

**FACULTAD DE DERECHO**

Escuela Académico Profesional de Derecho

Tesis

**El delito de grooming en el derecho penal peruano.  
Problemas y soluciones en relación a su regulación  
normativa y la prueba electrónica**

Jasmin Nicool Rivera Espinoza  
Joyce Nicole Canchari Inga  
Steve Giussep Cardenas Chang

Para optar el Título Profesional de  
Abogado

Huancayo, 2024

Repositorio Institucional Continental  
Tesis digital



Esta obra está bajo una Licencia "Creative Commons Atribución 4.0 Internacional" .



## INFORME DE CONFORMIDAD DE ORIGINALIDAD DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

**A** : Decana de la Facultad de Derecho  
**DE** : Nick Teves Valdez  
Asesor de trabajo de investigación  
**ASUNTO** : Remito resultado de evaluación de originalidad de trabajo de investigación  
**FECHA** : 20 de octubre de 2024

Con sumo agrado me dirijo a vuestro despacho para informar que, en mi condición de asesor del trabajo de investigación:

**Título:**

"El delito de grooming en el derecho penal peruano. Problemas y soluciones en relación a su regulación normativa y la prueba electrónica"

**Autor:**

Joyce Nicole, CANCHARI INGA – EAP. Derecho  
Steve ~~Giusep~~, CARDENAS CHANG – EAP. Derecho  
Jasmin Nicool, RIVERA ESPINOZA – EAP. Derecho

Se procedió con la carga del documento a la plataforma "Jurajira" y se realizó la verificación completa de las coincidencias resaltadas por el software dando por resultado 12 % de similitud sin encontrarse hallazgos relacionados a plagio. Se utilizaron los siguientes filtros:

- Filtro de exclusión de bibliografía SI  NO
- Filtro de exclusión de grupos de palabras menores  
No de palabras excluidas (en caso de elegir "SI"): SI  NO
- Exclusión de fuente por trabajo anterior del mismo estudiante SI  NO

En consecuencia, se determina que el trabajo de investigación constituye un documento original al presentar similitud de otros autores (citas) por debajo del porcentaje establecido por la Universidad Continental.

Recae toda responsabilidad del contenido del trabajo de investigación sobre el autor y asesor, en concordancia a los principios expresados en el Reglamento del Registro Nacional de Trabajos conducentes a Grados y Títulos – RENATI y en la normativa de la Universidad Continental.

Atentamente,



Asesor de trabajo de investigación

**Asesor**

Ma. Nick Teves Valdez

## **DEDICATORIA**

A mi madre Jenny, por ser mi motivación día a día, por el amor incondicional, el apoyo y los sacrificios, porque creyó en mí cuando yo no lo hice y cada logro que obtengo es por ella y para ella.

A mi padre Hermilio, por sus consejos, por acompañarme en la etapa universitaria, por brindarme la oportunidad y recursos para lograrlo.

A mi hermano Marck, porque cambió mi vida desde que llegó y espero que esto sirva como ejemplo para que nunca se rinda y cumpla todos sus objetivos.

A mi familia en general por su apoyo, por la paciencia, por cada consejo y palabra de aliento que me brindaron en este camino académico.

**Joyce Nicole Canchari Inga**

Dedico este proyecto a mis padres Ernesto y Briana por haber sido mi sostén y mi mayor motivación a lo largo de este proceso, porque son mi fuente de inspiración y apoyo, quienes permanentemente estuvieron apoyando con espíritu alentador, contribuyendo incondicionalmente a lograr las metas y objetivos propuestos.

A mi hermano Dominic, porque es la persona que me motiva cada día a ser mejor en cada aspecto de mi vida y por brindarme su amor incondicional a lo largo de los años compartidos juntos.

**Steve Giussep Cardenas Chang**

A mi amada familia, fuente inagotable de apoyo e inspiración. Este logro es suyo tanto como mío. Gracias por ser mi constante motivación y sostén en este viaje académico.

**Jasmin Nicool Rivera Espinoza**

## **AGRADECIMIENTOS**

En primer lugar, damos gracias a la Universidad Continental por habernos acogido en sus aulas por seis años, asimismo agradecemos a cada uno de los docentes que nos brindaron conocimiento y apoyo durante nuestra etapa universitaria.

Agradecemos también a nuestro asesor de tesis, Mag. Nick Teves Valdez, por brindarnos el apoyo y dirigirnos en el desarrollo del presente trabajo con mucha dedicación y paciencia.

Por último, a nosotros mismos, por la labor ardua y la dedicación en la elaboración de este esplendido trabajo, sobre todo por nunca dar nuestro brazo a torcer en situaciones complicadas.

## RESUMEN

Con el desarrollo de nuestro estudio científico hemos tratado de proponer fundamentos dirigidos al análisis de la nueva criminalidad desplegada en el espacio virtual, la misma que no presenta fronteras y abarca hasta lugares impensados, formulando como reflexión principal: ¿cuáles son los problemas y soluciones que se presentan con la regulación normativa de la prueba electrónica y el delito de *grooming* en el derecho penal peruano?; los esfuerzos se desplegaron teniendo como objetivo el determinar los problemas y soluciones que se presentan con la regulación normativa de la prueba electrónica y el delito de *grooming* en el derecho penal peruano. Así también, es menester precisar que se desarrolló bajo un enfoque cualitativo, siendo su diseño de teoría fundamentada y propiciando la obtención de mejores conocimientos científicos que abordan los tópicos: prueba electrónica, evidencias digitales y delito de *grooming*. Se aplicó como técnica el “análisis de documentos” a través del cual fue posible obtener información ampliamente relevante que contribuya a fortalecer las premisas a proponer, por ello, consideramos importante aplicar como instrumento las “fichas de análisis bibliográfico”. En tal sentido, procuramos ofrecer una propuesta modificatoria e interpretativa de las normas jurídicas que abordan la prueba electrónica, evidencias digitales y el delito de *grooming*, asuntos confusos que hasta el momento no reciben una aplicación idónea y mayoritaria en relación con los eventos delictivos producidos en canales informáticos; por ello, como veníamos sosteniendo, este tipo de investigaciones se encuentran dentro de la “investigación jurídico-dogmática” con la cual se postuló un estudio coherente sobre el fenómeno mencionado a través de la realización de un trabajo documental.

**Palabras clave:** delito de *grooming*, prueba electrónica, prueba documental.

## ABSTRACT

With the development of our scientific study we have tried to propose foundations aimed at the analysis of the new crime deployed in the virtual space, which does not present borders and covers even unthinkable places, formulating as Main Reflection: What are the Problems and solutions that Are they presented with the normative regulation of Electronic Evidence and the Crime of *Grooming* in Peruvian Criminal Law?; The efforts were deployed with the Objective: To determine the problems and solutions that arise with the regulatory regulation of Electronic Evidence and the Crime of *Grooming* in Peruvian Criminal Law. Likewise, it is necessary to specify that the design was Non-Experimental or ex-post-facto, promoting the obtaining of better scientific knowledge that addresses the topics: Electronic Evidence, digital evidence and *Grooming* Crime. “Document analysis” was applied as a technique through which it was possible to obtain widely relevant information that contributes to strengthening the premises to be proposed, therefore, we consider it important to apply “bibliographic analysis sheets” as an instrument. In this sense, we try to offer a modifying and interpretive proposal of the legal norms that address electronic evidence, digital evidence and the crime of *Grooming*, confusing issues that until now do not receive an ideal and majority application in relation to criminal events that occur in computer channels; Therefore, as we have been maintaining, this type of research is within the “legal-dogmatic research” with which a coherent study on the aforementioned phenomenon was postulated through the completion of documentary work.

**Keywords:** *grooming* crime, electronic evidence, documentary evidence.

## ÍNDICE



DEDICATORIA.....	5
AGRADECIMIENTOS.....	6
RESUMEN.....	7
ABSTRACT.....	8
ÍNDICE.....	9
INTRODUCCIÓN.....	12
CAPÍTULO I.....	16
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	16
1.1. Descripción de la realidad problemática.....	16
1.2. Formulación del Problema de investigación.....	20
1.2.1. Problema General.....	20
1.2.2. Problemas Específicos.....	20
1.3 Objetivos.....	21
1.3.1. Objetivo General.....	21
1.3.2. Objetivos Específicos.....	21
1.4. Justificación.....	21
CAPÍTULO II.....	24
MARCO TEÓRICO.....	24
2.1. Antecedentes.....	24
2.2. Bases Teóricas.....	48
2.2.1. Tutela Penal de la Libertad e indemnidad Sexual.....	48
A. Evolución de la Tutela Penal.....	48
B. Libertad Sexual como bien jurídico.....	52
C. Tutela de la Indemnidad Sexual.....	54
2.2.2. Delito de <i>Grooming</i> .....	57
A. Evolución normativa.....	57
B. Definición.....	62
C. Bien Jurídico Protegido.....	63
2.2.3. Prueba. Definición.....	65
2.2.4. Prueba Electrónica.....	68
A. Consideraciones Generales.....	68
B. Definición.....	74
C. Características.....	76
2.2.5. Prueba Electrónica en el Delito de <i>Grooming</i> .....	79
2.2.6. Dispositivos de generación y almacenamiento.....	84

2.2.7. Documento Electrónico.....	86
2.2.8. Obtención de la Prueba Electrónica a través de la lectura del dispositivo que lo contiene.....	89
2.2.9. Estructura típica del delito.....	90
2.3. Definición de Términos (Categorías y Subcategorías).....	91
CAPÍTULO III.....	95
SUPUESTOS Y CATEGORÍAS.....	95
3.1. Supuesto General.....	95
3.2. Supuestos Específicos.....	95
3.3. Categorías de análisis.....	95
CAPÍTULO IV.....	97
METODOLOGÍA.....	97
4.1. Diseño de Investigación.....	97
4.2. Tipo de investigación.....	101
4.3. Población y Muestra.....	103
4.4. Proceso de muestreo.....	103
4.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	103
4.6. Procesamiento y análisis de datos.....	105
CAPÍTULO V.....	107
RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	107
5.1. Descripción de las averiguaciones efectuadas en ámbito teórico y normativo.....	107
5.1.1. Riesgo y Reacción en la esfera digital Delictiva. Especial referencia a la indemnidad sexual de los menores.....	107
5.1.2. Discusiones ante el surgimiento de estas actuaciones.....	112
5.1.2.1. ¿El fenómeno aludido se presenta como un problema dentro de nuestro ordenamiento jurídico?.....	112
5.1.2.2. Estudio Comparado del Delito abordado y cuestionamientos a su regulación.....	114
5.1.3. Hallazgos Teóricos sobre la Prueba Digital.....	117
5.1.3.1. Peritaje informático y otras cuestiones relevantes.....	117
5.1.3.2. Valoración de la evidencia digital.....	120
5.2. Discusión y Propuestas de Solución.....	122
CONCLUSIONES.....	128
RECOMENDACIONES.....	130
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	132
Anexo: Matriz de consistencia.....	135



## INTRODUCCIÓN

La colectividad convive desde hace algunos años con herramientas y creaciones que han surgido para su beneficio y coadyuvan a acortar distancias, tiempos y otros obstáculos que en décadas pasadas no podían ser superados. Dentro de estos contornos, nos vamos a encontrar frente a nuevos peligros que merecen respuestas desde la esfera estatal, las cuales no solo deben ser urgentes; sino también, idóneas para contener las actuaciones delictivas utilizadas por delincuentes en las redes informáticas.

Dentro de este marco de ideas, en las redes informáticas encontramos navegando a niños, niñas, adolescentes, adultos y también a delincuentes sexuales que encuentran en la tecnología a su mejor aliado, pues no solo existen amplias facilidades para ingresar a sostener contactos dentro de este nuevo contexto; además, se sirven del “anonimato” para lograr evadir su responsabilidad y de la falta de armonización legislativa para encontrar respuestas oportunas del aparato estatal en la persecución y castigo de estas conductas. Ante esta situación corresponde preguntarnos ¿qué medidas de prevención y represión han adoptado los ordenamientos jurídicos a nivel global para contener esta delincuencia con ciertas particularidades?, ¿los términos *child grooming* o ciberacoso sexual son adecuados para describir el fenómeno analizado?, ¿el fenómeno aludido se presenta como un problema dentro de nuestro ordenamiento jurídico?, ¿existen cuestionamientos que pueden surgir sobre su regulación en nuestro país?, entre otros asuntos más a exponer en líneas posteriores.

Siguiendo estas consideraciones, resulta importante establecer un estudio teórico-práctico del panorama actual a nivel nacional y global sobre el tratamiento que se viene otorgando al “contacto” desplegado por un individuo (posible delincuente sexual) con un menor de edad; y para facilitar sus objetivos recurre a las ventajas de internet y las tecnologías de la información. Por ello, se presentó como preocupación principal: ¿cuáles

son los problemas y soluciones que se presentan con la regulación normativa de la prueba electrónica y el delito de *grooming* en el derecho penal peruano? Se espera desarrollar las bases y fundamentos necesarios para coadyuvar en el cierre de brechas de impunidad ante eventos delictivos cometidos dentro de un contorno virtual. Por ello, luego de ingresar al estudio de esta cuestión, pretendimos alcanzar lo siguiente: determinar los problemas y soluciones que se presentan con la regulación normativa de la prueba electrónica y el delito de *grooming* en el derecho penal peruano.

Dentro de este marco de ideas, debemos advertir que el trabajo desarrollado procuró no solo un estudio descriptivo del fenómeno en cuestión; pues, además, tratamos de diseñar y presentar propuestas que a futuro podrían ser tenidas en cuenta por nuestro legislador al momento de promover la protección a niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de vulnerabilidad dentro de canales informáticos.

En esa línea, la investigación científica jurídica, que en esta oportunidad hemos desarrollado, coadyuvará a establecer los criterios político criminales y procesales que deben incorporarse en el ordenamiento peruano para perseguir, prevenir y castigar aquellas conductas delictivas efectuadas a través de redes de información o con el uso de instrumentos tecnológicos. Si bien, se han previsto mecanismos y lineamientos normativos dirigidos a contribuir en este tipo investigaciones, aun en nuestros días surgen algunas dudas cuando se aborda el tipo penal previsto dentro del art. 5 de la Ley N.º 30096 como “proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos o *grooming*”.

En habidas cuentas, si solo se pretende hacer referencia a la aplicación de castigos severos para contener estas afectaciones en nada se contribuye al tratamiento de los mismos, no es posible arribar hacia resultados plausibles e idóneos para resolver supuestos que se presentan en la realidad si la inclinación de la mayoría es aplicar penas

que transgreden lo previsto en nuestra carta magna. Esto se produce tal vez porque en algunos tipos penales existe falta de claridad o se produce una errónea interpretación de los mismos, a esto se suman los grandes obstáculos que surgen en la persecución e investigación de eventos delictivos (realizados como abordaremos más adelante en tejidos informáticos o con el uso de herramientas tecnológicas); así también, encontramos como otro de los factores que no permiten arribar a buen puerto, a la falta de especialidad en los magistrados quienes analizan y van a resolver sobre este asunto, por ello, surge la necesidad de innovar en relación con los criterios sustantivos y probatorios para de esta manera efectivizar una administración de justicia dirigida a tutelar la esfera de libertad e indemnidad sexual que se ve vulnerada y expuesta ante riesgos derivados del uso de la tecnología, en la que como hemos mencionado se presentan argumentos favorables y otros que no lo son y alteran la armonía en sociedad.

Así las cosas, la investigación se ha estructurado en cinco capítulos, en cada uno de los cuales se abordaron cuestiones relevantes, sistemáticas y problemáticas del fenómeno que surge en sociedad y atenta contra bienes jurídicos protegidos como la indemnidad sexual; por ello, hemos dedicado un capítulo a describir las particularidades, implicancias, origen y el tratamiento que se otorga en los casos de la existencia de contactos delictivos por medio de las tecnologías de la información y comunicación. Por otro lado, nos encontramos ante un segundo capítulo que procura sentar los fundamentos dirigidos a prevenir, perseguir y castigar las conductas efectuadas por canales virtuales y que atentan contra niños, niñas y adolescentes, así también, como la discusión no solo descansa en el plano sustantivo abarcamos hasta la esfera probatoria que nos permitió estudiar la prueba contenida en dispositivos electrónicos, sus particularidades, beneficios y tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico, entre otros puntos más.

A continuación, se han presentado los supuestos y categorías, emanadas de la reflexión sobre este fenómeno y a los que procuramos dar respuesta, todo esto vendría a estar intensamente relacionado con el siguiente capítulo en el que se presentan las técnicas, procedimientos y otras cuestiones importantes para llevar a cabo resultados plausibles en la solución de supuestos prácticos. Finalmente, presentamos los hallazgos, los describimos, discutimos y postulamos consideraciones finales que esperamos contribuyan a solucionar los problemas que trae consigo el tipo penal estudiado.

# CAPÍTULO I

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### 1.1. Descripción de la Realidad Problemática

La criminalidad en la red solicita a cada ordenamiento un mayor esfuerzo en la adopción de fundamentos político criminales y dogmáticos dirigidos a enfrentar las diversas vicisitudes por las que tiene que transitar la colectividad como parte del proceso de transformación, desde luego, la solución no solo descansará en agravar las sanciones dirigidas a quienes intervienen en estos eventos criminales, además habrá que establecer medidas de prevención y un tratamiento jurídico penal que permita atender esta situación problemática de forma adecuada. Ahora bien, como se ha venido mencionando, ciencia y tecnología representan un binomio con especial relevancia desde hace ya varios años, contribuye en gran medida al desarrollo de los ordenamientos a nivel global, inciden en la realización de diversas actividades que despliegan cotidianamente el individuo, penetran en las estructuras del aparato estatal sin discriminación alguna, por ello, se dice que han llegado para quedarse por un gran tiempo y apoderarse de gran parte de los contactos individuales.

