado de Derecho Penal Español Parte Especial (I) Delitos contra las personas*. Dir. F. Álvarez García, pp. 1357-1359.

propuestas con fines sexuales perturba ya el normal procedimiento de descubrimiento o desarrollo de la sexualidad, es decir, se vulnera con la acción típica la indemnidad sexual del menor. Para esta línea de pensamiento, la libertad sexual podrá peligrar cuando se encuentre en riesgo una toma de decisión fundamentada en un consentimiento válido; en esa línea, conforme a De la Mata Barranco, “en el caso de los menores cuando el proceso que le permite poder llegar a ejercer esa libertad en madurez quiebra [...] no podemos hablar de peligro sino de lesión”¹⁰. Así pues, según el autor citado, el contacto con intenciones sexuales manifestadas altera la percepción del menor respecto de su sexualidad, haciendo que aquél la considere como algo secreto, oscuro o turbio.

Consideramos que la tesis de lesión, aunque minoritaria, es la que se condice más con la realidad, toda vez que la indemnidad sexual del menor abarca no solo su esfera somática, sino también la psicosexual, la cual se ve precisamente perturbada ya a partir de determinados contactos tecnológicos con fines sexuales con los groomers, lo que no quiere decir que, dado el extenso abanico de posibilidades que tiene el ciberacosador en su modus operandi –por ejemplo mediante el contacto “amigable” con el menor a través de videojuegos¹¹–, “[...] no quepa plantear supuestos de únicamente peligro, sino de entender que (aun no siempre) esa relación asimétrica menor-adulto de contenido sexual (cuando el mismo esté presente) facilitada tecnológicamente excede la frontera del mero peligro”¹². Dicho ello, se puede arribar también a la idea concluyente de que el ciberacoso a menores constituye un adelantamiento de las barreras punitivas estatales que, en relación con la eventual comisión de los delitos sexuales tradicionales como el acceso carnal o los actos libidinosos, implicaría un supuesto de progresión delictiva.

¹⁰ De la Mata Barranco, N. (2017). El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 19.

¹¹ Para mayor información, véase: Rojas Marcelo, J. (2024). Child grooming en videojuegos en línea: Un análisis de la ciberdelincuencia y la protección de los niños en América Latina. *Lacnic*.

¹² DE LA MATA, N. (2017). El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-10), 1-28, p. 19. En respaldo de esta idea: CINOSI, M. (2023). Online child grooming en España: análisis del tipo penal a través de la teoría del delito. *Rev. Boliv. de Derecho*, pp. 261.

III. Legitimidad en el ordenamiento penal

Ya sea que optemos por una u otra tesis, como quiera estamos ante un adelantamiento de la protección penal hacia estadios previos donde, o bien no se ha lesionado todavía la indemnidad sexual (tesis del peligro), o bien se ha lesionado (tesis de lesión), pero con una intensidad muy inferior a la existente en otros delitos sexuales contra menores de edad que pretende perpetrar el *groomer* a través del contacto inicial por vías telemáticas (acceso carnal, tocamientos indebidos, etc.). ¿Qué justifica entonces este adelantamiento a efectos de considerar legítimo el tipo penal *sub examine*? Veamos.

Hay quien fundamenta la punición de estos comportamientos en base a la moderna categoría creada por el insigne penalista de la Universidad de Bonn Günter Jakobs, el Derecho Penal del Enemigo. En esa línea de ideas se enmarca Granja¹³, para quien el *groomer*, pederasta o minotauro digital, debe ser tratado como enemigo en términos jakobsianos; en esa inteligencia, el *groomer* constituye un foco de peligro que debe ser neutralizado mediante el anticipo de punibilidad, toda vez que la peligrosidad es tal que no podría recibir el mismo tratamiento jurídico-penal que el desliz normativo en el que incurre alguien que simplemente hurta una botella de vino y, por ende, conserva su estatus de ciudadano.