Así también, su crecimiento desmesurado genera en el derecho una preocupación particular cuando sobrepasa los parámetros normativos que existen y se encuentran encaminados a una convivencia pacífica, precisamente en esos ámbitos que han quedado olvidados, o en los que existen vaguedades o incoherencias se presentan comunicaciones antijurídicas que soslayan ciertos bienes jurídicos protegidos.

En esa línea, en nuestros días, asistimos a una transformación legislativa edificada con la finalidad de tutelar los nuevos requerimientos que surgen ante las posibles afectaciones de la “indemnidad sexual de los menores”, se han edificado y reconstruido figuras penales para ofrecer una respuesta eficaz, satisfactoria y que otorgue seguridad



ante el ataque que se desprende del uso de sustancias prohibidas, herramientas tecnológicas, redes informáticas, y aplicaciones virtuales, situaciones que podrían alcanzar la esfera de indemnidad sexual dejando en un contexto de vulnerabilidad a niños, niñas y adolescentes que diariamente se encuentran en contacto con herramientas surgidas a través del avance de la ciencia.

En función a las consideraciones aludidas, el derecho penal se encuentra ante nuevos desafíos, debe lidiar no solo con la delincuencia común, organizada, transnacional y corporativa, pues ahora se encuentra frente a delincuentes que utilizan los recursos e instrumentos de la tecnología para transgredir la esfera de libertad individual. Ahora bien, la intervención desde este ámbito del derecho no debe producirse de forma arbitraria ni legítima, al contrario, debe responder ante comunicaciones antijurídicas que revisten relevancia debido a las afectaciones que producen.

Dentro de estos contornos, surge como una innovación legislativa el delito bajo comentario, decisión dirigida a proteger a los menores que aún no alcanzan la edad de la madurez sexual, así también, advirtió la necesidad de reforzar la tutela penal de este bien jurídico ante estos nuevos riesgos.

En esa línea, la inclinación por criminalizar aquellas conductas que soslayan la esfera de indemnidad sexual de menores no fue del todo óptimo, surgieron ciertas falencias en relación con los fundamentos político criminales y dogmáticos que se inclinaban por castigar aquellos contactos desplegados por depredadores en redes informáticas que aplicaban herramientas tecnológicas para requerir material de contenido sexual y posteriormente intimar con los menores de edad.

No solo existieron las falencias antes descritas, además, a nivel global no se habían incorporado aportes probatorios que contribuyan a establecer mejores luces en la

investigación desarrollada por afectaciones producidas a través de canales informáticos y el uso de instrumentos tecnológicos.

Así las cosas, otra de las críticas que surgió al pretender proteger el ámbito de “indemnidad sexual de menores” a través de redes informáticas fue la distorsión entre realidades, deformando lo que suscita en otros ordenamientos y el nuestro, cuestión que consideramos puede mejorarse de cara al futuro, siempre y cuando existan análisis teóricos y prácticos destinados hacia este tópico problemático, porque desarrolla una parte de los problemas que aquejan contemporáneamente a la colectividad y aparato estatal, perpetrándose con frecuencia, causando indignación y preocupación en el sistema social.

La denominación o terminología que ha sido aplicada para englobar aquellos supuestos en los cuales determinado individuo pretende aproximarse por medio de canales informáticos y herramientas tecnológicas hacia un menor de edad aún en nuestros días no presenta un consenso amplio desde la literatura especializada.

Los problemas que se presentan con la aplicación diaria de la tecnología por parte de los individuos, así también, de los materiales y canales de esta naturaleza, representa una de las motivaciones que nos han conducido a realizar la presente investigación, debido a que la persecución realizada para determinar responsabilidades en relación con los fenómenos criminales que se suscitan a través de redes informáticas constituye actualmente uno de los puntos frágiles que encierra nuestro sistema penal, a través del cual se permite que los delincuentes ingresen con gran facilidad con la ayuda de un ordenador y transgredan el ámbito de libertad que corresponde a otra persona, cabe señalar que con estas actuaciones, no solo se lesiona a personas adultas, sino también, a niños niñas y adolescentes, en ellos se soslayan bienes jurídicos protegidos.

En el presente caso, nos preocupamos por la investigación del evento criminal y la sanción de quienes intervienen en él, dirigiendo nuestros esfuerzos hacia la aplicación de la tecnología como herramienta beneficiosa para el proceso penal, es decir, contribuirá al recabar elementos de prueba e incorporarlos al proceso penal, respetando para ello cada uno de los límites y presupuestos que se han establecido en este cuerpo normativo. Por otro lado, conviene señalar que la ciberdelincuencia ataca de forma directa bienes jurídicos protegidos, constituyéndose como un “reto” en el presente y de cara al futuro para el derecho penal que debe lidiar con aquellas comunicaciones lesivas derivadas de los ámbitos ya señalados.

Los problemas para perseguir aquellos eventos criminales suscitados dentro de este radio de acción son de sobra conocidos, por ello, lo importante es reflexionar inicialmente en las medidas que deben adoptarse para contener aquella comunicación antijurídica desarrollada desde un origen desconocido y con un individuo que utiliza el “anonimato” para sortear los brazos de la justicia y del poder punitivo.

En función a lo antes expuesto, Peña (2016) sostuvo lo siguiente: “Si cuestionamos hoy en día a nuestros niños, niñas y adolescentes, sobre si han recibido alguna vez una propuesta sexual por internet con un desconocido, la respuesta sería abrumadora” (p. 4).

En esa línea, se debe generar un clima de “colaboración transnacional” a través del cual se sitúe sobre el tablero las preocupaciones constantes que presentan los ordenamientos a nivel global para combatir estos nuevos fenómenos criminales, los cuales afectan no solo a adultos, sino también a niños, niñas y adolescentes, quienes se encuentran en una situación peligrosa cuando manipulan herramientas tecnológicas o ingresan en aplicaciones que muchas veces desconocen, a través de las cuales pueden establecer determinados contactos dirigidos a la lesión de su esfera de “libertad e

indemnidad sexual”, cuestión que aquí abordamos y en relación con la cual intentamos ofrecer propuestas de solución que sean aplicables a los casos originados dentro de estos contornos.

Se ha visto en diversas oportunidades dentro del ámbito penal que la labor de prevención no llega a ejecutarse adecuadamente, o se muestra como un mecanismo insuficiente para encontrar resultados plausibles, así también, eficaces para atacar las nuevas formas de criminalidad. No basta solo con utilizar estrategias normativas dirigidas a prevenir y mitigar estos nuevos riesgos, además, es prudente entender que los cambios deben orientarse tanto al ámbito sustantivo, procesal y probatorio, solo así, se otorgará solidez y legitimidad a la intervención punitiva que despliega el aparato estatal, encaminada ahora no solo a la prevención y mitigación de riesgos producidos en canales informáticos y con el uso de herramientas tecnológicas, sino también, se efectuará un proceso penal respetuoso de las garantías procesales y derechos fundamentales, encaminado a la búsqueda de la verdad, y para ello, necesitará de aportes probatorios como la prueba electrónica que será incorporada a este ámbito con el respeto y plena vigencia de los límites que han sido establecidos a nivel legislativo, doctrinario y jurisprudencial.

## **1.2. Formulación del Problema de investigación**

### **1.2.1. Problema general**

¿Cuáles son los problemas y soluciones que se presentan con la regulación normativa de la prueba electrónica y el delito de *grooming* en el derecho penal peruano?

### **1.2.2. Problemas específicos**

- a) ¿La regulación normativa del delito de *grooming* y prueba electrónica en el derecho penal peruano permite la persecución y castigo de quienes utilizan las

tecnologías de la información y comunicación para solicitar material pornográfico de menores de edad?

- b) ¿La prueba electrónica coadyuva en la solución de problemas probatorios que surgen desde la etapa de investigación en los casos en que el agresor utiliza las redes informáticas para solicitar un encuentro sexual transgrediendo la indemnidad de menores de edad?

### **1.3. Objetivos**

#### **1.3.1. Objetivo general**

Determinar los problemas y soluciones que se presentan con la regulación normativa de la prueba electrónica y el delito de *grooming* en el derecho penal peruano.

#### **1.3.2. Objetivos específicos**

- a) Explicar si la regulación normativa del delito de *grooming* en el derecho penal peruano permite la persecución y castigo de quienes utilizan las tecnologías de la información y comunicación para solicitar material pornográfico de menores de edad.
- b) Analizar si la prueba electrónica coadyuva en la solución de problemas probatorios que surgen desde la etapa de investigación en los casos en que el agresor utiliza las redes informáticas para solicitar un encuentro sexual transgrediendo la indemnidad de menores de edad.

### **1.4. Justificación**

La investigación científica jurídica que en esta oportunidad procuramos desarrollar, coadyuvó a establecer los criterios que deben incorporarse en el ordenamiento peruano para perseguir, prevenir y castigar aquellas conductas delictivas que se desarrollan a través de redes de información o con el uso de instrumentos tecnológicos. Si bien, se han previsto mecanismos y lineamientos normativos dirigidos a contribuir en

este tipo investigaciones, aun en nuestros días surgen algunas dudas cuando se aborda el tipo penal previsto en el art. 5 de la Ley N° 30096 denominado “Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos o *grooming*”.

En esa línea, la tecnología constituye un fenómeno cambiante, que encierra aspectos positivos y a la vez frágiles, al constituirse como una herramienta novedosa, su regulación aún se encuentra en proceso, lo que genera otros problemas, por un lado, su extraordinaria velocidad a incidido en gran medida dentro de la convivencia humana, por ello, su regulación en ámbito penal debería hacerse efectiva y de forma inmediata, entendiendo que cuanto menor radio de acción se le otorgue a quienes utilizan estos instrumentos para cometer delitos, se estaría otorgando mayor eficacia en la prevención de los mismos.

Ahora bien, para quien decida iniciar una investigación dirigida a identificar a la persona que ha intervenido en un evento que reviste importancia para el derecho penal (delito de *grooming*), resultará ampliamente dificultoso establecer el origen de aquella comunicación establecida entre un menor de edad y otra persona con el fin de “solicitarle” material pornográfico o posteriormente concretar un evento sexual, a esto se suman, los problemas de colaboración estatal, pues algunos ordenamientos no se muestran decididos a coadyuvar en este proceso, lo que trae consigo la generación de un amplio radio de “impunidad”, que es utilizado por los delincuentes informáticos para concretar con muchísima más frecuencia este tipo de intromisiones.

En habidas cuentas, si solo se pretende hacer referencia a la aplicación de castigos severos para contener estas afectaciones en nada se contribuye al tratamiento de los mismos, no es posible arribar hacia resultados plausibles e idóneos para resolver supuestos que se presentan en la realidad si la inclinación de la mayoría es aplicar penas que transgreden lo previsto en nuestra carta magna. Esto se produce tal vez porque en

algunos tipos penales existe falta de claridad o se produce una errónea interpretación de los mismos, a esto se suman los grandes obstáculos que surgen en la persecución e investigación de eventos delictivos (realizados como abordaremos más adelante en tejidos informáticos o con el uso de herramientas tecnológicas); así también, encontramos como otro de los factores que no permiten arribar a buen puerto en este ámbito a la falta de especialidad en los magistrados quienes analizan y van a resolver sobre este asunto, por ello, surge la necesidad de efectivizar una administración de justicia dirigida a tutelar la esfera de “libertad e indemnidad sexual” que se ve vulnerada y expuesta ante riesgos derivados del uso de la tecnología, en la que como hemos mencionado se presentan argumentos favorables y otros que no lo son, que terminan alterando la armonía en sociedad.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. Antecedentes

##### 2.1.1. Antecedentes Internacionales

Chávez (2015) plasmó la averiguación científica titulada “delito de *grooming*. ¿Necesidad de tipificación en la legislación penal ecuatoriana? [Tesis posgrado]; realizada en la ciudad de Quito, con el propósito de optar por el grado académico de Maestro en derecho penal por la Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador. En esa línea, conviene mencionar que el trabajo académico en cuestión ha sido considerado debido a la relación que ostenta con nuestra categoría específica: delito de *grooming*.

Ahora bien, el investigador desde un primer alcance presenta como **objetivo** postular aproximaciones teóricas que permitan entender por qué se tipificó el delito en cuestión dentro de su legislación, con esto da inicio a una travesía científica que le permitirá por un lado, reparar en el análisis dogmático y político criminal del tipo penal aludido; y, por otro lado, sobre la posibilidad latente de regular estas conductas dentro de su ordenamiento (ecuador), entre otros tópicos más, que van apareciendo con la revisión del trabajo.

Así las cosas, en relación con la **metodología**: se decidió por realizar un abordaje científico con enfoque cualitativo, a través del cual estudió, analizó e interpretó la posible adopción del tipo penal de “*grooming*” en la legislación de su país, asimismo, aludió al provecho y desventajas que encierran las nuevas tecnologías para niños, niñas, adolescentes y adultos, debiendo el aparato estatal adoptar las medidas de prevención necesarias para contener este tipo de comunicaciones lesivas.

Luego de recabar y discutir la información documental necesaria para fortalecer cada una de sus premisas, postuló como **conclusiones**:



El *child grooming* al relacionarlo con el abuso sexual son conductas que tienen en común el elemento del abusador y un menor de edad. En el caso del abuso sexual, la doctrina defiende como interés jurídico protegido desde la libertad, pasando por la indemnidad, hasta llegar a la integridad sexual. En el caso del *child grooming*, desde el interés superior del niño, hasta la seguridad.

Finalmente, concordamos con Roxin, cuando sostiene que frente a la realidad de nuevos tipos que protegen intereses supraindividuales o difusos, o frente a anticipaciones de punibilidad a través de la utilización cada vez más frecuente de delitos de peligro abstracto, es labor de la dogmática cerrar el círculo punitivo abierto por el legislador, por lo que es urgente que el legislador se ocupe de estas nuevas manifestaciones del derecho penal, tanto para entregar al juez y al fiscal los criterios claros de interpretación de las normas dictadas y que plasman esta orientación del derecho penal, para procurar entonces limitar y racionalizar el actual clima punitivista que impera en el debate, más político, que legislativo (Chávez, 2015, pp. 86-90).

Luego de puntualizar y profundizar en este trabajo sistemático, conviene señalar que abordar los nuevos avances de la ciencia y tecnología dentro de una investigación constituye una labor amplia debido a los ámbitos que abarca; y a la vez, complicada, si no se tiene a la mano herramientas, técnicas e instrumentos dirigidos a fortalecer la búsqueda y diseño de nuevas construcciones, que permiten encontrar mayores luces sobre un fenómeno en particular que preocupa a la colectividad y aparato estatal.

En esa línea, para arribar en su momento a resultados plausibles, idóneos para la solución de fenómenos problemáticos suscitados en la realidad, es importante encaminar cada uno de los esfuerzos académicos a la consecución de nuevos conocimientos, que los

mismos sean válidos y fiables, siguiendo para ello fundamentos epistemológicos, y, directrices metodológicas y éticas que prevé nuestra casa de estudios.

Así, se ha mencionado en escritos contemporáneos y con mucha razón, que la tecnología avanza a ritmos incontrolables, penetrando hasta contornos impensados, requiriendo con urgencia de una regulación en ámbito jurídico penal a través de la cual sea posible establecer un plan dirigido a prevenir, investigar y de ser meritorio castigar cada una de las conductas lesivas que surgen a través de contactos informáticos, los mismos que tienen como factor predominante el uso de ordenadores y de otras fuentes tecnológicas que no permiten identificar el origen de la afectación producida a determinado bien jurídico. Sin embargo, la regulación de conductas en sociedad no debe quedar limitada a impulsos populistas, alejados de una motivación racional, incongruente con las garantías procesales y derechos fundamentales contenidos en la carta política, por ello, debe procurar la adopción de fundamentos político-criminales y dogmáticos que contribuyan a la previsión de tipos penales dirigidos a regular el desarrollo de ciertas conductas, como en el caso en cuestión, que pretendemos realizar un análisis sobre las afectaciones producidas a niños, niñas y adolescentes en contornos digitales.

El asunto aludido no escapa de críticas en la literatura especializada a nivel nacional e internacional, y se agrava aún más cuando surgen otras limitaciones e inconvenientes en materia probatoria, con las cuales no es posible realizar una persecución eficaz de comunicaciones antijurídicas producidas en ámbito cibernético.

En habidas cuentas, consideramos que no será suficiente impulsar una modificación normativa en relación al tipo penal en cuestión (delito de *grooming*), además, debe propiciarse la admisión de presupuestos procesales dirigidos a realizar la recolección de pruebas, proposición, admisión, actuación y valoración, de tal forma que

no existan “espacios de impunidad” a través de los cuales los delincuentes informáticos puedan concretar sus afectaciones.

En función a lo descrito, casi a diario somos testigos de la intensa relación que existe entre individuo y aparato electrónico, desde niños hasta adultos se encuentran en constante interacción con aplicaciones y redes sociales, establecen diálogos, conocen a nuevas personas y con el afán de ampliar su radio social llegan a comunicarse en muchas oportunidades con personas que no conocen, situándose en un “contexto de vulnerabilidad” que más adelante podrían lamentar.

Precisamente, la función del aparato estatal debe encaminarse hacia la previsión de mecanismos preventivos con los cuales cada persona profese seguridad al momento de interrelacionarse con los demás, haciendo uso de aplicaciones y redes de forma segura, sin que a través de estos instrumentos tecnológicos se edifique un peligro para determinado bien jurídico. Desde luego esta labor se concreta no solo con la previsión apresurada de nuevos tipos penales, se requiere, además, del trabajo conjunto y especializado de otras instituciones encargadas de coadyuvar en la persecución de eventos delictivos como la Policía Nacional de Perú, de especialistas que recaben la investigación digital que reposa en cierto ordenador u otro material.

A su vez, Lara (2018) elaboró la averiguación científica titulada “Imprecisiones de la figura del “*grooming*” en el sistema legal argentino” [tesis pregrado]; realizada en la ciudad de Córdoba, Argentina, con el propósito de optar por el título profesional de abogacía en la Universidad Empresarial Siglo Veintiuno. En tal sentido, es prudente advertir que el trabajo académico en cuestión ha sido considerado debido a la relación que ostenta con nuestra Categoría Específica: delito de *grooming*.

Luego de la revisión efectuada al trabajo puntualizado, se aprecia una amplia preocupación por tutelar el espacio y redes informáticas que utilizan niños, niñas y

adolescentes de forma constante, pues dentro de sus contornos se pueden suscitar eventos antinormativos que alteran la esfera de libertad personal, por ello, es posible apuntar que postuló como **objetivo:** examinar el aspecto legal del “grooming” en la Argentina en relación al derecho comparado, con esta labor científica podrá ingresar al tratamiento jurídico penal que se le otorga a las agresiones sexuales sufridas a través de herramientas tecnológicas, teniendo como marco normativo referencial al ordenamiento Español y chileno.

Las contribuciones que se derivan de la tecnología generan alteraciones en la colectividad y aparato estatal, que, si bien ha dispuesto medidas y planes dirigidos a contener fenómenos criminales, le surgen grandes obstáculos cuando quienes perpetran estos actos utilizan herramientas tecnológicas, con las cuales no es posible realizar una persecución idónea y eficaz en ámbito informático, dejando espacios de impunidad que son aprovechados por los delincuentes.

Ahora bien, en lo que corresponde a la **metodología:** es posible señalar que durante el despliegue científico se aplica un análisis exploratorio, situando a la figura penal ya aludida como eje de problematizaciones, aunado a ello, para ofrecer una contribución teórica-práctica dirigida a resolver supuestos que se presentan en el plano real fue importante recurrir a criterios normativos, dogmáticos y jurisprudenciales, que ofrezcan mayores luces del fenómeno problemático analizado.

En habidas cuentas, surgió la necesidad de aplicar un “método cualitativo de análisis”, a través del cual se analice la transformación que ha ido sufriendo el fenómeno en cuestión, y, la posible mejora normativa que pueda realizarse en relación al mismo.

En función a lo antes mencionado, luego de recabar y discutir la información documental necesaria para fortalecer cada una de sus proposiciones científicas, postuló como **conclusiones:**

El “*Grooming*” es una problemática que crece vertiginosamente, en virtud de que los niños pasan demasiado tiempo conectados en las redes, exponiéndose a peligros inimaginables.

Asimismo, cuando se enuncia en el texto “con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual”, podemos comprobar que resulta una etapa virtual previa para perpetrar otro delito, como puede ser la exhibición del material pornográfico obtenido por el autor, el chantaje o incluso llegar al abuso sexual, por lo cual la figura desaparecería en función de las reglas del concurso aparente (Lara, 2018, p. 35).

La situación problemática contemporánea encierra el uso indiscriminado de materiales tecnológicos por parte de cualquier individuo, que se encuentra expuesto dentro de este proceso de interrelación y decide comunicarse con personas de distintas latitudes, sin augurar el surgimiento de comunicaciones lesivas. Siguiendo esta línea de fundamentación, se advierte que las redes sociales actualmente constituyen un espacio idóneo para desarrollar comunicaciones e interrelacionarse, propiciando así la evolución de la cultura y la armonización a nivel global.

El legislador nacional se ha inclinado por prevenir aquellos “contactos” o comunicaciones que establece cierto individuo con un menor, los mismos pueden producirse a través de medios o redes informáticas, haciendo uso para ello, de aplicaciones y redes sociales como Facebook, Whatsapp, e-mail, entre otras más que propician la interrelación constante entre individuos sin importar el lugar donde se encuentren.

En tal sentido, lo que se intenta tutelar con las conductas que se denominan propuestas sexuales a menores de edad es la “indemnidad sexual” de los menores de 14 años de edad. Así también, existe una protección dirigida hacia los mayores de 14 y

menores de 18 años de edad, en este ámbito la esfera de tutela se dirige hacia la “libertad sexual”.

El aparato estatal realiza incansables esfuerzos para contrarrestar las comunicaciones lesivas que se producen dentro del sistema social, las mismas que afectan a la colectividad, alterando el sentido de paz y armonía dentro de la misma, ante el surgimiento de nuevos instrumentos y materiales tecnológicos es necesario establecer nuevos lineamientos político criminales y dogmáticos destinados a regular cada una de estas conductas. Por ello, surge la necesidad de establecer inicialmente un estudio dogmático o normativo a través del cual se puedan analizar, interpretar y aplicar determinadas normas jurídicas, diseñando propuestas teóricas en la construcción de instituciones y figuras que rigen en el ordenamiento, orientando todo esfuerzo académico hacia la solución de fenómenos inciertos que se presentan en ámbito fáctico.

Por su lado, Miranda (2019) elaboró la averiguación científica titulada “El delito de online *child grooming* o ciberacoso sexual a menores (art. 183, Ter 1 CP)” [tesis posgrado]; realizada en la ciudad de León-España, con el propósito de optar por el grado académico de Máster en Derecho de la Ciberseguridad y Entorno Digital por la Universidad de León. En tal sentido, es prudente advertir que el trabajo académico en cuestión ha sido considerado debido a la relación que ostenta con nuestra categoría específica: delito de *grooming*.

La tecnología se ha presentado ante la colectividad como un presupuesto importante para que el individuo realice diversas actividades familiares, laborales, académicas, investigadoras, comerciales, entre muchas otras más, a tal punto que se ha generado una relación de dependencia.

En esa línea, las herramientas tecnológicas no solo son utilizadas por adultos, sino también, por niños, niñas y adolescentes, quienes logran navegar a través de la red

informática y establecer conexiones de esta naturaleza con otras personas, sin presagiar el peligro que existe dentro de estos parámetros. Bajo esta fundamentación, postuló como **objetivo** analizar el delito eje de problematizaciones y responder si la regulación legislativa se encuentra motivada o no.

En relación con lo que acabamos de aludir, se advierte que el aparato estatal debe orientar su protección hacia las “comunicaciones” que despliega determinado individuo con un menor de edad, utilizando durante este proceso mecanismos “virtuales” e instrumentos especializados orientados al quebrantamiento de la esfera de “indemnidad sexual”; y, a la posible perpetración del delito de pornografía infantil.

Ahora bien, en lo que corresponde a la **metodología**, durante el despliegue científico se aplicó un estudio dogmático, que necesariamente debía complementarse a través de la política criminal. Como se mencionará más adelante, un trabajo dogmático se orienta hacia el análisis, interpretación y aplicación de normas jurídicas, a partir de dicha labor diseña y plantea construcciones teóricas en relación con instituciones que rigen dentro del ordenamiento, posteriormente procura la previsión de otras normas coadyuvando en el tratamiento eficaz de los fenómenos criminales suscitados en ámbito fáctico.

En función a lo antes mencionado, luego de recabar y discutir la información documental necesaria para fortalecer cada una de sus proposiciones científicas, postuló como **conclusiones**:

El delito de online *child grooming* del art. 183 ter CP es un delito complejo, ya que requiere que se cumplan tres acciones para que se pueda verificar que se ha consumado el delito, siendo además la segunda de ellas la realmente relevante a efectos de explicación del comienzo de la tentativa. La primera conducta, el

contacto con el menor, se realice a través de las TIC. Queda fuera del ámbito de este tipo penal la utilización de otros medios para contactar con los menores.

En cuanto a las conductas de proponer un encuentro y la realización de actos materiales encaminados al acercamiento, se ha de concluir que el encuentro ha de ser llevado en el mundo físico, queda también fuera del tipo penal el encuentro que se vaya a desarrollar en el mundo virtual. Esto no significa que el menor quede desprotegido completamente si el encuentro virtual se llega a producir efectivamente, pues si el menor realiza conductas de naturaleza sexual utilizando medios tecnológicos para facilitar ese “encuentro”, vendrán en aplicación los delitos de abusos sexuales o de pornografía infantil, dependiendo del tipo de conducta realizada (Miranda, 2019, p. 65).

Con lo antes descrito, se evidencia la prevención de conductas dirigidas a contactar o establecer comunicaciones lesivas a través de redes o instrumentos tecnológicos, por ello, es prudente señalar que según lo previsto por el legislador aquellos contactos producidos por otros mecanismos se mantendrán fuera del radio punitivo.

Ahora bien, es menester aludir que el sujeto activo en este tipo penal puede ser cualquier individuo, esto debido a que el legislador no ha indicado una cualificación en particular para la persona que interviene contactando a un menor, dirigiendo su conducta hacia la transgresión de la “indemnidad sexual”. Así las cosas, de una revisión de la literatura especializada se advierte que según la “teoría del contrato social”, los individuos han previsto y proyectado el poder político con el propósito de que tutele su esfera de libertad ante la posible contravención de la misma por un tercero, así también, el aparato estatal encuentra su razón al otorgar recursos para afrontar los diversos requerimientos que puedan presentarse dentro de sus contactos diarios, permitiéndoles desplegar cada una de las facultades que les han sido otorgadas.



El aparato estatal a través del derecho penal dirige cada una de sus acciones hacia la protección de bienes jurídicos, su respuesta no solo debe fundarse en criterios preventivos, sino que, además, debe proporcionar las herramientas y mecanismos procesales idóneos para imponer de ser el caso un castigo de esta naturaleza.

Siendo así, y luego de revisar los datos estadísticos, se advierte que el foco criminógeno contemporáneo se encuentra en las redes informáticas, aparatos electrónicos, ordenadores, aplicaciones, redes sociales, entre otros instrumentos que han surgido con la tecnología, debiendo perseguir a quienes despliegan cada una de sus conductas por estos contornos, procurando la transgresión del ámbito de libertad que atañe a otra persona.

En consecuencia, las herramientas normativas que han sido previstas en nuestro ordenamiento se orientan hacia la tutela de la “indemnidad sexual”, presentada como el bien jurídico tutelado dentro del tipo penal bajo análisis, con ello, se advierte que el aparato estatal se esfuerza por tutelar aquel ámbito de la sexualidad personal, que al no poseer la capacidad (menores de edad) no pueden defenderla por sí solas, cuestión que permite la intervención lesiva de otro individuo.

Mientras que Herrera (2021) elaboró la averiguación científica titulada “Estudio de la prueba electrónica, su preservación, adulteración, mecanismos de defensa y valoración en el proceso judicial”, [tesis posgrado], realizada en la ciudad de Bogotá-Colombia, con la finalidad de optar por el grado académico de Máster en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Derecho Procesal 2018-2019, por la Universidad Externado de Colombia. En tal sentido, es prudente advertir que el trabajo académico en cuestión ha sido considerado debido a la relación que ostenta con nuestra categoría principal: prueba electrónica.

Los avances de la ciencia y tecnología no solo generan un cambio en el sistema social, además, instalan en un contexto de incertidumbre al “derecho” que debe regular nuevas conductas dirigidas a perturbar la convivencia pacífica y el equilibrio, aplicando para la realización de los mismos instrumentos informáticos, que no permiten divisar al sujeto interviniente, agravando la persecución penal y dejando extenso margen de acción para la criminalidad. Luego de la revisión efectuada, postuló como objetivo: determinar los fundamentos, criterios, naturaleza y otros aspectos que forman parte de la prueba electrónica, para ello, debía recurrir a la abundante literatura contemporánea que aborda este asunto, y, a la regulación vigente en el ordenamiento colombiano.

Ahora bien, en lo que corresponde a la metodología, durante el despliegue científico se aplicó un enfoque cualitativo, fundado en recabar consideraciones y reflexiones de autores que han propuesto construcciones teóricas dirigidas hacia la solución de los problemas que surgen investigar eventos criminales acaecidos en redes informáticos, discutiendo sobre la posibilidad de incorporar en esta labor a la prueba electrónica, para ello, se aplicó el análisis documental, técnica idónea para desarrollar trabajos científicos con el enfoque ya mencionado.

En función a lo antes mencionado, luego de recabar y discutir la información documental necesaria para fortalecer cada una de sus proposiciones científicas, postuló como conclusiones:

El concepto de prueba electrónica no es el mismo en todo el mundo, existen teorías que la consideran una prueba autónoma que tiene unas reglas especiales diferentes a las documentales, otros que la consideran una prueba documental pero con requisitos extra (equivalencia funcional), en Colombia tenemos esta teoría, considero está basada en una ley muy antigua data de 1999, la tecnología ha avanzado a pasos de gigante y con los años la doctrina y la jurisprudencia la está

interpretando de formas muy ambiguas esta ley, requerimos de una nueva, más completa y específica, que no solo abarque el comercio electrónico sino que toque todos los temas procesales respecto de la prueba electrónica (Herrera, 2021, p. 136).

Los delitos informáticos presentan diversos obstáculos en cuanto a su tipificación, esto se puede apreciar no solamente en nuestro ordenamiento, también a nivel global, por ello, se requiere que las estrategias orientadas hacia esos contornos se encuentren dotados de fundamentos sólidos en ámbito sustantivo, procesal y probatorio.

Ahora bien, los avances de la tecnología no han aparecido en los últimos años, se derivan desde hace ya varias décadas, en las cuales los instrumentos y herramientas se han transformando con la finalidad de subvencionar cada uno de los requerimientos y necesidades que se presentan ante la colectividad.

Por su parte, Marval (2010) elaboró la averiguación científica titulada “Valoración de la prueba electrónica y su presentación en juicio”; [tesis posgrado], realizada en la ciudad de Puerto Ordaz-Venezuela, con la finalidad de optar por el grado de Especialista en Derecho Procesal por la Universidad Católica Andrés Bello. En tal sentido, es prudente advertir que el trabajo académico en cuestión ha sido considerado debido a la relación que ostenta con nuestra categoría principal: prueba electrónica.

El surgimiento de instrumentos tecnológicos y su acogida por gran parte de la colectividad ha traído consigo innumerables cambios, las estrategias estatales que estaban orientadas a la prevención, control y castigo de eventos criminales suscitados en ámbito fáctico, hoy presentan un nuevo lugar de estudio, que vendría a estar constituido por el espacio virtual, redes informáticas e instrumentos tecnológicos.

La inquietud por ingresar a estos contornos debe orientarse con fundamentos de política criminal y dogmática penal, analizando desde un primer alcance el panorama

contemporáneo que merece ser regulado, y, posteriormente postulando medidas de solución que lidien con esta cuestión problemática.

En tal sentido, el investigador se inclinó por esgrimir como objetivo: analizar la valoración de las pruebas electrónicas y su posible incorporación en juicio, cuestión nebulosa que también abordamos en nuestro trabajo, pues en los últimos años ha presentado especial relevancia en ámbito procesal penal, debido a los obstáculos que surgen al momento de investigar y perseguir un evento delictivo suscitado en esferas informáticas.

En lo que corresponde a la metodología, es prudente señalar que se trata de un trabajo científico con enfoque cualitativo, dirigido al análisis de consideraciones y construcciones doctrinarias propuestas por distintos autores en relación al fenómeno u objeto que se estudia, así también, el estudioso en esta oportunidad advierte que no solo se enfocará en la literatura especializada propuesta sobre este asunto, además, ingresará en ámbito normativo y jurisprudencial, aportes que harán posible aglomerar mejores luces de cara a la solución que se pretende encontrar.

En función a lo antes mencionado, luego de recabar y discutir la información documental necesaria para fortalecer cada una de sus proposiciones científicas, postuló como conclusiones:

En virtud del derecho fundamental a utilizar todos los medios de prueba pertinentes, la demostración de un hecho o de un evento con trascendencia jurídica que haya ocurrido en Internet, podrá ser alcanzado a través de cualquier medio de prueba (legal o libre) siempre, claro está, que este sea susceptible de contribuir a formar el convencimiento del juez y haya sido obtenido de forma lícita (Marval, 2010, pp. 86-87)

El fenómeno de la tecnología ha llegado al sistema social para permanecer durante muchos años, individuo y máquina constituyen un binomio capaz de realizar distintas actividades, la comunicación, comercialización, investigación y otras actividades que con anterioridad no podían concretarse hoy en día pueden llevarse a cabo con la ayuda de estos instrumentos, que permiten acortar tiempos y efectivizar labores, no solo en el hogar, sino también en el trabajo y en otras esferas.

En función a lo antes mencionado, la relevancia de la informática es casi incuestionable, pues presenta labores trascendentales para la cotidianidad, sin embargo, surgen dentro de estos contornos problemáticas, discusiones y críticas en ámbito jurídico encaminadas a la búsqueda de nuevos criterios que permitan controlar las actividades que se despliegan a través de redes informáticas, más aún, cuando se entiende que el “derecho” surge como un mecanismo dirigido a regular el proceso de interrelación humana, inclinando sus esfuerzos en el mantenimiento del equilibrio colectivo.