El profesor Pedro Javier Granja hace referencia allí a dos tipos de normas que existen en los ordenamientos penales actuales: i) Normas de derecho penal del ciudadano y ii) normas de derecho penal del enemigo. Las primeras tienen como destinatario simplemente a aquellos delincuentes tradicionales que han incurrido en algún desliz normativo como pueden serlo ladronzuelos, homicidas, estafadores, entre otros. Las segundas, por otra parte, están dirigidas a delincuentes especialmente peligrosos que se apartan frontal y directamente de la norma de forma duradera, el ejemplo clásico son los miembros de organizaciones criminales. En ese sentido, señala Bastida Freixedo¹⁴, mientras que el ciudadano delincuente habla nuestro idioma, aunque erróneamente, y la pena pretende corregirlo reafirmando la vigencia de la norma, el enemigo, por

¹³ GRANJA, P. (2021). “Grooming”: el minotauro en internet. El derecho penal del enemigo frente al pederasta de la era digital. *Derecho Penal y Criminología*, pp. 98.

¹⁴ Como se citó en Jakobs, G. (2015). *El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal*. Editores del Centro, p. 69.

otra parte, habla una lengua totalmente distinta y se niega a aprender la nuestra.

Ahora bien, ya hemos tenido la oportunidad de discurrir sobre el derecho penal del enemigo en otra investigación¹⁵, sin embargo, conviene hacer un par de acotaciones a efectos de un análisis más integral del caso concreto. Según Polaino-Orts¹⁶, discípulo directo de Jakobs, se pueden enumerar las siguientes tres características propias de un Derecho Penal del Enemigo: i) El adelantamiento del castigo a estadios anteriores a los que suele sancionar el Derecho penal del ciudadano; ii) la restricción de la libertad, impidiendo al enemigo lo que en otras circunstancias sería el ejercicio legítimo de un derecho y iii) la falta de reducción de pena de manera proporcional a la anticipación de punibilidad.

El primer párrafo del artículo 5 de la Ley 30096, como ya quedó demostrado, evidentemente constituye un supuesto de adelantamiento de la represión penal pues sanciona actos preparatorios de otros delitos contra la indemnidad sexual. Asimismo, se restringe la libertad de relacionarse e interactuar con otras personas en el ámbito privado del internet u otros medios análogos puesto que esa interacción está impregnada de fines perversos para con menores de edad. Por último, la pena con la que se sanciona el *grooming* tiene un marco abstracto de seis a nueve años, lo que sí resulta proporcionalmente menor que los tocamientos indebidos (nueve a quince años) o el acceso carnal a menor de catorce años (cadena perpetua).

Así pues, a pesar de no cumplirse a cabalidad con la última característica, el tipo penal referido guarda gran parte de la esencia de una norma de derecho penal del enemigo, siendo que este y su represión se enfoca más en los hechos futuros, esto es, lo que pueda cometer el autor (en el caso del *groomer*, lograr alcanzar las respectivas finalidades sexuales), que en lo que en realidad ya hizo. De cualquier forma, lo dicho hasta aquí es más que todo de un carácter descriptivo y no prescriptivo, por lo que

¹⁵ Véase Cortez Alvarez Cier, P. (2024). "Criterios claves para la determinación del peligro de fuga por la pertenencia del imputado a una organización criminal". En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (175), 72-84.

¹⁶ Polaino-Orts, M. (2011). Verdades y mentiras en el Derecho Penal del Enemigo. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas*, 5(9), 417-454, pp. 429-430.

no serviría tanto para fundamentar el adelantamiento de las barreras punitivas, lo que sí es de utilidad para los efectos señalados es responder a la pregunta de cuándo es legítimo considerar enemigo a un individuo, en palabras de Jakobs¹⁷:

Si se observa qué es aquello -más exactamente: quiénes son aquellos- contra lo(s) que se pretende «luchar», se constata que se trata de individuos que **en su actitud (delitos sexuales)**, en su vida económica (criminalidad económica, relativa a las drogas y otras modalidades de criminalidad organizada) o por su imbricación en una organización criminal (terrorismo, criminalidad organizada) **se han apartado, probablemente, de modo permanente, pero, en todo caso, con cierta seriedad del Derecho**, dicho de otro modo: que **no prestan la garantía cognitiva mínima** que es imprescindible para ser tratado como persona en derecho.