Los obstáculos que se presentan en ámbito procesal para investigar eventos criminales de tales particularidades son diversos, más aún cuando nos encontramos ante un sistema acusatorio garantista en el que debe regir el respeto por las garantías procesales y derechos fundamentales de quienes son investigados por la supuesta realización de un evento criminal. Bajo esa fundamentación, la innovación normativa destinada a regular este sector de la delincuencia debe priorizar la armonización y cumplimiento de cada uno de los parámetros establecidos, otorgando auxilio internacional, y estableciendo la posibilidad de llevar a cabo diligencias que traspasan fronteras, entre muchos otros factores que posibilitarán la persecución penal y el posterior control de cada una de las actividades que se despliegan en este ámbito.

La tarea es ardua, en el camino pueden aparecer otros inconvenientes que no permitan arribar a resultados esperados, por ello, constituye un desafío no solamente para

quienes dedican sus investigaciones dentro de este ámbito, sino también, para los operadores de justicia y quienes de alguna u otra forma se aproximan al análisis de este novedoso tópico, así también, es importante el despliegue internacional que se realice para encontrar soluciones plausibles de cara a enfrentar una criminalidad que día a día transgrede la pacificación en el sistema social.

A su vez, Ramírez (2016) elaboró la averiguación científica titulada “La prueba electrónica: los medios electrónicos como recurso para la práctica de la prueba”; [tesis posgrado], realizada en la ciudad de Guayaquil, Ecuador, con el objetivo de optar por el grado académico de Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. En tal sentido, es prudente advertir que el trabajo académico en cuestión ha sido considerado debido a la relación que ostenta con nuestra categoría principal: Prueba Electrónica.

Siendo así, nos encontramos ante un trabajo de tipo dogmático, orientado hacia el estudio de fuentes formales que contribuyen a resolver problemas presentados en el plano real. Dentro de esta situación discutida encontramos al aporte probatorio que se pretende incorporar dentro del proceso penal para investigar la realización de eventos criminales suscitados en redes informáticas, a través de las cuales se quebrantan diversos bienes jurídicos, alterando el equilibrio en la colectividad. Por ello, postuló como objetivo: plantear una reforma procesal para la incorporación y actuación de la prueba electrónica.

Habiendo previsto el propósito del estudio, es menester ahora precisar la metodología, en relación con esta parte del trabajo, el investigador desarrolló un enfoque cualitativo, observando el tratamiento jurídico procesal nacional y extranjero que se aplica a la prueba bajo análisis, desarrollando como técnica el “análisis documental”, que le permitió recabar posturas y elaboraciones teóricas especializadas.

En función a lo antes mencionado, luego de recabar y discutir la información documental necesaria para fortalecer cada una de sus proposiciones científicas, postuló como conclusiones:

Y esto, en vista que al no existir un eficaz interpretación y aplicación de los medios electrónicos que determine la manera en la que se pueda ejercer la práctica probatoria en un proceso, origina, que se violente con la garantía del debido proceso, por cuanto un ciudadano que puede probar los hechos que alega por medio de un instrumento electrónico se encuentran con obstáculos para que estos sean aceptados y valorados (Ramírez, 2016, p. 39).

La delincuencia informática representa un problema global, en él se ven inmersos distintos ordenamientos que, tras la incertidumbre creada a raíz del surgimiento de resultados nocivos, estimulan y promueven transformaciones normativas dirigidas a regular este sector que había quedado olvidado, a pesar de la aparición de ordenadores, aplicaciones, redes sociales e instrumentos tecnológicos hace ya muchos años. Como se sabe, la criminalidad bajo análisis abarca diversos ordenamientos, por ello es una problemática global, sus resultados lesivos no solamente se encuentran en los individuos, sino también, en los distintos contornos que forman parte del sistema social.

Las dificultades internas que surgen en ámbito de la criminalidad informática son muchas, entre las que destacan la imposibilidad al momento de identificar al autor material del delito, así también, a las demás personas que han intervenido en la comunicación antijurídica, por otro lado, en la mayoría de ocasiones las evidencias que deben conducir a esclarecer los hechos pueden ser alteradas, modificadas o suprimidas, lo que no permitiría castigar a quien ha realizado el evento criminal. Por ello, en nuestro ordenamiento, se deben establecer mecanismos normativos que permitan recabar la “evidencia informática o digital” e incorporarla al proceso de tal forma que contribuya a

la comprobación de que cierta persona ha intervenido en el evento criminal que se le atribuye.

Por su lado, Punguil (2019) elaboró la averiguación científica titulada “Validez y eficacia de la prueba electrónica como medio probatorio en los procesos judiciales”; [tesis posgrado]; realizada en la ciudad Guayaquil, Ecuador, con la finalidad de optar por el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Procesal por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. En tal sentido, es prudente advertir que el trabajo académico en cuestión ha sido considerado debido a la relación que ostenta con nuestra categoría principal: Prueba Electrónica.

Con lo que acabamos de aludir, si advierte una transformación considerable en ámbito del derecho procesal, ante una colectividad que día a día se interrelaciona con más frecuencia a través de redes informáticas, utilizando para ello, instrumentos de esta naturaleza. Así las cosas, el problema se presenta cuando cierto individuo a través de un ordenador decide lesionar la esfera de libertad que atañe a otra persona y con ello la intervención del derecho penal y posteriormente del derecho procesal penal se encontraría justificada, debido al quebrantamiento de ciertos bienes jurídicos tutelados. Dicho esto, el investigador postuló como objetivo determinar la validez y eficacia de los documentos electrónicos como medio probatorio en los procesos judiciales.

Habiendo previsto el propósito del estudio, es menester ahora precisar la metodología: Que se fundó en un tipo de investigación documental, es decir, analizó e interpretó cada una de las posturas científicas que aborda el tópico en cuestión, aportando además, consideraciones propias en relación con las mismas, así también, no solo se inclinó por una contribución documental, sino que además, estableció el método “Delphi”, a través del cual se recoge la información de personas especialistas, que desarrollan labores relacionadas al fenómeno de estudio.



En función a lo antes mencionado, luego de recabar y discutir la información documental necesaria para fortalecer cada una de sus proposiciones científicas, postuló como conclusiones:

Finalmente se hizo la sugerencia de su aplicación de forma adecuada de la prueba electrónica tal como lo requieren las tecnologías de información y comunicación modernas, empleando para formatos distintos al impreso el uso de la pericia informática y para los documentos en copias impresas la firma electrónica y el uso de Notario Público (Punguil, 2019, p. 79).

En la literatura especializada se ha dicho y con mucha razón de que la mejor garantía de eficacia del derecho penal se encuentra en la vigencia y respeto por los derechos fundamentales, de tal forma que su quebrantamiento en nada aporta a la transformación de una sociedad, al contrario, evidencia las falencias internas que se tienen en el sistema de justicia. Así también, nos encontramos ante nuevos fenómenos criminales que traen consigo una intensa relación con el derecho penal, necesitado de nuevas herramientas que permitan ampliar el radio punitivo con el propósito de conservar el equilibrio en sociedad.

Las modificaciones que puedan producirse en los últimos años deben necesariamente aterrizar sobre el ámbito sustantivo, procesal y probatorio, asunto este último que no ha sido tenido en cuenta por nuestro legislador, que ocupa un lugar relevante al momento de decidir sobre la libertad de un individuo en ámbito procesal penal.

En esa línea, para quienes destinan gran parte de sus actividades dentro del sistema penal, es importante conocer cada una de las contribuciones derivadas de la prueba electrónica en ámbito judicial, sus particularidades, presupuestos y otros tópicos no menos importantes, pues lidiar con la nueva delincuencia que cada día acoge elementos

tecnológicos y científicos será una labor altamente dificultosa si no se tienen las herramientas necesarias para atender esta situación problemática. Por ello, sostenemos que el desafío contemporáneo en relación con la nueva criminalidad, no solo está dirigido al derecho penal, sino también, a los distintos operadores jurídicos que diariamente lidian con el problema.

### **2.1.2. Antecedentes nacionales**

Cadillo (2022) desarrolló la investigación que lleva por título “La evidencia digital en el cibercrimen-Perú, 2022” [tesis pregrado], realizada en la ciudad de Lima-Perú, con la finalidad de optar por el título profesional de Abogado por la Universidad Privada del Norte. En esa línea, es prudente advertir que el trabajo académico en cuestión ha sido considerado debido a la relación que ostenta con nuestra categoría principal: Prueba Electrónica.

La relevancia de la tecnología en época contemporánea es indudable, presenta para la colectividad un factor importante para el desarrollo de actividades diarias, por ello, merece especial cuidado el manejo por parte de niños y adolescentes, que se encuentran en contacto intenso con estas herramientas.

El investigador presentó como objetivo: determinar el procedimiento normativo para la obtención de la evidencia digital en el cibercrimen.

Habiendo previsto el propósito del estudio, es menester ahora precisar la metodología: El trabajo aquí descrito fue de tipo básico, con enfoque cualitativo, su población estuvo representada por personas especialistas en delitos informáticos y peritos, asimismo, las técnicas aplicadas fueron análisis documental y entrevistas a especialistas.

En función a lo antes mencionado, luego de recabar y discutir la información documental y los datos obtenidos con las entrevistas, necesaria para fortalecer cada una de sus proposiciones científicas, postuló como conclusiones a las siguientes:

Es importante señalar que la evidencia digital es un elemento probatorio de gran importancia pues acarrea que a partir de ella se puede establecer la responsabilidad penal al sujeto activo.

b) Resulta necesario tener un procedimiento normativo específico referente a la obtención de la evidencia digital en casos de cibercrimen.

f) El personal policial no resulta ser el personal idóneo para la obtención de la evidencia digital, salvo que estos se encuentren capacitados respecto a procedimiento de sistemas informáticos como si lo están los profesionales de ingeniería de sistemas (Cadillo, 2022, p. 98).

A raíz de las distintas implicancias originadas con la tecnología y los avances de la ciencia, se han ido incorporando en los ordenamientos jurídicos respuestas normativas encaminadas a dotar de leyes penales que contribuyan con un tratamiento jurídico penal idóneos para atender el fenómeno problemático de los delitos informáticos.

En tal sentido, la transformación normativa de la que hacemos referencia se presenta como una edificación político criminal transnacional, con la cual se puede evidenciar el propósito de todos los ordenamientos de otorgar una regulación dirigida a la prevención de las conductas lesivas producidas a través de redes informáticas, que generan inestabilidad en la colectividad y preocupan en gran medida debido a la repetición constante de estas conductas, que ocasiona resultados nocivos para bienes jurídicos.

Ahora bien, dentro de este contexto se debe advertir que no basta con propiciar un impulso político criminal destinado a la prevención de conductas que transgreden la

esfera de libertad personal, además, se necesita de que todos los ordenamientos jurídicos contribuyan a la “armonización normativa” de cada una de las propuestas dirigidas hacia ese propósito, caso contrario, la persecución que se realice a los eventos criminales producidos a través de medios tecnológicos fracasará, y esto traerá consigo consecuencias nocivas para el sistema social, que espera una respuesta idónea desde el aparato estatal, a quien se le han concedido todas las facultades para que pueda ejercer la tutela de bienes jurídicos y la vigencia de la fraternidad en sociedad.

Mientras que Cabrera & Herrera (2020) construyeron la averiguación científica titulada “Factores del delito informático de *grooming* en estudiantes de 5 de secundaria del Colegio Nacional de Iquitos-Loreto, 2019” [tesis pregrado], realizada en Loreto, Perú, orientando sus esfuerzos a optar por el título profesional de abogado por la Universidad Científica del Perú (UCP). En esa línea, conviene mencionar que el trabajo académico en cuestión ha sido considerado debido a la relación que ostenta con nuestra categoría específica: delito de *grooming*.

Como se advierte de la literatura especializada el bien jurídico protegido se encuentra fundado en la “indemnidad o intangibilidad sexual”, con ello, se orienta la intervención punitiva hacia la necesidad de tutelar aquel ámbito durante el cual se despliega de forma normal el ámbito sexual de individuos que aún no alcanzan una etapa de madurez suficiente, cuestión que ocurre con los menores de edad. Los investigadores postularon como objetivo: determinar la frecuencia con que se dan los factores del delito informático de *grooming*.

Habiendo previsto el propósito del estudio, es menester ahora precisar la metodología: Es de tipo descriptiva, a través de la cual se analiza cada uno de los elementos que forman parte del fenómeno u objeto, luego de verificar su relevancia en ámbito fáctico se intentó postular resultados en relación con los hallazgos previstos. Así

también, su población estuvo representada por estudiantes del último año de secundaria, dentro de la delimitación espacial mencionada, aunado a ello, para recabar información y/o datos relevantes que fortalezcan su trabajo aplicó la técnica denominada “cuestionario”.

En función a lo antes mencionado, luego de recabar y discutir la información documental y los datos obtenidos con la encuesta, necesaria para fortalecer cada una de sus proposiciones científicas, postuló como conclusiones:

Hemos determinado que, en el delito informático de *grooming*, se dan los factores culturales, sociales y jurídicos, teniendo una frecuencia mayoritaria de “siempre” en los factores jurídicos (69.33 %) y culturales (62.67 %), presentándose asimismo los factores sociales, con una frecuencia mayoritaria de “a veces” (62.67 %); por lo que concluimos que estos tres factores tienen una fuerte presencia en la comisión del delito informático de *grooming*, en los alumnos de 5 de Secundaria del Colegio Nacional de Iquitos-2019 (Cabrera & Herrera, 2020, p. 53).

Las conductas que se suscitan en ámbito informático merecen especial análisis debido al amplio “radio de impunidad” que rige en el mismo, esto debido a que con el pasar de los años y a través del surgimiento de eventos relevantes para el derecho, no se acogió una legislación vigorosa dirigida a fortalecer la lucha contra los fenómenos delictivos desarrollados en redes informáticas. Cuestión distinta a lo que sucede en otros ordenamientos que han realizado los esfuerzos necesarios para llevar a cabo una labor preventiva y sancionadora en relación con estas conductas, que como venimos aludiendo no solo ingresan en esferas de libertad de los “adultos”, sino que además, aprovechan los contactos a través de aplicaciones, redes sociales u otros medios para establecer un nexo íntimo con “menores de edad”, proponiéndoles encuentros sexuales y el envío de videos de contenido sexual.

El aparato estatal se encuentra obligado a reaccionar frente a este tipo de conductas antinormativas, otorgando una respuesta político criminal adecuada para atender los nuevos fenómenos de criminalidad que traspasan fronteras, asunto que hace muchísima más problemática y dificultosa la labor de prevención, mitigación y castigo de estas conductas disvaliosas.

A su vez, Osco (2019) desarrolló la investigación que lleva por título “La admisibilidad y el valor probatorio de la evidencia digital en el Sistema Jurídico Peruano, 2018” [tesis posgrado], realizada en la ciudad de Lima, Perú, con la finalidad de optar por el grado académico de Maestro en derecho penal y Procesal Penal en la Universidad César Vallejo. En esa línea, conviene mencionar que el trabajo académico en cuestión ha sido considerado debido a la relación que ostenta con nuestra categoría específica: delito de *grooming*.

El investigador presentó como objetivo: determinar cuál es el tratamiento de la evidencia digital en la ciudad de Lima y si la legislación nacional brinda el sustento legal.

Habiendo previsto el propósito del estudio, es menester ahora precisar la metodología, luego de la revisión efectuada, nos encontramos ante una investigación cualitativa, a través de la cual se procura desde un primer acercamiento analizar la evidencia digital y su posible incorporación en el proceso penal, posteriormente, se postulan fundamentos dirigidos a fortalecer su idoneidad para investigar eventos criminales que se suscitan a través de redes informáticas. La muestra estuvo compuesta por individuos que se encuentran ampliamente relacionados con la averiguación sobre eventos criminales informáticos (policías, fiscales y operadores de justicia).

En función a lo antes mencionado, luego de recabar y discutir la información documental y los datos obtenidos con la entrevista, postuló como conclusiones:

Los delitos informáticos se desarrollan en el ciberespacio en conexión con internet, la ciberdelincuencia ha dado lugar a los delitos transnacionales donde las leyes no tienen alcance y jurisdicción al involucrar a varios países en un solo hecho, quedando impunes y sin sanción penal, ello también viene generando grandes pérdidas a personas e instituciones públicas y privadas tanto económicas, así como de credibilidad en los servicios a sus clientes. Los ciberdelincuentes en el desarrollo de su actividad ilícita dejan las evidencias digitales, que son los rastros o huellas del delito, siendo el origen de la investigación con participación de la Policía y los operadores de justicia (Osco, 2019, p. 211).

Para un sector de la literatura especializada nos encontramos en una época de transformación, necesaria para que se puedan fortalecer ciertos factores que han ido mejorándose con el transcurrir de las luchas ideológicas, filosóficas y jurídicas. Bajo ese fundamento, el contexto jurídico penal actual requiere de un análisis amplio que permita establecer un tratamiento idóneo para abarcar hasta aquellas comunicaciones antinormativas que surgen en espacios informáticos.

Como sabemos, la atribución de responsabilidad penal se ha mantenido vigente y ha centrado como eje de la misma al individuo, quien puede disponer de un ámbito de libertad y con el mismo actuar de manera responsable, es decir, sin transgredir el espacio de otro. Al igual que sucede en los delitos que se producen en el plano real la imputación será la misma para quienes actúan de forma responsable y libre a través de un instrumento tecnológico o canal informático soslayando los parámetros normativos que han sido previstos para conservar el equilibrio en sociedad.

En función a lo antes aludido, el ámbito de relevancia penal que aquí abordamos presenta ciertas diferencias con la delincuencia común, mientras que en esta última se van a perpetrar delitos ya conocidos, con la criminalidad que se suscita a través de medios

informáticos y telemáticos denominada “cibercriminalidad” el terreno a investigar será otro (ordenadores, aparatos electrónicos, dispositivos, redes sociales, aplicaciones, entre otros).

Así las cosas, no podemos negar que existe una amplia relación entre la delincuencia que se suscita a través de canales informáticos denominada “ciberdelincuencia” y el derecho penal, presentándose ante este contexto el aparato estatal que destinará todas sus herramientas para contener fenómenos que alteran el equilibrio de la colectividad.

En esa línea, si bien las máquinas, ordenadores e instrumentos que han surgido a raíz de los avances de la ciencia y tecnología, presentaban desde su creación una orientación a cubrir cada una de las necesidades y requerimientos que obstaculizaban el pleno desarrollo del individuo en el teatro de la vida, en los últimos años se ha visto que su utilización está siendo inclinada hacia un contexto criminal, a través del cual se van a lesionar y quebrantar bienes jurídicos.

## **2.2. Bases Teóricas**

### **2.2.1. Tutela penal de la libertad e indemnidad sexual**

#### ***A. Evolución de la tutela penal***

Durante gran parte de la evolución jurídica se ha podido apreciar la incidencia de la religión, moral y otras cuestiones sociales al momento de regular conductas dentro del sistema social, sin embargo, muchas de ellas con la mutación del pensamiento, ideas, construcciones filosóficas, jurídicas y sociológicas han ido siendo abandonadas y perdiendo así su relevancia. Posteriormente, apareció el derecho como una herramienta destinada por el aparato estatal para regular cada una de las conductas peligrosas y permitidas, manifestándole de esta forma al individuo que despliegue sus actuaciones dentro de estos contornos normativos.



Al parecer, el sistema penal no ha podido desterrar las implicancias morales, advirtiéndose en el código de Maúrtua de 1924 una inclinación moralizadora en la previsión de los denominados “delitos contra la libertad y el honor sexuales”, incorporados en la Sección Tercera del Libro Segundo que castigaba los “delitos contra las buenas costumbres”.

Los entendidos del derecho penal fueron advirtiendo que en la realidad las normas penales con rasgos moralizantes como las del orden sexual, no eran acatadas por grandes e importantes sectores de la comunidad, constituyéndose el derecho penal en el ámbito sexual en un simple medio simbólico, toda vez que no otorgaba real protección a las expectativas de las víctimas (Salinas, 2016, p. 30).

En función a lo antes señalado, regular conductas que quebrantan la moral lejos de traer consigo contribuciones al desarrollo normativo y jurisprudencial en nuestro ordenamiento, evidenciaron la facilidad con la cual se perpetraba el quebrantamiento de estas normas jurídico penales, haciéndose imposible castigar a quienes habían intervenido en dicha actuación, por otro lado, se dejaban espacios de protección dentro de estos delitos, los mismos que eran aprovechados por individuos, quienes tras conocer de la existencia de una suerte de “radio de impunidad” decidían perpetrar con mayor frecuencia eventos lesivos.

Así, por ejemplo, pese a que una mujer había sido sometida a un acto sexual violento, el autor no era sancionado penalmente debido a que se llegaba a probar que la mujer víctima, al tiempo en que ocurrieron los hechos, no usaba de conducta intachable. Asimismo, así se haya llegado a probar que la mujer impuso por grave amenaza o violencia el acto sexual a un varón, aquella no era sancionada penalmente con el argumento de que no podía ser autora, esto debido a que no tenía el instrumento natural penetrante, etc. (Salinas, 2016, pp. 30-31).

Se aprecia que la moral aún en aquellos años dirigía gran parte de la regulación normativa en nuestro ordenamiento jurídico y otros a nivel global, esto trajo consigo la construcción de tipos penales que no lograban abarcar diversos supuestos lesivos, dejando en una situación de vulnerabilidad a quienes padecían con dichas conductas antijurídicas. Indudablemente, esta situación no solo se avizoraba en la labor estatal de extender su tutela en los supuestos de agresiones sexuales, sino también, en otros ámbitos, lo que generaba preocupación, incertidumbre e inseguridad en la ciudadanía y quienes dedican parte de sus esfuerzos al estudio y análisis de la ciencia por excelencia del derecho penal: dogmática penal.

Así las cosas, transitaron desplegando grandes esfuerzos para contrarrestar aquellas situaciones en las cuales se estaba quebrantando la esfera de libertad de otra persona, apegándose a las propuestas y fundamentos filosóficos y jurídicos que se desprendían de la teoría del contrato social surgida con la “ilustración”, en la cual cada una de las personas entregaron el *factum* al aparato estatal con la consigna de tutelarse ante las alteraciones que pudiera sufrir su ámbito personal, asimismo, para que puedan interrelacionarse diariamente, efectivizando la protección de bienes jurídicos a través del derecho penal, dejando en un segundo plano a fundamentos morales y éticos, que en nada contribuyen con este ámbito de protección. En efecto, el aparato estatal presenta su razón de ser en el cuidado, protección y seguridad que le va a otorgar al individuo para interactuar de forma pacífica, armoniosa y sin alterar el sentido de paz que rige en sociedad.

Con la transformación que venía produciéndose en el sistema social, la misma que incidía en el aparato estatal, debía necesariamente innovarse en los criterios de política criminal y dogmática penal dirigidos a atender el surgimiento de nuevas formas de delincuencia que azotaban constantemente a cada uno de los individuos, penetrando

en las distintas estructuras de la colectividad. Por ello, necesariamente debía decirse adiós a fundamentos de moral y ética, para acoger una postura orientada hacia la protección y previsión de parámetros que les permitan a los individuos alcanzar cada uno de sus objetivos sin transgredir la esfera de libertad de otra persona, pudiendo conservar el equilibrio dentro de este ámbito social.

En tal sentido, hoy las preocupaciones estatales descansan en la tutela de la libertad individual, la misma que como hemos advertido presenta límites, pues si bien el individuo es libre para organizarse diariamente en sociedad, no puede quebrantar la esfera personal ajena, rigiendo dentro de este contexto una relación sinalagmática entre libertad y responsabilidad.

La protección que aludimos, no está alejada de la libertad individual que se presenta en ámbito sexual, cuestión que abordamos dentro del análisis y averiguación científica-jurídica que aquí realizamos, constituyendo un tópico relevante para la comunidad en general, aparato estatal, operadores jurídicos y sistema de justicia penal.

Por ello, consideramos que se debe innovar cada uno de los criterios y mecanismos adoptados por el aparato estatal, encaminándolos hacia la lucha eficaz contra las nuevas formas delictivas, más aún, cuando las comunicaciones antijurídicas que se presentan constantemente ante la colectividad vienen acompañadas de “herramientas tecnológicas”, produciendo mayores complicaciones en las medidas preventivas y disuasorias que ha previsto el aparato estatal, dejando un amplio espacio de impunidad, a través del cual ingresan las comunicaciones lesivas que alteran el equilibrio y armonía en el plano social.

En habidas cuentas, no es posible concebir un derecho penal que deje de lado su rol principal de tutela hacia bienes jurídicos, si tiene ante él a una sociedad que requiere de protección urgente e idónea, a través de la cual pueda encontrar seguridad ante las

nuevas contribuciones que se derivan de los avances de la ciencia y tecnología, e ingresan en la alteración de la libertad sexual, la misma que tras ser puesta en una situación riesgosa o luego de verse afectada no solo abarca el ámbito físico, sino también, psicológico y hasta social, existiendo situaciones “estereotipadas” que no le permiten a la víctima sobreponerse de la afectación sufrida ante el agresor, esto declina aún más cuando luego de suscitada la alteración de la libertad sexual no se aplica un tratamiento adecuado.

En consecuencia, actualmente no es posible sostener que el aparato estatal a través del derecho penal protege cuestiones morales, éticas o axiológicas, asuntos que no son relevantes para este ámbito, lo que si debe entenderse es que la tutela contemporánea desde lineamientos jurídico penales está dirigida hacia bienes jurídicos, como el que acabamos de señalar brevemente y sobre el cual aterrizaremos en las páginas posteriores: libertad e indemnidad sexual.

### ***B. Libertad sexual como bien jurídico***

En función a lo aludido en párrafos precedentes, el derecho penal debe orientar su tutela hacia bienes jurídicos (individuales y colectivos), debiendo intervenir cuando se encuentre ante una persona que con su conducta ha creado o superado un riesgo para un bien jurídico en particular, siendo irrelevante si se trata de una conducta que ha soslayado directrices morales o éticas. Precisamente, el legislador nacional ha buscado tutelar el ámbito de libertad personal, y, en particular ha considerado a la “libertad sexual” como el bien jurídico en los delitos sexuales.

Cuando cierto individuo lesiona o quebranta este ámbito de libertad no solo ocasiona afectaciones físicas, sino también, psicológicas y hasta sociales, dejando secuelas difíciles de olvidar, aun cuando los años transcurran.

La libertad sexual no se enfoca desde un concepto puramente positivo. No se entiende como la facultad que permita a las personas a tener relaciones sexuales

con todos, sino debe entenderse en un sentido negativo, por el cual no puede obligarse a nadie a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad (Salinas, 2016, p. 35).

En relación con estas consideraciones, diremos que cada individuo presenta un ámbito de organización, autodeterminación y libertad, producto del cual dispone de facultades para desplegar su conducta según las motivaciones que pueda ostentar, por ello, terceras personas que intentan ingresar a dicha esfera personal requieren de un reproche, pues con su conducta han creado o superado un riesgo permitido, aquella respuesta vendrá desde el aparato estatal a través del derecho penal, instrumento encargado de prevenir y castigar aquellas conductas disvaliosas en sociedad, que alteran el equilibrio y la paz.

Como personas que poseemos derechos y deberes reconocidos en la Carta Magna y documentos transnacionales podemos elegir y expresar en un momento y espacio determinado con qué individuo poder intercambiar momentos sentimentales y concretar situaciones sexuales. El contexto problemático se presenta cuando los escenarios antes descritos surgen forzosamente, que ocasiona un quebrantamiento en el ámbito íntimo de su personalidad, violentando la voluntad del sujeto pasivo y produciendo como resultado afectaciones físicas y psicológicas.

Bajo estas consideraciones, es plausible la regulación realizada por nuestro legislador al establecer como bien jurídico protegido a la “libertad sexual”, entendida como la capacidad de autodeterminación del individuo para decidir en relación con su vida sexual.

La forma como se han regulado las conductas sexuales delictivas en nuestro código sustantivo, merece general aceptación, pues se ajusta a los lineamientos de un Estado social y democrático de derecho que propugna todo nuestro sistema

jurídico, aun cuando en ciertas coyunturas se le deja de lado (Salinas, 2016, p. 37).

En un ordenamiento jurídico respetuoso de las garantías y derechos fundamentales, debe orientarse la Política criminal y Dogmática Penal hacia la previsión de conductas lesivas que alteran el equilibrio de la colectividad y lesionan los contornos de libertad personal, creando gran incertidumbre.

### ***C. Tutela de la indemnidad sexual***

Si analizamos la protección de la libertad sexual, encontraremos que la misma ha sufrido diversas transformaciones a lo largo del tiempo como resultado de la incidencia de motivaciones político criminales y de nuevas reformulaciones dogmáticas se ha dado espacio para el incremento de sanciones a quienes intervienen en este tipo de actuaciones lesivas.

Como sabemos, para enfrentar esta criminalidad es necesario implementar en nuestro ordenamiento “políticas públicas” dirigidas a contener cada una de las comunicaciones antinormativas que se despliegan dentro de este ámbito, debiendo coadyuvar en esta labor otras entidades para arribar a resultados plausibles y sobre todo válidos.

Ahora bien, no solo el aparato estatal se encuentra obligado a intervenir en la solución de los problemas que se suscitan diariamente en el sistema social, corresponde también parte de esta obligación a la colectividad, quienes deben contribuir en la formación de cada individuo, otorgando una mayor difusión en cuanto a valores morales y éticos, enseñándoles también a prevenir conductas que pueden lesionar a terceros, recordemos que todos los individuos si bien tenemos un contorno de libertad, no obstante, debemos desarrollar el mismo sin causar afectaciones a otros.

Dicho esto, sancionar de forma severa a quienes intervienen en este tipo de eventos delictivos (aplicando la pena de muerte u otras medidas) en nada contribuirá a solucionar esta realidad problemática, al contrario, generará incertidumbre y puede conducir hasta el “caos” en el sistema social, cuestión que no es permitida en un Estado democrático de derecho.

En habidas cuentas, si solo se pretende hacer referencia a la aplicación de castigos severos para contener estas afectaciones en nada se contribuye al tratamiento de los mismos, no es posible arribar hacia resultados plausibles e idóneos para resolver supuestos que se presentan en la realidad si la inclinación de la mayoría es aplicar penas que transgreden lo previsto en nuestra carta magna. Esto se produce tal vez porque en algunos tipos penales existe falta de claridad o se produce una errónea interpretación de los mismos, a esto se suman los grandes obstáculos que surgen en la persecución e investigación de eventos delictivos (realizados como abordaremos más adelante en tejidos informáticos o con el uso de herramientas tecnológicas); así también, encontramos como otro de los factores que no permiten arribar a buen puerto en este ámbito a la falta de especialidad en los magistrados quienes analizan y van a resolver sobre este asunto, por ello, surge la necesidad de innovar en relación con los criterios político-criminales y procesales para de esta manera efectivizar una administración de justicia dirigida a tutelar la esfera de “libertad e indemnidad sexual” que se ve vulnerada y expuesta ante riesgos derivados del uso de la tecnología, en la que como hemos mencionado se presentan argumentos favorables y también que no lo son que alteran la armonía en sociedad.

De ahí se concluye que la indemnidad o intangibilidad sexual es el verdadero bien jurídico que se tutela con las conductas delictivas previstas en los tipos penales antes referidos. Esto es, le interesa al Estado proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no pueden defenderla al no tener la capacidad suficiente para

valorar realmente una conducta sexual. Circunstancia que posibilita el actuar delictivo del agente (Salinas, 2016, p. 43).

Como veníamos señalando, el aparato estatal dirige sus esfuerzos hacia la protección de la sexualidad, y desarrolla una atención especial cuando los individuos no pueden defenderla por sí misma, es decir, no presentan capacidad para entender que se encuentran ante una conducta de contenido sexual ni mucho menos para dar consentimiento ante la misma. Por ello, debe otorgar mayor tutela a la base de la sociedad que vendría ser la “familia” con el propósito de incentivar en los individuos una cultura de respeto, en la cual rige un estado de libertades y se dejan de lado las posibles transgresiones entre los mismos, para de esta forma contribuir en el desarrollo de individuos que permitan mantener la estabilidad en el sistema social. En efecto, recordemos que como consecuencia de una transgresión a la esfera de “libertad e indemnidad sexual” se produce un “daño psicológico” en la víctima (sea varón o mujer) que ocasiona también afectaciones psíquicas y otras que se puedan prolongar a través del tiempo; a esto se suma, un conjunto de “estereotipos” que rigen en sociedad para discriminar a quienes son víctima de este tipo de eventos criminales, contexto en el cual surgen “Juicios valorativos” que en nada contribuyen a solucionar este problema.

Dentro de este orden de ideas, surge una protección especial hacia este ámbito, constituida como una facultad que le asiste a todo menor de edad, a través de la cual va a protegerse su “intangibilidad sexual”, debido a que aún no presenta una adecuada comprensión del pleno ejercicio de su sexualidad.

En función a lo que hemos señalado, en nuestro ordenamiento se postula una protección; por un lado, de la “libertad sexual”; y, por otro lado, de la “indemnidad sexual”, con la primera se dirige hacia los individuos una tutela que contiene la facultad legalmente reconocida de cada individuo para decidir y desplegar su sexualidad, mientras



que con la segunda se procura la preservación de la sexualidad cuando la persona no se encuentra en condiciones, ni mucho menos es capaz de comprender el sentido de estas actuaciones.

### **2.2.2. Delito de *grooming***

#### **A. Evolución normativa**

En nuestro ordenamiento a través de la Ley N.º 30096 se ha previsto el delito en cuestión dentro de los delitos informáticos que soslayan la indemnidad y libertad sexual, su desarrollo a nivel jurisprudencial y dogmático no es el mejor, al contrario, surgen aún en nuestros días diversas confusiones en relación con este tipo penal. Ahora bien, desde un análisis legislativo se advierte que ha sido contenido en el artículo 5 de la ley antes mencionada con la denominación “proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos”, sin embargo, desde la literatura especializada es ampliamente conocido como *child grooming*.

De acuerdo con la clasificación de los ciberdelitos, nos encontramos ante un ciberdelito instrumento, dado que las TIC y sistemas de información serían el puente o instrumento facilitador del contacto entre víctima y victimario, no siendo el mismo sistema informático o la información el objeto material del delito (Vega & Arévalo, 2022, p. 296).