Tal déficit de seguridad cognitiva ocasionada por el enemigo se traduce en el desvalor social de la conducta que, a su vez, fundamenta su punibilidad. Ahora bien, si el *groomer* puede ser considerado enemigo o no en términos jakobsianos amerita de un análisis dogmático sustantivo más amplio y de un estudio integral que implique también experiencia criminológica y aspectos penales adjetivos, lo que excede los objetivos de la presente investigación. Lo que sí me resulta meridianamente claro con lo expuesto hasta ahora es que la anticipación de la protección penal que encontramos en el delito de *child grooming*, se encuentra perfectamente justificada y legitimada en función a i) la importancia del bien jurídico protegido, ii) la multiplicidad de resultados lesivos contra la indemnidad sexual que se pueden desprender del grooming y, por último, iii) el uso de las TIC como herramientas idóneas para delinquir. Pasemos a explicar esto con mayor detenimiento.

Conforme a García Caveró¹⁸, es imperativa la respuesta penal ante actos de preparación cuando estos pretenden atentar contra un bien jurídico de elevada importancia para la sociedad y siempre que de aquel comportamiento se pueda desprender una multiplicidad de cursos lesivos. Estas dos razones dotan de un especial sentido delictivo a los actos preparatorios, haciéndoles perder la ambigüedad o equivocidad

¹⁷ JAKOBS, G. (2006). *La pena estatal: significado y finalidad*. CANCIO, M. y FEIJOO, B. (trads.). Madrid: Thomson Civitas, pp. 170.

¹⁸ GARCÍA, P. (2019). *Derecho Penal Parte General* (3ª. ed.). Lima: Ideas, pp. 457.

que han servido de fundamento para su impunidad. Ambos presupuestos concurren satisfactoriamente en el delito de *child grooming*. Por un lado, de aquel se pueden derivar una gran variedad de resultados lesivos contra la indemnidad sexual del menor de catorce años, de entre los cuales cabe resaltar los tocamientos indebidos, el acceso carnal o violación sexual, la obtención de pornografía infantil, entre otros.

Por otro lado, es innegable la relevancia del bien jurídico “indemnidad sexual” siendo este un presupuesto para que los menores de catorce años desarrollen una sexualidad saludable y, una vez superado ese límite etario, dispongan de ella libremente en condiciones adecuadas. Tales estados se encuentran vinculados **íntimamente con el proyecto de vida y el libre desarrollo de la personalidad, los cuales son unos de los fines máximos de la persona humana. Y, por si fuera poco, nuestra carta magna, la norma fundamental, la Constitución Política de 1993 consagra en su artículo 4° como objeto de protección especial al niño y al adolescente, son ellos pues el futuro de la sociedad, por lo que la tutela de sus bienes jurídicos personalísimos es una necesidad inaplazable.**

A tales motivos de punición se agrega el empleo de las tecnologías de la información y la comunicación. Como menciona Clough¹⁹, i) la tecnología facilita el contacto entre potenciales ofensores y víctimas en una magnitud colosal; ii) las TIC permiten a los delincuentes mantenerse en el anonimato otorgando mayores posibilidades de impunidad; iii) resulta mucho más simple borrar las huellas de la comisión de un crimen en el entorno digital que en el ámbito físico; iv) hay una ausencia de guardianes capaces de controlar el ciberespacio, volviéndose prácticamente tierra de nadie y planteando desafíos a la policía para la prevención e investigación del cibercrimen; entre otros factores que dificultan la persecución de estos delitos.

Estas características inherentes a las TIC vuelven al ciberespacio una fuente incalculable de riesgos, un lugar idóneo para la comisión de delitos. El ciberdelincuente puede emprender el contacto con fines sexuales con una infinidad de víctimas al mismo tiempo y evitar ser descubierto gracias al anonimato y escasas de control estatal que ofrecen

¹⁹ CLOUGH, J. (2015). *Principles of cybercrimen*. Cambridge University Press, pp. 5-8.

estos entornos digitales, lo cual deviene en una actuación a sobre seguro que no solo justifica el plus de desvalor social en los injustos agravados por utilizar tales tecnologías, sino que también fundamenta y legitima la respuesta penal anticipada en el delito de ciberacoso a niños, niñas y adolescentes.