El legislativo ha considerado pertinente sancionar el contacto que presenta cierto individuo con un menor de edad, encaminándolo primero hacia la obtención de la confianza del menor para posteriormente producir la agresión sexual. Lo cierto es, que en nuestro ordenamiento se ha querido proteger aquel ámbito de libertad denominado “indemnidad sexual”, que atañe a un menor de edad incapaz de defenderse ante el ataque de una persona, o de comprender la connotación sexual de la conducta que se obliga a realizar.

La tecnología informática y su lenguaje de la imagen y el sonido ofrecen enormes ventajas al desarrollo de las comunicaciones y la interacción entre las personas; pero simultáneamente, genera grandes riesgos en tanto lleva a las personas a situaciones de extraordinaria exposición y vulnerabilidad (Smolianski, 2021, p. 352)

En tal sentido, advertimos que, si bien la tecnología ha cubierto gran parte de las necesidades y requerimientos que se presentaban ante el individuo de forma constante y con el transcurrir de los años, no obstante, existen ciertas conductas en las cuales se emplea estos instrumentos para causar afectaciones, como en el caso cuestión, que ocasiona como resultado la intromisión en la “indemnidad sexual”.

Luego de que se evidenciara el auge de la delincuencia en ámbito cibernético a nivel global se han postulado diversos criterios normativos dirigidos a regular aquellas conductas que transgreden y atentan contra bienes jurídicos protegidos, propiciando con esta iniciativa legislativa la armonización, colaboración y auxilio en la averiguación que se realiza sobre la posible comisión de un evento delictivo en redes informáticas y con la aplicación de herramientas tecnológicas. Dentro de las propuestas normativas que se han incorporado en nuestro ordenamiento jurídico, encontramos a la Ley N.º 30096, que representa el resultado del esfuerzo por parte del legislador, preocupado ante el crecimiento exponencial de conductas que atentaban contra esta esfera de libertad.

El tipo penal que hoy conocemos no ha sido considerado de forma taxativa en el “Convenio de Budapest”, lo que sí ocurrió es que los ordenamientos miembros se inclinaron por tipificar conductas relacionadas a la “pornografía infantil”, dejando de lado aquel contacto que establecía cierto individuo con un menor para proponerle acciones de connotación sexual.

**CUADRO COMPARATIVO DEL DELITO DE CHILD GROOMING Y SUS ANTECEDENTES INTERNACIONALES**

Convenio De Budapest Artículo 9°	Convenio de Lanzarote Artículos 20° y 23°	Ley N° 30096 Modificado por la Ley N° 30171 y 30838 Artículo 5°
<p><b>Delitos relativos a la pornografía infantil.</b></p> <p>1. Cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la comisión deliberada e ilegítima de los siguientes actos:</p> <p><b>a) La producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático;</b></p> <p>b) La oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático;</p> <p>c) La difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático;</p> <p>d) La adquisición, para uno mismo o para otros, de pornografía infantil a través de un sistema informático;</p> <p>e) La posesión de pornografía infantil en un sistema informático o un dispositivo de almacenamiento de datos informáticos.</p>	<p align="center"><b>Artículo 20°</b></p> <p><b>Delitos relativos a la pornografía infantil</b></p> <p>1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas intencionales, cuando se cometan de forma ilícita:</p> <p><b>a) La producción de pornografía infantil;</b></p> <p>b) La oferta o puesta a disposición de pornografía infantil;</p> <p>c) La difusión o transmisión de pornografía infantil;</p> <p>d) La adquisición para sí o para otro de pornografía infantil;</p> <p>e) La posesión de pornografía infantil,</p> <p>f) El acceso a pornografía infantil, con conocimiento de causa y por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.</p> <p align="center"><b>Artículo 23°</b></p> <p><b>Proposiciones a niños con fines sexuales.</b></p> <p>Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito <b>el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro.</b></p>	<p><b>Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos</b></p> <p>El que a través de internet u otro medio análogo contacta con un menor de catorce años <b>para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para proponerle llevar a cabo cualquier acto de connotación sexual con él o con tercero</b>, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1,2,4 y 9 del artículo 36 del Código Penal.</p> <p>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 1,2,4 y 9 del artículo 36 del Código Penal.</p>

*Nota:* Cuadro recabado de Vega & Arévalo (2022).

<p><b>Decreto Legislativo N° 1591 (13/12/2023), Decreto legislativo que modifica la Ley N° 30096, Ley de Delitos informáticos, para promover el uso seguro y responsable de las tecnologías digitales por niñas, niños y adolescentes.</b></p>
<p><b>Art. 5. Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos.</b></p> <p>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 proponerle llevar a cabo cualquier acto de connotación sexual con él o con tercero, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de nueve años.</p> <p>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.</p> <p>En todos los casos se impone, además, la pena de inhabilitación conforme a los numerales 1,2,3,4,5,6, 8, 9, 10 y 11 del artículo 36 del Código Penal.</p>

*Nota:* Cuadro elaborado siguiendo la normativa vigente del delito de grooming.

La delincuencia en la red solicita a cada ordenamiento un mayor esfuerzo en la adopción de fundamentos político criminales y dogmáticos dirigidos a enfrentar las diversas vicisitudes por las que tiene que transitar la colectividad como parte del proceso de transformación, desde luego, la solución no solo descansará en agravar las sanciones

dirigidas a quienes intervienen en estos eventos, además, habrá que establecer medidas de prevención y un tratamiento que permita atender esta situación problemática de forma adecuada.

La formulación de nuevos tipos penales encuentra su razón de ser en el surgimiento de objetos de protección que no se habían previsto con anterioridad, y que, sin embargo, surgen como resultado de nuevos trances y peligros que alteran el sentido de paz y equilibrio en el sistema social, por ello, dicha esfera merece protección.

Sería inimaginable en nuestros días pensar una sociedad sin Internet, el empleo de motores de búsqueda tales como Google, Yahoo, Bing o Baidu, el uso de correos electrónicos (e-mails), mensajes de texto (sms), mensajería instantánea (mms), micromensajería (Twitter), Chat (Messenger, Messenger Yahoo, BlackBerry Messenger, Google talk, Whatsapp, Line, Viber, WeChat), blog, fotolog, redes sociales (Facebook, MySpace, Sónico, Hi5, Orkut, Haboo Hotel, LinkedIn, Instagram), o programas de geolocalización como Foursquare (Sueiro, 2018, p. 201).

Ahora bien, como se ha venido mencionando ciencia y tecnología representan un binomio con especial relevancia desde hace ya varios años, contribuye en gran medida al desarrollo de los ordenamientos a nivel global, inciden en la realización de diversas actividades que despliegan cotidianamente el individuo y la colectividad, penetran en las estructuras del aparato estatal sin discriminación alguna, por ello, se dice que han llegado para quedarse por un gran tiempo y apoderarse de gran parte de los contactos individuales.

Así también, su crecimiento desmesurado genera en el derecho una preocupación particular cuando sobrepasa los parámetros normativos que existen y se encuentran encaminados a una convivencia pacífica, precisamente en esos ámbitos que han quedado

olvidados, o en los que existen vaguedades o incoherencias se presentan comunicaciones antijurídicas que soslayan ciertos bienes jurídicos protegidos.

Retornando sobre el tipo penal objeto de análisis, conviene señalar que nos encontramos ante determinadas mutaciones que con el tiempo han ido sufriendo los “delitos sexuales” y el “derecho penal”, ambos se encuentran ampliamente relacionados para combatir las posibles transgresiones en la esfera de libertad e indemnidad sexual que pueda sufrir determinada persona, debiendo innovar las estrategias y mecanismos de política criminal orientándolos hacia el cumplimiento de esta labor.

En nuestros días, asistimos a una transformación legislativa edificada con la finalidad de tutelar los nuevos requerimientos que surgen ante las posibles afectaciones de la “indemnidad sexual de los menores”, se han edificado y reconstruido figuras penales para ofrecer una respuesta eficaz, satisfactoria y que otorgue seguridad ante el ataque que se desprende del uso de sustancias prohibidas, herramientas tecnológicas, redes informáticas, y aplicaciones virtuales, situaciones que podrían alcanzar la esfera de indemnidad sexual dejando en un contexto de vulnerabilidad a niños, niñas y adolescentes que diariamente se encuentran en contacto con herramientas surgidas a través del avance de la ciencia.

Aunado a ello, si revisamos los documentos internacionales que han sido establecidos a nivel global por diversos ordenamientos, (encaminando cada uno de sus esfuerzos legislativos hacia la prevención y castigo de conductas desplegadas por individuos y utilizando para ello herramientas tecnológicas y canales informáticos para proponer encuentros con menores de edad y de esa forma quebrantar su esfera de indemnidad sexual) encontraremos que su antecedente se encuentra en el “Convenio de Lanzarote” desarrollado el 2007 para establecer un radio de tutela dirigida hacia aquellos menores que son víctimas de explotación y abuso sexual.

## **B. Definición**

La denominación o terminología que ha sido aplicada para englobar aquellos supuestos en los cuales determinado individuo pretende aproximarse por medio de canales informáticos y herramientas tecnológicas hacia un menor de edad aún en nuestros días no presenta un consenso amplio, lo que trae consigo críticas en relación con su fundamentación político criminal y dogmática a nivel global.

Con una postura similar, Cugat (2014) refiere “son muchos los nombres que se le han dado sin que ninguno de ellos haya alcanzado reconocimiento legal o consenso doctrinal” (p. 236). En esa línea, como ya se aludió, la falta de un consenso en relación con la terminología que debe aplicarse para hacer referencia a este tipo de conductas genera una interpretación típica que podría conducir hacia un contexto de ilegitimidad, que en nada viene a contribuir en la prevención de eventos criminales que atentan contra la “indemnidad sexual de menores de edad” a través de canales informáticos.

Como resultado del proceso de adaptación tecnológica y del desarrollo a nivel global de cada uno de los ordenamientos se ha procurado establecer herramientas legislativas que enfrenten de forma eficaz e idónea la criminalidad que se desarrolla a través de redes tecnológicas, con la que se busca alterar el sentido de paz en sociedad, afectando determinados bienes jurídicos como los que aquí se abordan (indemnidad y libertad sexual), constituyéndose como una labor dificultosa la persecución a quienes intervienen en este tipo de comunicaciones lesivas, debido a la falta de herramientas de investigación, al desconocimiento procesal y probatorio de las mismas, a la interpretación que se le otorga al tipo penal bajo análisis, entre otras cuestiones que inciden en dicha problemática.

### **C. Bien jurídico protegido**

En función a las consideraciones aludidas, el derecho penal se encuentra ante nuevos desafíos, debe lidiar no solo con la delincuencia común, organizada, transnacional y corporativa, pues ahora se encuentra frente a delincuentes que utilizan los recursos e instrumentos de la tecnología para transgredir la esfera de libertad individual. Ahora bien, la intervención desde este ámbito del derecho no debe producirse de forma arbitraria ni ilegítima, al contrario, debe responder ante comunicaciones antijurídicas que revisten relevancia debido a la afectación que produjeron a determinados bienes jurídicos protegidos.

Dentro de estos contornos, surge como una innovación legislativa el delito bajo comentario, decisión dirigida a proteger a los menores que aún no alcanzan la edad de la madurez sexual, así también, advirtió la necesidad de reforzar la tutela penal de este bien jurídico ante los peligros que se derivan de las tecnologías de la información y comunicación.

En esa línea, la propuesta de inclinación por criminalizar aquellas conductas que soslayan la esfera de indemnidad sexual de menores no fue del todo óptimo, surgieron ciertas falencias en relación con los fundamentos político criminales y dogmáticos que se inclinaban por castigar aquellos contactos desplegados por depredadores en redes informáticas que aplicaban herramientas tecnológicas para requerir material de contenido sexual y posteriormente intimar con los menores de edad.

No solo existieron las falencias antes descritas, además, a nivel global no se habían incorporado aportes probatorios que contribuyan a establecer mejores luces en la investigación desarrollada por afectaciones producidas a través de canales informáticos y el uso de instrumentos tecnológicos.

Así las cosas, otra de las críticas que surgió al pretender proteger el ámbito de “indemnidad sexual de menores” a través de redes informáticas fue la distorsión entre realidades, deformando lo que suscita en otros ordenamientos y el nuestro, cuestión que consideramos puede mejorarse de cara al futuro, siempre y cuando existan análisis teóricos y prácticos destinados hacia este tópico, problemático porque desarrolla una parte de los problemas que aquejan contemporáneamente a la colectividad y aparato estatal, perpetrándose con frecuencia, causando indignación y preocupación en el sistema social.

Como sea mencionado en párrafos precedentes, a través de la Ley N.º 30096 y en el artículo 5 se han incorporado los denominados “delitos informáticos contra la indemnidad y libertad sexual”, dentro de los que se encuentra el “delito de *grooming*” (así denominado en la literatura especializada), corresponde en esta parte señalar la esfera de tutela que ha dirigido el legislador nacional dentro de estos contornos, en otras palabras, el bien jurídico protegido.

Dentro de este contexto, a través del tiempo y ante la necesidad de separar el derecho y la moral ha surgido una concepción revolucionaria en este ámbito como resultado de la filosofía política de la “ilustración”, encontrándonos ante la figura del “bien jurídico protegido”. Ahora bien, como sabemos, dentro del sistema social surgen deberes y límites entre aparato estatal y colectividad, el primero actúa como presupuesto de su legitimidad, debiendo establecer prohibiciones hacia conductas que alteran la armonía dentro del mismo.

Tanto la indemnidad sexual como la libertad sexual del menor. La configuración típica del ilícito penal hace alusión a afectaciones antijurídicas que son producto del empleo de medios informáticos, lo que significa que es el desvalor del comportamiento lo que ha sido considerado por el legislador para considerar este



tipo de acciones como “delitos informáticos”, sin interesar que el menoscabo se manifieste en intereses jurídicos distintos al orden informático o cibernético. (Pérez, 2019, p. 134).

En esa línea, que “bien jurídico protegido” se postula como uno de los presupuestos idóneos en la construcción sistemática del derecho penal, por ello, la función reguladora de este sector debe orientarse hacia la tutela de aquellos bienes y valores cuyo aseguramiento no es posible encontrarlo a través de otros mecanismos.

Siguiendo esta fundamentación, cierto individuo que utiliza los canales informáticos para establecer “contacto” con un menor de edad y solicita material pornográfico o realiza actos de “connotación sexual” incurre en el evento criminal denominado “delito de *grooming*”, por ello, sostenemos que el legislador ha querido proteger el ámbito de indemnidad sexual, en el que como ya hemos mencionado no existe capacidad en el individuo para comprender el evento sexual que está realizando, ni mucho menos, puede otorgar el consentimiento hacia el mismo, el aparato estatal por ello busca generar una tutela especial hacia esta esfera.

### **2.2.3. Prueba. Definición**

En el marco del proceso penal lo que se va a discutir son las afirmaciones contradictorias de las partes procesales, en otras palabras, la parte acusadora realiza cierta atribución de responsabilidad da cuenta de aseveraciones en relación con cómo, cuáles, dónde y otros asuntos importantes que se suscitaron y presentan relevancia jurídico penal, por otro lado, se encuentra el investigado quien a través de su abogado defensor puede ofrecer al juez un análisis distinto de los eventos que se le atribuyen, procurando defender su inocencia, y orientando cada uno de sus esfuerzos hacia misma.

Lo mismo acontece en el proceso penal, el Ministerio Público formula una acusación narrando los hechos constitutivos del tipo penal que imputa, el

imputado por su parte puede rechazar tales y puede enunciar hechos distintos a los de la acusación (Rivera, 2011, p. 24).

En tal sentido, lo sustantivo de lo que pretenden las partes procesales se sustenta en presupuestos fácticos, y el supuesto fáctico de la norma que procuramos aplicar debe ser dividido en eventos reales y constatables que sea posible subsumirlos en esa Hipótesis de hecho de la norma en el momento de adoptar una decisión. Así las cosas, puede advertirse que el eje principal del proceso, sobre el que gira toda la discusión y en lo que se va a decidir se relaciona con la probática y el Derecho Probatorio.

Así las cosas, desde un sentido etimológico podemos señalar que “prueba” presenta diversos contenidos, los cuales si no se determinan es difícil comprender su función en el proceso. “La palabra llegó al español del latín; en el cual, probatio, probationis, lo mismo que el verbo correspondiente (probo, probas, probare) viene de probus, que quiere decir bueno, recto, honrado” (Sentís, 1979, p. 33).

En esa línea, lo que resulta probado es correcto, podríamos decir que es auténtico, en otras palabras, que presenta relación con lo acontecido en la realidad.

La palabra <<prueba>> tiene un uso amplio en el mundo del saber y la práctica cotidiana. En casi todas las ciencias se aplica este concepto con una connotación más o menos similar. Inicialmente se construyó como forma de argumentación acerca de una idea o una propuesta explicativa, por ejemplo, un teorema; más tarde con la aparición del método inductivo se aplicó a los hechos, lo que modificó el significado del término <<prueba>> (Rivera, 2011, p. 27).

Dentro de este marco de ideas, la actividad de probar se relacionó a la demostración de un evento o fenómeno que se presenta en el plano real, determinando cada una de sus relaciones, causas, efectos y otros asuntos que se derivan del mismo. En efecto, cada uno de los individuos sin importar en el área de conocimiento en que se

encuentren debe probar sus planteamientos, hipótesis y tesis. Bajo esta fundamentación, “probar” significa convencerse y convencer a otros de la existencia o no de cierto fenómeno.