IV. Cuestiones concursales por la consecución de la finalidad sexual

Entendido el *child grooming* como un delito mutilado en dos actos y de tendencia interna trascendente, no es necesario que se consiga la finalidad sexual específica para consumarse el tipo, bastará con la mera proposición a través de medios tecnológicos. No obstante, surge la duda respecto de cómo deberían tratarse en términos concursales los supuestos donde el *groomer* alcance la finalidad del contacto sexual con el menor de catorce años, esto es:

- Estaríamos hablando de un concurso de leyes donde solo tendría que imputarse el contacto sexual entre el agresor y la víctima (acceso carnal y tocamientos indebidos contra menores) por ser un supuesto de progresión delictiva donde el delito fin absorbe el desvalor social del delito medio; o
- Por el contrario, esta situación supondría un concurso de delitos donde la imputación incluye tanto el ciberacoso como la perpetración de actividades sexuales con el menor, en virtud de que el ciberacoso contiene un desvalor adicional consistente en el medio comisivo (TIC), y que no es abarcado por el delito sexual fin.

Para resolver esta controversia recurriremos a jurisprudencia española, lo cual no es ningún óbice para aplicar al ámbito nacional las conclusiones finales a las que lleguemos en base a ella, toda vez que nuestra normativa en materia concursal es bastante similar.

i. Supuesto de concurso de leyes

El concurso de leyes, también denominado concurso aparente de delitos, no cuenta con una regulación expresa en nuestro ordenamiento, sin embargo, posee su fundamento normativo en el principio de *non bis in idem* (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal peruano), que en pocas palabras proscribe sancionar dos veces por los mismos hechos. Así las cosas, el concurso de leyes surge cuando una

conducta puede subsumirse en varios tipos penales al mismo tiempo, pero que solo es punible por uno de ellos en la medida que únicamente este abarcaría el completo sentido delictivo del comportamiento.

De esta manera, si Juan mata a Alberto a cambio de dinero, su actuación calza tanto en el delito de homicidio simple, como en el delito de asesinato u homicidio calificado (artículos 106 y 108 del Código Penal), no obstante, solamente esta segunda figura es imputable a Juan, pues abarca el total desvalor social de los hechos, mientras que la primera omite el elemento de móvil de lucro. Imputar y condenar por ambos tipos penales vulneraría el principio referido al valorarse doblemente una misma conducta.

Ahora bien, debemos precisar que, en virtud del principio o criterio de subsidiariedad, existen ciertos tipos penales subsidiarios que solo se aplicarán cuando el hecho antijurídico no se encuentre abarcado por un tipo penal más estricto. Es lo que sucede, por ejemplo, con el delito de falsedad genérica (art. 438 del CP) como un tipo penal de recogida que solo podrá imputarse cuando el hecho punible no sea aprehendido por los demás delitos contra la fe pública. Esta relación de subsidiariedad también concurre entre las fases de realización de un delito donde la responsabilidad por un delito consumado se prefiere a la responsabilidad por tentativa del mismo, y esta última se prefiere ante la responsabilidad por el acto preparatorio si fuera punible por el ordenamiento penal²⁰.

Conforme a lo mencionado, Montserrat²¹ sindicada que entre el *child grooming* y los delitos sexuales que se llegaran a cometer gracias a él, existe un supuesto de progresión delictiva donde, si bien no hay unidad fáctica naturalísticamente hablando, sí concurre una unidad normativa del hecho, toda vez que el sentido delictivo del acto preparatorio se encuentra ya aprehendido por los delitos que lesionan directamente la indemnidad sexual del menor. Esto en base a dos razones: i) el *child grooming* es solamente un acto preparatorio que constituye el tránsito para la comisión del delito fin y ii) tanto el *grooming* como el abuso sexual de menores afectan un mismo bien jurídico, pero con una intensidad distinta.

²⁰ GARCÍA, P. (2019). *Derecho Penal Parte General* (3ª. ed.). Lima: Ideas, pp. 854-855.

²¹ MONTERRAT, M. (2018). Propuesta para la interpretación de la cláusula concursal recogida en el artículo 183, ter 1 (Delito de Online Child Grooming). *R.E.D.S.*, pp. 145.

Sobre esta misma línea de pensamiento se erigen algunos pronunciamientos jurisprudenciales de España, que ven un concurso de normas o de leyes entre el *child grooming* y los delitos de los artículos 181 y 189 del Código penal español, es decir, allí donde la finalidad sexual del *groomer* es conseguida. Esta postura tiene su razón de ser, entre otras cosas, en que el Tribunal Supremo considera que: a) tanto el delito medio como el delito fin protegen un mismo bien jurídico, la indemnidad sexual (STS 97/2015); b) el inicio de la ejecución del abuso sexual entendido como delito de lesión, ya absorbe el desvalor del delito de peligro reflejado en el ciberacoso (STS 527/2015); y c) se trata de un supuesto de progresión delictiva donde el grooming es el acto preparatorio del abuso sexual (STS 864/2015).

ii. Supuesto de concurso de delitos

En el concurso de delitos el comportamiento o los comportamientos punibles son subsumibles en más de un tipo penal, la diferencia con el concurso de leyes radica en que en este caso sí resultará aplicable más de un tipo a efectos de determinar la pena. Existen dos clases de concurso de delitos según la normativa peruana, el real y el ideal (artículos 50 y 48 del Código Penal respectivamente), estableciéndose un tratamiento punitivo distinto para ambos casos; en el primero concurren varios hechos punibles que deben ser castigados independientemente, es decir, habrá tantos hechos como tipos aplicables, mientras que en el segundo existe un solo hecho al cual le son imputables más de un delito.

Para Aguado López²², cuando el *groomer* logra conseguir su finalidad sexual, habría concurso de normas si el bien jurídico puesto en peligro y finalmente lesionado es el mismo. Por el contrario, hablaremos de un concurso de delitos solo si los bienes jurídicos afectados son diferentes ya sea por pertenecer la indemnidad sexual a sujetos pasivos distintos –cuando se realiza la propuesta sexual a varios menores, pero no se llega a abusar de todos o se abusa solamente de uno de ellos–, o por lesionarse otros bienes jurídicos además de la indemnidad sexual, como la vida, la

²² AGUADO, S. (2020). *Las reformas proyectadas de los delitos contra la “indemnidad sexual” en las leyes integrales de libertad sexual y de protección de la infancia. Especial referencia a los delitos de “child grooming” y “sexting” (artículo 183 ter)*. En GONZÁLEZ, J. L., (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 76.

salud, la intimidad, etcétera²³. En este último caso, subsiste cierto peligro hacia la indemnidad de los menores que justifica la aplicación conjunta del delito de peligro y el delito de lesión, habiendo tantos delitos de ciberacoso como menores contactados y solicitados que no terminan siendo abusados²⁴.

No obstante, algunas voces judiciales sostienen ya desde hace años que, entre el ciberacoso y el posterior abuso sexual, de llegarse a cometer, tendría lugar un concurso real inclusive si la indemnidad puesta en peligro y la finalmente lesionada es la misma. En un estudio reciente, Sánchez Vilanova²⁵ determinó que hubo un cambio de paradigma en la interpretación que la jurisprudencia española hacía sobre estas cuestiones concursales. Así, si inicialmente se optó por tratar a los supuestos mencionados como una relación de concurso de leyes –tal como se observó en el apartado anterior–, con la STS 777/2017 empezaron a interpretarse estos casos como un concurso real en algunas sentencias tanto en sede del Tribunal Supremo como en jurisprudencia menor²⁶.

Esta sentencia entendió que entre el ciberacoso y el abuso sexual existe una relación de acto preparatorio y delito fin, donde cada uno de ellos merecerán sus condenas respectivas por tratarse de un concurso real delitos. Para fundamentar su postura, el Tribunal Supremo trajo a colación el Pleno no Jurisdiccional de fecha 8 de noviembre de 2017, donde se acordó que el delito de *child grooming* y los delitos de lesión contra la indemnidad sexual eran totalmente compatibles al agregar a los comportamientos de agresión, abuso sexual, o creación de pornografía infantil, un plus de desvalor reflejado en el medio comisivo utilizado para el acercamiento al menor, a saber, las tecnologías de la información y la comunicación.

²³ En el mismo sentido la STS 109/2017, de fecha 22 de febrero 2017, fundamento jurídico tercero.