Probar es, pues, producir un estado de certidumbre en la mente de una o varias personas sobre la existencia o inexistencia de un hecho, o de la verdad o falsedad de una proposición. Puede decirse, también, que probar es evidenciar algo, o sea, lograr que nuestra mente lo perciba con la misma claridad con que los ojos ven las cosas materiales (Rivera, 2011, p. 27).

Con lo señalado podemos dar cuenta de la relevancia que presenta la prueba no solo en ámbito jurídico, sino también, para la realización de otras actividades, permitiendo diferenciar que construcciones teóricas permiten identificar cada agrupación de hechos que se suscitan en el plano real. Resulta ser una obviedad que al ingresar en el análisis de “prueba” dentro del ámbito jurídico, se presenta como obstáculo la multiplicidad de nociones del mismo.

Se usa, justamente, en el sentido de medio de prueba, o sea para designar los distintos elementos de juicio, producidos por las partes o diligenciados por el juez, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso (testigos, peritos, etc.) O, en segundo lugar, se asume como prueba la acción de probar; por ejemplo, al actor incumbe la prueba de los hechos por él afirmados: actor probat actionem. Finalmente, también se entiende por prueba el fenómeno psicológico producido en la mente y espíritu del juez, o sea la convicción o certeza acerca de la existencia de los hechos alegados y se dice que él probó sus alegatos o afirmaciones (Rivera, 2011, pp. 29 -30).

No es posible discutir la relevancia que presenta la prueba en el ordenamiento jurídico, debido a la misma, sin una construcción probatoria se estaría dejando todo el

asunto controvertido al capricho del juez, en otras palabras, se obstaculizaría la efectivización de los derechos subjetivos que atañen a cada individuo. En esa línea, el proceso justo, el desarrollo del derecho de defensa y otras garantías procesales serían imposibles de ejercitar sin un sistema de pruebas; lo que traería consigo gran inseguridad para la colectividad.

#### **2.2.4. Prueba electrónica**

##### **A. Consideraciones generales**

El aparato estatal ejerce la facultad punitiva teniendo en consideración las garantías procesales y derechos fundamentales consagrados, tanto en nuestra Carta Magna como en documentos internacionales, constituyendo presupuestos ineludibles en ámbito procesal y en la esfera de las diversas actuaciones que despliegan los órganos de estado.

Dicho esto, conviene mencionar el segundo protocolo adicional al Convenio sobre la ciberdelincuencia, relativo a la cooperación reforzada y la divulgación de pruebas electrónicas (2022), en el que se presenta una especial preocupación por implementar medidas adicionales para recabar de forma lícita las pruebas almacenadas en dispositivos electrónicos, contribuyendo a cerrar vacíos de punición.

Bajo esa fundamentación, Smolianski (2021) menciona lo siguiente: “La relación entre la legitimidad de las normas y el bloque constitucional-convencional y la efectividad de esta y de las normas que la ponen en acto se encuentra en la génesis del paradigma garantista” (p. 329). Siendo así, en los contornos del “proceso penal” entendido como instrumento que se dirige a la búsqueda de la verdad, no es posible imponer una sanción de esta naturaleza a determinado individuo, si es que antes no se arribó a la misma a través de la vigencia y cumplimiento del debido proceso, otorgando respeto por cada uno de los derechos que atañen al investigado y con la contribución probatoria que ha sido

introducida por ambas partes procesales para determinar la verdad o falsedad de un evento suscitado en el plano fáctico.

Por eso, defender ámbitos en los que el poder se encuentre estrictamente limitado y su expresión positiva se manifieste a través de reglas específicas supone en sí ya una forma de garantía, entendida como una herramienta o instrumento que asegure el ejercicio de los derechos individuales (Smolianski, 2021, p. 330).

En tal sentido, realizar una investigación adecuada de eventos que revisten importancia para el derecho penal suscitados en canales informáticos y con el uso de herramientas tecnológicas constituye un presupuesto relevante para arribar a resultados que revistan legitimidad en un “Estado de derecho”, por ello, el aparato estatal debe adoptar ciertos lineamientos normativos dirigidos a garantizar el respeto por las garantías procesales y derechos fundamentales.

Los problemas que se presentan con la aplicación diaria de la tecnología por parte de los individuos, así también de los materiales y canales de esta naturaleza, representan una de las motivaciones que nos han conducido a realizar la presente investigación, debido a que la persecución realizada para determinar responsabilidades en relación con los fenómenos criminales que se suscitan a través de redes informáticas constituye actualmente uno de los puntos frágiles que encierra nuestro sistema penal, a través del cual se permite que los delincuentes ingresen con gran facilidad con la ayuda de un ordenador y transgredan el ámbito de libertad que corresponde a otra persona, cabe señalar que, con estas actuaciones, no solo se lesiona a personas adultas, sino también a niños niñas y adolescentes, en ellos se soslayan bienes jurídicos protegidos.

En el presente caso, nos preocupamos por la investigación del evento criminal y la sanción de quienes intervienen en él, dirigiendo nuestros esfuerzos hacia la aplicación de la tecnología como herramienta beneficiosa para el proceso penal, es decir, contribuirá

al recabar elementos de prueba e incorporarlos al proceso penal, respetando para ello cada uno de los límites y presupuestos que se han establecido en este cuerpo normativo.

En función a las consideraciones antes aludidas, el conjunto de garantías procesales y derechos fundamentales que ha sido consagrado a nivel nacional e internacional encierra también el debido proceso que se aplica en estos contornos, y en especial a la forma de contribuir con información que incidirá en algún sentido dentro del proceso penal para sustentar una acusación y eventual condena.

“Además todo este colosal caudal de información del que hoy disponemos se encuentra mediado a través de dispositivos electrónicos, al cual accedemos para consultar y a la vez suministramos información personal para poder interactuar” (Sueiro, 2018, p. 203)

Ahora bien, como se sabe las comunicaciones e intercambio de mensajes que llevan a cabo distintos individuos diariamente, y para dicho proceso utilizan instrumentos tecnológicos y canales informáticos, forman parte de la esfera privada, encontrándose fundadas normativamente en la Carta Magna y los documentos supra nacionales dirigidos a tutelar distintos ámbitos en los que se desarrolla el individuo.

Por ello, surge desde la literatura especializada un primer obstáculo (que no permitirá arribar a conclusiones plausibles), y este se encuentra en la interceptación de comunicaciones y la obtención de las mismas, bien sea de la información en sí o de ciertos datos contenidos en ordenadores u otros instrumentos tecnológicos, la misma deberá presentarse con la autorización judicial de quien es competente, o de lo contrario, se estarían quebrantando los derechos fundamentales que atañen a todo individuo en el sistema social.

Así las cosas, a nivel global se ha querido proteger el ámbito privado de cada una de las personas, en el que se permite el despliegue diario de sus actividades (siempre y

cuando no lesionen la esfera de un tercero) no pudiendo ser cuestionado, ni mucho menos, sufrir intromisiones por parte de otras personas, salvo, que se trate de una transgresión a la moral, orden público o bien jurídico protegido, alterando con ello la tranquilidad y equilibrio de la colectividad. Así mismo, bajo una perspectiva amplia del derecho a la intimidad, nos encontramos ante la prohibición de transgredir de forma arbitraria la esfera privada y familiar de los individuos, esgrimiéndose dentro de este ámbito una tutela particular ante ataques que pueden producirse a su “honor”.

Como ya se ha mencionado en líneas precedentes la nueva criminalidad desarrollada a través de la tecnología genera dificultades y gran preocupación en los diversos contornos de la sociedad, más aún, cuando se ha podido observar que los contactos diarios que realizan los individuos están ligados a instrumentos de esta naturaleza (teléfonos celulares, computadoras, redes sociales, aplicaciones, canales informáticos, ordenadores, entre otros), que de cierta forma contribuyen al proceso de evolución y permiten la concreción de diversas actividades dentro del ámbito familiar, social, amoroso, académico, entre etc., cuestión que es ampliamente conocida por quienes de alguna forma se aproximan al tema en cuestión.

Por otro lado, conviene señalar que la ciberdelincuencia ataca de forma directa bienes jurídicos protegidos, constituyéndose como un “reto” en el presente y de cara al futuro para el derecho penal que debe lidiar con aquellas comunicaciones lesivas derivadas de los ámbitos ya señalados.

Los problemas para perseguir aquellos eventos criminales suscitados dentro de este radio de acción son de sobra conocidos, por ello, lo importante es reflexionar inicialmente en las medidas que deben adoptarse para contener aquella comunicación antijurídica desarrollada desde un origen desconocido y con un individuo que utiliza el “anonimato” para sortear los brazos de la justicia y del poder punitivo.

En esa línea, se debe generar un clima de colaboración transnacional a través del cual se sitúe sobre el tablero las preocupaciones constantes que presentan los ordenamientos a nivel global para combatir estos nuevos fenómenos criminales, que procuran afectar no solo a adultos, sino también, a niños, niñas y adolescentes, quienes se encuentran en una situación peligrosa cuando manipulan herramientas tecnológicas o ingresan en aplicaciones que muchas veces desconocen, a través de las cuales pueden establecer determinados contactos dirigidos a la lesión de su esfera de “libertad e indemnidad sexual”, cuestión que aquí abordamos y en relación con la cual intentamos ofrecer propuestas de solución que sean aplicables a los casos originados dentro de estos contornos.

Para quien decida iniciar una investigación dirigida a identificar a la persona que ha intervenido en un evento que reviste importancia para el derecho penal (delito de *grooming*), resultará ampliamente dificultoso establecer el origen de aquella comunicación establecida un menor de edad y otra persona con el fin de “solicitarle” material pornográfico o posteriormente concretar un evento sexual, a esto se suma, los problemas de colaboración estatal, pues algunos ordenamientos no se muestran decididos a coadyuvar en este proceso, lo que trae consigo la generación de un amplio radio de “impunidad”, que es utilizado por los delincuentes informáticos para concretar con muchísima más frecuencia este tipo de intromisiones.

La tecnología constituye un fenómeno cambiante, que encierra aspectos positivos y a la vez frágiles, al constituirse como una herramienta novedosa en el uso de la interacción persona y cotidiana, su regulación aún se encuentra en proceso, lo que genera otros problemas, por un lado, su extraordinaria velocidad a incidido en gran medida dentro de la convivencia humana, por ello, su regulación no solo en ámbito penal debería hacerse efectiva y de forma inmediata, entendiendo que cuanto menor radio de acción se



le otorgue a quienes utilizan estos instrumentos para cometer delitos, se estaría otorgando mayor eficacia en la prevención de los mismos.

Se ha visto en diversas oportunidades dentro del ámbito penal que la labor de prevención no llega a ejecutarse adecuadamente, o se muestra como un mecanismo insuficiente para encontrar resultados plausibles, así también, eficaces para atacar las nuevas formas de criminalidad. No basta solo con utilizar estrategias normativas dirigidas a prevenir y mitigar los riesgos que se desprenden de las tecnologías e informática, además, es prudente entender que los cambios deben orientarse tanto al ámbito sustantivo, procesal y probatorio, solo así, se otorgará solidez y legitimidad a la intervención punitiva que despliega el aparato estatal, encaminada ahora no solo a la prevención y mitigación de riesgos que se producen en canales informáticos y con el uso de herramientas tecnológicas, sino también, se efectuará un proceso penal respetuoso de las garantías procesales y derechos fundamentales, encaminado a la búsqueda de la verdad, y para ello, necesitará de aportes probatorios como la prueba electrónica que será incorporada a este ámbito con el respeto y plena vigencia de los límites que han sido establecidos a nivel legislativo, doctrinario y jurisprudencial.

Desde nuestra postura los eventos criminales suscitados en ámbito informático y tecnológico orientan una particular incertidumbre en relación con las esferas individuales que han de protegerse, así también, sus implicancias se pueden observar en distintos sectores partiendo desde los contornos de interacción personal que llevan a cabo cotidianamente los individuos como parte de su naturaleza, sin embargo, no se podrá encontrar una solución a la situación problemática que abordamos si se adoptan “criterios excesivos de punición”, soslayando con ello cada una de las garantías y derechos que forman parte del individuo. Bajo esa fundamentación, si bien, se intenta perseguir un enemigo silencioso, anónimo, cambiante y que despliega sus actividades a ritmos

inesperados, no es posible transgredir aquellos ámbitos protegidos por el derecho como la privacidad.

## **B. Definición**

Desde la literatura especializada se han previsto diversas terminologías dirigidas a englobar aquella información que descansa dentro de un medio electrónico o se despliega a través de canales informáticos, conociéndosele como: Prueba en formato Digital, Prueba informática, Prueba Electrónica, sin embargo, esta última denominación ha recibido mayor consenso desde doctrina.

Delgado (como se citó en Espinoza, 2022) refiriéndose a la prueba electrónica señala lo siguiente:

Toda información de valor probatorio contenida en un medio electrónico o transmitido por dicho medio. En esta definición cabe destacar los siguientes elementos:

- i. Se refiere a cualquier clase de información.
- ii. Ha de ser producida, almacenada o transmitida por medios electrónicos.
- iii. Pueda tener efectos para acreditar hechos en el proceso abierto en cualquier orden jurisdiccional.

Téngase en cuenta que, en el ámbito penal, puede servir para la investigación de todo tipo de infracciones penales y no solamente para los denominados delitos informáticos (pp. 40-43).

La sociedad contemporánea presenta como particularidad la transformación que se deriva de la tecnología y ciencia, advirtiéndose que los instrumentos tecnológicos han evolucionado hasta convertirse en parte importante del individuo en el desarrollo de sus contactos habituales ante la colectividad.

Sin lugar a dudas la sociedad del siglo XXI se encuentra definida y caracterizada por el avance de las tecnologías de la información y comunicación (TIC), y como ellas han modificado cada una de las actividades culturales que la comunidad realiza y despliega diariamente, influyendo así en la política, la economía, la sociología, la medicina, la biónica, la genética, la neurociencia, el derecho, la relaciones exteriores, la diplomacia, el protocolo y ceremonial, las comunicaciones, la educación, la pedagogía, los servicios de transporte, la pintura, la música, etc. (Sueiro, 2018, p. 195).

En tal sentido, como se ha venido sosteniendo, perseguir y castigar las conductas antinormativas que se desarrollan a través de canales informáticos (aplicando para su realización instrumentos tecnológicos) constituye una labor ardua y muchas veces podría resultar hasta imposible de concretar si no se tiene a la mano herramientas probatorias idóneas para atender estos fenómenos criminales, permitiéndonos recabar la información y datos necesarios que contribuyan a identificar a la persona que interviene en estos eventos criminales, así también, el origen de la comunicación que se efectúa a través de un aparato electrónico y otros factores sumamente importantes para determinar su responsabilidad.

En habidas cuentas, la prueba electrónica presenta una “naturaleza” distinta a la de la prueba física, puede transformarse de manera instantánea, alterarse y hasta suprimirse, cuestión que resulta preocupante al momento de perseguir a un delincuente que ha intervenido concretando un delito a través de redes informáticas, debido a que si este individuo tiene a la mano todos los medios probatorios que pudieran incriminarlo en solo segundos podrá eliminar toda la información contenida en cierto dispositivo tecnológico, que puede ser un teléfono celular, una computadora, tablet, entre otros más.

En la nueva era digital difícilmente una actividad realizada por un ciudadano no queda registrada o almacenada en un servidor o data Center, a la espera de ser utilizada algún día por una autoridad estatal o empresa privada cuando la información sobre ese sujeto o persona sea requerida o demandada.

Por ello, resulta indispensable analizar, investigar y ahondar como las nuevas tecnologías de la informática y la comunicación (TIC's) han impactado en la vigilancia y control de las poblaciones (Sueiro, 2018, p. 205).

En relación con lo que acabamos de señalar, se advierte actualmente una relación intensa entre individuo y tecnología, en gran porcentaje las actividades que despliega se encuentran ligadas a instrumentos informáticos, a través de los cuales logra obtener mejores resultados e incluso abarca a interrelacionarse con otras personas a nivel global, cuestión que no era posible hace unas décadas.

### **C. Características**

En nuestros días la sociedad está siendo invadida por la influencia de la informática, alejarse de la misma resulta una actividad difícil de realizar, lo probable deberá ser que aprendamos a convivir con ella.

Siguiendo este orden de ideas, dentro de la interacción entre tecnología, individuo, sociedad y aparato estatal deben adoptarse lineamientos a través de los cuales se restrinja la posibilidad de afectación, porque como hemos señalado a través de estos instrumentos surgen riesgos y posibles afectaciones a bienes jurídicos protegidos.

Por otro lado, la nueva generación de jóvenes se adaptó de forma acelerada a estas herramientas, llegando a presentarse como instrumentos que aplican para interactuar con otros individuos (sin importar el lugar donde se encuentren, ni la hora, ni otros factores), así también, existen algunos adolescentes que pasan muchas horas frente al computador u otro dispositivo, descargan aplicaciones e intercambian “comunicaciones” a través de

redes sociales, las cuales mientras se mantengan dentro del riesgo permitido no interesarán al derecho penal.

El problema surge cuando a raíz de las comunicaciones que establecen estos jóvenes niños, niñas y demás menores de edad surgen posibles afectaciones como en el “delito de *grooming*” en el que se manifiestan proposiciones a menores de edad con el propósito de obtener material de contenido sexual; y también, de concretar un acto íntimo con ellos.