²⁴ VILLACAMPA, C. (2015). *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 168.

²⁵ SÁNCHEZ, M. (2023). *Child grooming y concursos: evolución del tratamiento jurisprudencial en el ordenamiento jurídico español*. Política criminal., pp. 421.

²⁶ En el mismo sentido, la STS 158/2019; Audiencia Provincial de Girona, sentencia n.º 283/2020; Audiencia Provincial de Valladolid, sentencia 25/2021.

Y es que claro, esa relación de subsidiariedad en los grados de realización del delito que justifica en principio el concurso de leyes decae “cuando la preparación presenta elementos especiales que no quedan abarcados por la consumación”²⁷, toda vez que el abuso sexual posterior ya no abarcaría el total desvalor del acto preparatorio por no incluir a las TIC en su ejecución. Es innegable pues el potencial lesivo que traen consigo tales tecnologías y que ya fue explicado en líneas anteriores al referirnos a la investigación de Jonathan Clough y las características criminógenas del ciberespacio, como el favorecimiento del contacto con múltiples víctimas, el anonimato, la facilidad del borrado de huellas del delito, la ausencia de guardianes capaces, entre otras cualidades que fundamentan un desvalor adicional reprochable.

iii. Toma de postura

Resulta meridianamente claro que en los casos donde el bien jurídico afectado sea diferente, la aplicación conjunta del delito de peligro y el delito de lesión deberá tener lugar como concurso real de delitos. Por el contrario, si se trata de un mismo bien jurídico afectado en la progresión delictiva, en este caso la indemnidad sexual del menor contactado por internet y ulteriormente abusado, el debate se acrecienta de manera exponencial. En este estado de cosas, la doctrina mayoritaria sostiene que el peligro cede al convertirse en lesiones concretas de bienes jurídicos individuales, toda vez que aquel es el germen de estas, perdiendo su autonomía, por lo que el concurso de delitos no se aplica en los supuestos donde el peligro y la lesión son dos fases de un mismo comportamiento²⁸. Esta afirmación carece de relevancia si, como aquí, se opta por la tesis del delito de child grooming como un tipo penal de lesión de la indemnidad sexual, pues ya no estaríamos hablando de una lesión que absorbe el peligro, sino de dos lesiones de distinta intensidad que deberán ser evaluadas de manera independiente.

²⁷ JAKOBS, G. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (3ª. ed.). Madrid: Marcial Pons, pp. 1060.

²⁸ HERNÁNDEZ, J. (1994). Delitos de peligro con verificación de resultado ¿Concurso de Leyes? *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.*, pp. 139.

Así pues, De La Mata Barranco²⁹ señala certeramente que cuando el desvalor del comportamiento de aquel que se sirve de las TIC para contactar con el menor se entiende que queda absorbido por consumarse la finalidad sexual perseguida, y es suficiente la imputación por uno de los delitos en conflicto para aprehenderlo en su integridad, optar por el concurso de leyes es lo adecuado. Sin embargo, ello resulta inaceptable en supuestos donde el desvalor del grooming pueda ser independizado con claridad del posterior abuso sexual tentado o consumado. Refiere este mismo autor que hay una única indemnidad sexual que puede ser lesionada en distintas intensidades y momentos. A contrario sensu, ello comporta que “en aquellos casos en los que la conducta previa de grooming carezca de la suficiente gravedad para independizar el tipo, se tenga que proceder a apreciar un concurso de normas”³⁰.

Con todo lo dicho hasta aquí podemos afirmar que existen dos realidades palpables: i) en general, las tecnologías de la información y la comunicación aportan cierto grado de peligrosidad en la comisión de comportamientos lesivos de bienes jurídicos, lo cual fundamenta el desvalor o mayor desvalor social del injusto debido a las características criminógenas del ciberespacio como fuente de riesgos y, ii) en específico, para el caso del concurso entre comportamientos punibles pertenecientes a un mismo *iter criminis*, las TIC son un medio comisivo más que no siempre importarán un grado de desvalor suficiente como para independizar el injusto de preparación del injusto consumado.

En ese sentido, veremos supuestos donde el recurso a medios tecnológicos no suponga más que un “favorecimiento de la dinámica comisiva con la que se consigue el abuso [...]. En otros, el hecho tecnológico generará una lesividad de suficiente entidad como para poderla valorar con independencia de lo que pueda surgir o no después”³¹. Esta es la línea de pensamiento que considero debemos seguir.

²⁹ DE LA MATA, N. (2017). El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*., pp. 23.

³⁰ SÁNCHEZ, M. (2023). Child grooming y concursos: evolución del tratamiento jurisprudencial en el ordenamiento jurídico español. *Política criminal*., pp. 428.

³¹ DE LA MATA, N. (2017). El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*., pp. 24.

La existencia de importantísimos estudios científicos en el campo de la criminología demuestra efectivamente que las tecnologías de la información y la comunicación comportan una especial peligrosidad al facilitar la comisión de delitos. No debemos olvidar, sin embargo, que el derecho está conformado por hechos, valores y normas; y la dogmática penal no puede quedarse con el simple dato fáctico desprovisto de toda valoración. Esto cobra singular relevancia en los conflictos de delitos en el contexto de progresiones delictivas, donde habría que verificar si el comportamiento precedente ha obtenido en el caso concreto un desvalor lo suficientemente grave como para castigarlo autónomamente inclusive allí donde el delito fin se haya consumado, teniendo lugar un legítimo concurso de delitos. En sentido contrario, si el desvalor del uso de las TIC no ha sido lo suficientemente relevante, procederá un simple concurso de leyes. Es una cuestión que debe ser tratada finalmente caso por caso.

Las nuevas tecnologías son pues un dato fáctico más a valorar en este contexto, sus características brindan cierta protección al delincuente –anonimato, ausencia de vigilancia policial, facilidad de borrado de huellas, contacto con múltiples víctimas, etc.– que convierte su conducta antijurídica en un ataque sobre seguro, una especie de alevosía que constituye algunas veces una circunstancia agravante en los ordenamientos penales sustantivos. Así pues, a mi juicio, allí donde tal garantía de actuar desprovisto de riesgos se pierda, o sea muy mínima o irrelevante, por ejemplo, cuando la finalidad sexual se comete en el ámbito físico-presencial, los beneficios de las TIC también decaerán pues el delincuente se expone a una mayor probabilidad de ser descubierto o detenido, absorbiendo entonces el delito fin al acto preparatorio punible.

Lo que se quiere, por último, es que las penas sean proporcionales al desvalor del hecho, idea que subyace al principio del *non bis in idem* y al concurso de leyes y de delitos. Esto no nos debe llevar a la errónea conclusión de que la suficiente entidad del desvalor de las TIC deba probarse en cada tipo penal que requiera su uso como agravante³² o como elemento objetivo del tipo, puesto que en aquellos tal desvalor ya se presume como idóneo para fundamentar una pena o una agravación de la misma. Afirmar lo contrario sería desvirtuar el principio de legalidad.

³² Como sucede en el artículo 316-A del Código Penal peruano, que castiga con una pena agravada la apología al terrorismo a través de las tecnologías de la información y la comunicación.

Sin embargo, cabe traer a colación que la importancia que actualmente se le da al fenómeno de las nuevas tecnologías en la dogmática penal, tiene fecha de caducidad, pues tal como sostiene el profesor Agustina³³: “En unos años, todos los delitos se explicarán o se probarán con base en la suma de acciones y omisiones por medios físicos y virtuales. Las interacciones humanas serán completamente híbridas. En ese escenario, perdida la novedad del ciberdelito, carecerá de sentido referirse a una tipología distinta, tampoco desde el punto de vista de las estructuras de imputación”. Ello no le resta relevancia a la tarea dogmática que emprendemos algunos sobre el estudio de los llamados ciberdelitos, pues sigue siendo una cuestión de alta actualidad, una necesidad imperante, una transición hacia un nuevo mundo.

V. Conclusiones

El delito de *child grooming* es, al menos en el ámbito nacional, uno de los que menos atención ha recibido tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, lo que resulta preocupante teniendo en cuenta los desafíos que representa no solo por su cuestionada legitimidad en el ordenamiento penal sostenida por algunos autores debido a que se trata de un adelantamiento de las barreras de protección punitiva, sino también por los problemas concursales que plantea cuando la finalidad sexual pretendida por el *groomer* es conseguida.

A lo largo de este artículo hemos emprendido inicialmente un análisis de la tipicidad y naturaleza jurídica del grooming, bajo la interrogante de si el primer párrafo del artículo 5 de la Ley 30096 sanciona la lesión efectiva de la indemnidad sexual del menor o su mera puesta en riesgo. Al respecto hemos identificado tres posturas principales consistentes en las tesis del peligro abstracto, peligro concreto y de lesión. La peculiaridad de este tipo penal hace que comparta ciertas características con lo que suele entender la dogmática por peligro abstracto y concreto, no obstante, resulta patente que la doctrina mayoritaria, y también los pronunciamientos judiciales, conviene en reconocer la tesis del peligro en general (ya sea abstracto o concreto), no así con la tesis de lesión que adolece de un menor respaldo, lo que no significa que sus argumentos no sean atendibles.

³³ AGUSTINA, J. R. (2021). Nuevos retos dogmáticos ante la cibercriminalidad ¿Es necesaria una dogmática del ciberdelito ante un nuevo paradigma? *Estudios Penales y Criminológicos*, pp. 743.

Para la tesis de lesión, asumida por el autor, el ciberacoso lesiona ya la indemnidad sexual comprendida como el correcto y normal desarrollo de la sexualidad del menor, sin intromisiones dañosas, a efectos de garantizar eventualmente, una vez cumplidos catorce años, el buen y responsable ejercicio de su autodeterminación sexual. En este contexto, el grooming perturba y distorsiona ya la imagen que tiene el menor sobre su propia sexualidad al recibir propuestas libidinosas, habida cuenta de que la indemnidad del menor abarca tanto la esfera somática como la psicosexual. De cualquier forma, sea que se opte por una u otra postura, del análisis efectuado podemos llegar a un resultado concluyente, y es que el acoso online de menores constituye un adelantamiento de la protección penal, una especie de acto preparatorio donde se pretende evitar la comisión de otros delitos sexuales tradicionales.

Tal adelantamiento de las barreras punitivas tiene su legítimo fundamento en tres razones fundamentales: i) la multiplicidad de cursos lesivos que se pueden derivar del ciberacoso, como bien puede ser la consecución de las finalidades sexuales o la obtención de material pornográfico por parte del *groomer*, ii) la importancia del bien jurídico indemnidad sexual y iii) las características inherentes a las TIC □ anonimato, facilidad para el borrado de huellas del delito, facilitación del contacto entre el victimario y múltiples víctimas potenciales, ausencia de guardianes capaces, etc. Las dos primeras razones dotan de un especial sentido delictivo al grooming, haciendo que el acto preparatorio pierda su equivocidad; la tercera, por otro lado, otorga un plus de desvalor al injusto por valerse de medios que vuelven a la conducta típica más gravosa y, en ese sentido, reprochable.

Por otro lado, cabe señalar que la regla general en materia concursal es que el inicio de la ejecución o la consumación del delito fin absorba el desvalor social del acto preparatorio, pues también hay una relación de subsidiariedad entre los grados de realización de un delito que justifica la aplicación del concurso de leyes en este caso. Esta subsidiariedad se pierde, sin embargo, cuando la conducta de preparación añade ciertos elementos que no prevé el delito fin y que, por ende, éste no abarcaría todo el desvalor de los hechos, procediendo así un concurso de delitos.

Ahora bien, el hecho de que entre el ciberacoso y los eventuales actos libidinosos o el acceso carnal haya un supuesto de progresión delictiva, no debe llevar a afirmar que siempre que la finalidad sexual pretendida por el *groomer* sea conseguida, tenga lugar un concurso de

leyes, toda vez que el medio comisivo tecnologías de la información y la comunicación, por lo general, agregan un plus de reprochabilidad al injusto. No obstante, no es menos cierto que muchas veces el uso de tales tecnologías solamente favorece la dinámica comisiva del grooming sin llegar a adquirir mayor relevancia. Por ende, solamente cuando el grooming en el caso concreto adquiriera una lesividad suficiente como para merecer su punición autónoma, cabrá un concurso de delitos, caso contrario, se deberá proceder con el concurso de leyes.