La mayoría de instrumentos que utilizamos cotidianamente están ligados a la tecnología; por ello, es importante establecer en el ámbito jurídico las implicancias que esta presenta para la colectividad; y, en particular, para el derecho penal que se va a efectivizar a través del proceso penal, en el que surgen dificultades para demostrar una investigación adecuada de los eventos criminales (concretados en redes informáticas, y los que no se puede identificar ni el “sujeto” que la realiza, ni el origen desde donde se derivan las mismas), surgiendo como una alternativa político criminal y procesal la implementación de la “prueba electrónica” y “evidencias digitales” dirigidas a la realización de un proceso penal eficaz, pero sobre todo, que garantice el respeto por la vigencia de los “derechos fundamentales” y las garantías procesales.

Ahora bien, hasta el momento hemos tratado de aproximarnos desde el ámbito teórico hacia la “prueba digital”, corresponde en esta parte describir las particularidades que ostenta la misma, a través de las cuales surgen una diferenciación con la “prueba documental”.

Bajo esa fundamentación, como primer rasgo característico encontramos que es “volátil”, por ello, si no se adoptan las estrategias suficientes e idóneos para tutelar esta esfera (el contenido que se encuentra en los dispositivos electrónicos) puede correr la suerte de ser suprimida o eliminada, de esta primera característica deriva la necesidad de

actuar con urgencia para recabar la “evidencia digital” que coadyuve a determinar responsabilidades e identificar a quienes han intervenido en el evento delictivo que se investiga. Dentro de este ámbito, la prueba electrónica se encuentra en situación de vulnerabilidad porque como sucede en el uso de aplicaciones o redes sociales, en cuestión de segundos se puede eliminar todo el material que ha contribuido en la afectación de bienes jurídicos protegidos.

Por otro lado, se advierte como otra de sus características que es “alterable”, es decir, al encontrarse en un dispositivo informático que haya generado o creado información o datos sobre determinado actuar del individuo, puede sufrir la alteración de todo lo que almacena, la misma que al ser constatada no debería ser incorporada en el contexto del proceso penal.

Ahora bien, para poder constatar esta situación será posible necesario aplicar un “peritaje informático”, así también, es prudente señalar como otra de sus características que es “duplicable”, con esta particularidad se pone de relieve que el contenido que descansa en determinado dispositivo puede ser reproducido de manera “ilimitada”, realizando una copia del mismo, siempre y cuando se vigile esta actividad; y, sumado a ello, se proteja ante posibles modificaciones que puedan realizarse al duplicarlo. Por ello, “es sumamente relevante que se incorporen reglamentos en la cadena de custodia para los dispositivos electrónicos, así también como la cadena de custodia digital de los contenidos” (Espinoza, 2022, p. 136).

A las particularidades que hemos aludido se suma otra, en la que notamos que la “prueba digital” puede ser “eliminable”, esta característica se asocia a la primera que hemos comentado (volátil), en la que se hace referencia a los peligros que encierra, pudiendo ser suprimida del dispositivo electrónico de forma instantánea, cabe precisar,

que para concretar esta actividad (supresión) no solo puede eliminarse el “contenido”, sino también el “dispositivo”.

Finalmente, encontramos como otra característica que es “vulneratoria”, dentro de este ámbito se advierten las implicancias de su obtención en el ámbito de los derechos fundamentales del individuo; debiendo mencionar en este contexto, que un derecho penal que se precie de ser legítimo y que contribuya a alcanzar la justicia en un “Estado democrático de derecho” necesita priorizar el respeto por la vigencia de los derechos fundamentales y las garantías procesales, con ello, se trata de explicar que no es posible admitir la incorporación de una prueba electrónica que ha vulnerado el contenido esencial de los derechos fundamentales, requiriendo como presupuesto para su incorporación en ámbito procesal penal la aplicación de medidas o autorización judicial para que en un futuro durante el desarrollo del proceso no sea declarada como “prueba prohibida”.

#### **2.2.5. Prueba electrónica en el delito de *grooming***

La mutación tecnológica genera cierta inseguridad en quienes se encuentran en contacto con ella, situando en un lugar menos favorable a niños, niñas y adolescentes, quienes lamentablemente se encuentran expuestos a los peligros que encierra la red informática, en la que también navegan “depredadores sexuales”, que destinan cada uno de sus esfuerzos a lesionar la “esfera de libertad e indemnidad sexual”, aprovechándose de la creación de perfiles falsos, con los cuales logran establecer gran interrelación con menores de edad, propiciando con ello las transgresiones antes señaladas.

El problema se presenta al tratar de indagar y buscar contribuciones probatorias sobre la realización de una conducta criminal desarrollada en redes informáticas, a través de la cual, si soslayó el ámbito de libertad e indemnidad sexual, presentándose como una propuesta de solución al debate: La “prueba electrónica”, que representa un medio idóneo

para favorecer con mayores luces en relación con la responsabilidad de una persona dentro del proceso penal.

De la literatura especializada, se advierte que la prueba electrónica es totalmente cambiante, además, se encuentra expuesta a intromisiones de parte de especialistas en el ámbito de la informática.

La razón de ello tal vez se deba a su origen en sí mismo. Más precisamente, por tratarse de información almacenadas en soportes electrónicos, donde su conductor o vehículo es la electricidad, y su traducción se realiza por medio de una interfaz de lenguajes, como el código binario en principio, hasta que aparece representado como texto, imagen, video, en las pantallas de los dispositivos digitales (Sueiro, 2018, p. 161).

En consecuencia, nos encontramos ante datos e información contenida en dispositivos electrónicos, los mismos que no podrán ser utilizados sin un elemento importante “electricidad”, a través del fluido eléctrico se puede visualizar en el dispositivo diversos aportes que serán relevantes dentro del contexto descrito. Ahora bien, la información y datos que se encuentran dentro de estos aparatos presenta determinados “códigos”, algunos de ellos fáciles de interpretar y otros no tanto, lo cierto es que otra de sus características es la “intangibilidad”, es decir, la información contenida dentro de los mismos no es corpórea.

En todo caso lo corpóreo, material o tangible son los dispositivos de almacenamiento como pueden serlo las computadoras de escritorio (PC) o portátiles como Notebooks, Netbooks, Ultrabooks, las tablets, los teléfonos celulares inteligentes (Smartphones), las tarjetas de memoria, los Pendrive, los discos rígidos extraíbles, los soportes ópticos (CD, DVD, Blu-ray), etc. (Sueiro, 2018, p. 162).



Los eventos criminales desarrollados en contornos digitales necesitan de una investigación adecuada y coherente con las garantías procesales y derechos fundamentales contenidos en la Carta Magna y documentos internacionales. Así también, son ampliamente conocidos los obstáculos que surgen al tratar de lidiar con quienes intervienen de forma anónima en redes informáticas (utilizando para perpetrar sus contactos lesivos instrumentos tecnológicos) y que ocasiona como resultado afectaciones a determinados bienes jurídicos protegidos, de los que resaltan la insuficiencia probatoria y las falencias de regulación a nivel global para llevar a cabo un proceso de investigación apegado a los lineamientos defendidos por el sistema procesal penal acusatorio garantista.

Se denomina prueba electrónica seguro a la información que se encuentra en cualquier formato que sea legible y/o reproducible a través de medios electrónicos y mediante la cual se pretende probar un determinado hecho en materia de controversia judicial. Este tipo de prueba puede estar configurada en diversos formatos y para su reproducción o lectura es indispensable contar con un dispositivo electrónico que descifre el contenido, es decir, que lo haga comprensible para los sentidos humanos. Asimismo, el contenido puede haberse generado en un dispositivo electrónico, convertido a algún formato o almacenado con la finalidad de su mejor manejo y transporte (Espinoza, 2022, p. 128).

Si bien, existe un gran sector en la literatura científica inclinado por sostener que el “derecho procesal” ostenta rasgos ideológicos, permitiendo determinar los lineamientos que persigue el aparato estatal, sin embargo, no podemos decir lo mismo de la prueba. En esa línea, en la doctrina procesal se ha mencionado que la relevancia de la prueba no descansa tan solo en el ámbito ideológico, al contrario, se encamina hacia más allá de sus contornos llegando a ser relevante en la esfera fáctica, es decir, en relación con lo que acontece en la realidad. Así las cosas, la prueba surge dentro de los parámetros

procesales como una suerte de herramienta que posibilita al juez entrar en contacto directo con los hechos materia de debate.

Pero la información que es la evidencia digital o prueba informática que se requiere, no es otra cosa que información codificada en diversos lenguajes informáticos, se utiliza como vehículo conductor a la electricidad, y que se aloja o almacena en dispositivos electrónicos (Sueiro, 2018, p. 162).

En relación con lo mencionado, la prueba electrónica contenida en dispositivos de esta naturaleza, va a permitir el juez verificar cada una de las afirmaciones que han realizado las partes procesales en relación al intervención delictiva desplegada por un sujeto a través de canales informáticos o con el uso de instrumentos tecnológicos y como resultado de esta actuación se ha lesionado determinados bienes jurídicos protegidos, por ello, será el juez quien luego de valorar el aporte probatorio electrónico determinará si dicha conducta es merecedora de una pena.

Será prueba electrónica siempre y cuando se encuentre contenida en un soporte de almacenamiento electrónico, en ese sentido, no pueden considerarse como tal, por ejemplo, la impresión de capturas de pantalla o la transcripción o impresión gráfica de dicha información. En este caso la prueba electrónica se convertirá en prueba documental (Espinoza, 2022, p. 128).

Ahora bien, conviene señalar que en nuestro ordenamiento el cuerpo normativo procesal no hace referencia a la prueba digital o electrónica de forma taxativa, sino que la clasifica como prueba documental a través del artículo 185 del CPP. En efecto, como se ha podido advertir, la prueba bajo comentario presenta como particularidad el uso de dispositivos tecnológicos que permiten encontrar mayores luces de los eventos suscitados por medio de redes informáticas.

El uso de la tecnología es indispensable en este tipo de pruebas modernas (prueba electrónica). Pese a esto en el Perú no es considerada como un medio independiente, sino como prueba documental, debido al amplio significado del documento, que incluye al documento electrónico. En la actualidad se debate si es necesaria una reforma a la norma procesal, con la finalidad de que se independice este medio de prueba, o si basta con la actual norma que la considera como documento (Espinoza, 2022, pp. 128-129).

Como se ha mencionado, en la literatura especializada la tecnología constituye el presupuesto ineludible en la prueba electrónica, aún con ello, nuestro legislador no se ha inclinado por establecer un precepto normativo en concreto que dé cuenta de la posibilidad (en ámbito procesal) de incorporar este tipo de “elementos probatorios”, únicamente ha creído conveniente sostener que la misma se encuentra dentro de la prueba documental, cuestión que acrecienta el debate.

A diario se presentan como prueba diversos contenidos en soportes electrónicos de almacenamiento, como USB, discos compactos, memorias externas, CPU, cámaras fotográficas, videograbadoras, grabadoras de audio, cámaras espía, GPS, drones, teléfonos celulares, computadoras, tablet, etc. Por lo que es necesaria la constante capacitación de los operadores del sistema de justicia, sobre la prueba electrónica en los diversos procesos judiciales (Espinoza, 2022, p. 130).

Al respecto, es prudente mencionar que la prueba electrónica contiene datos e información sobre determinados eventos, por ello, va a contribuir a otorgar mejores luces en el juez en relación al suceso criminal acontecido en vías informáticas, ahora bien, una de sus particularidades como hemos señalado se encuentra en el “lenguaje binario” que aplica, el cual solo será leído por una persona especializada para poder transformar la información cifrada en un texto que es entendible para todos; el mismo que se podrá

apreciar a través de otro instrumento tecnológico; con ello, se diferencia de la prueba documental que se introduce en el proceso penal a través de un papel. Esta cuestión no ha sido tomada en cuenta por el legislador nacional, que ha creído conveniente introducirla como “prueba documental” en el proceso penal, conteniéndose la realización del actuar humano dentro de un documento, sin embargo, como hemos podido advertir la “Prueba electrónica” encierra otras particularidades que la alejan de la prueba tradicional, dentro de las cuales también encontramos a los instrumentos tecnológicos como factores ineludibles que van a contribuir a recabar, producir y reproducir la misma, necesitando de especialistas (peritos informáticos) para poder llevar a cabo con solvencia y eficacia cada una de las actividades antes descritas, o de lo contrario, la información sobre la comisión del evento delictivo que se encuentra almacenada en dispositivo electrónico, podría sufrir interpretaciones erróneas, alteraciones o lo que es peor, corre el riesgo de ser eliminada en cuestión de segundos.

#### **2.2.6. Dispositivos de generación y almacenamiento**

“Los dispositivos de generación o creación son aquellos aparatos electrónicos que generan diversos formatos digitales, como Videos, fotos, documentos, etc.” (Espinoza, 2022, p. 130).

Es importante establecer en esta parte los dispositivos en cuestión, porque cada uno de ellos generará datos e información sobre las actuaciones y demás comunicaciones que se desarrollen a través de los mismos, presentando especial relevancia para el tópico en cuestión, cuando se trate de una averiguación en el proceso penal (por la presunta intervención de un individuo que a través de canales informáticos afectó determinado bien jurídico protegido).

Bajo esa fundamentación, es importante tener en cuenta que durante las últimas décadas estas herramientas vienen siendo utilizadas con enorme frecuencia; a tal punto,

que se han convertido en herramientas idóneas para desplegar diversas funciones en el sistema social, así, encontramos que algunos individuos los utilizan para desarrollar actividades laborales, otros, en ámbito familiar y social, logrando establecer vínculos, comunicaciones, relacionándose con otras personas que residen en espacios lejanos de nuestro planeta, cuestión que no podía realizarse tiempo atrás.

Dentro de este marco, la tecnología ha coadyuvado tendiendo puentes, canales y vías para acelerar determinado proceso; encontrándonos también a quienes deciden desarrollar contratos con otras personas a través de medios electrónicos, a individuos que difunden noticias a través de canales informáticos (utilizando para ello estos dispositivos), entre muchos otros fines que pueden aplicarse dentro de estos contornos.

Por otro lado, encontramos a los dispositivos de almacenamiento, “son aquellos dispositivos electrónicos que almacenan o transportan la información electrónica generada en otro dispositivo o en este mismo” (Espinoza, 2022, p. 130).

Ahora bien, para interpretar, analizar, describir e incorporar en el momento pertinente prueba electrónica será necesario contar con una persona especializada en la misma, quien podrá ingresar al “dispositivo” (teléfono celular, grabadora de voz, cámaras ocultas y otros más) para recoger la información que ahí se encuentra almacenada, procurando que este proceso se realice de forma adecuada, de tal manera, que no se altere la verdad durante la investigación de cierto evento criminal como el tipo penal de *grooming*.

Los dispositivos que generan, contienen o almacenan información de sonido, imagen, video, documentos, entre otros contenidos relevantes para contribuir a otorgar mejores luces en ámbito procesal penal. Así las cosas, como hemos apreciado con el surgimiento y evolución de la tecnología (y de los instrumentos que proporciona) han ido mutando y seguirán en este proceso dicho dispositivos, por ello, es necesario que a medida

que surgen nuevas herramientas diseñadas para desarrollar determinadas actividades-el aparato estatal advierte y augure-medidas de prevención dirigidas a contener los posibles riesgos que se producen contra bienes jurídicos protegidos.

### **2.2.7. Documento electrónico**

La tecnología se encuentra en constante evolución y genera gran cantidad de cambios para la colectividad y el sistema social, algunos de ellos alientan y otros preocupan, en este último contexto se encuentra el aparato estatal que no puede contener aquellos eventos criminales concretados en circuitos informáticos (y para ello, han utilizado ciertos dispositivos), desconociéndose y surgiendo obstáculos al momento de identificar al individuo que ha intervenido en el mismo; sumándose a estas vicisitudes, se presenta otra situación crítica referente a la investigación y aporte probatorio que debe introducirse en el proceso penal para dar cuenta de la conducta lesiva que ha desplegado determinado individuo.

Con esto se advierte, que la tecnología si bien desempeña un papel fundamental en la sociedad contemporánea, puede constituir un grave peligro cuando su utilización es “desviada” hacia otro ámbito delictivo, en esos contornos aparece el aparato estatal destinado a ofrecer una respuesta que restablezca aquel orden quebrantado, de tal forma que comunique al “ciberdelincuente” que no existe posibilidad alguna de que el sistema social permita este tipo de actuaciones.

Dentro de este orden de ideas, hemos mencionado que el legislador se ha inclinado por hacer referencia brevemente a la “prueba electrónica” cuando sostiene que se trata de una prueba documental, pudiendo ser aportada a través de un documento o papel; sin embargo, ha descuidado una cuestión fundamental dentro de este ámbito y es aquella que se encuentra en las “particularidades” que presenta la prueba electrónica, en la que se va

a encontrar dispositivos que construyen datos e información digital, así también, otros que almacenan dentro de ellos la información.

Ahora bien, para ser incorporados en la esfera del proceso penal debe necesariamente producirse (desde un primer alcance) el análisis, codificación e interpretación del contenido mismo que solo se puede llevar a cabo por un especialista (Perito informático), corriendo el riesgo de que el contenido o el dispositivo se terminen eliminando o suprimiendo (de ahí se desprende la relevancia por ofrecer un análisis amplio de este tema discutible).

A modo de acercamiento tentativo, con estas primeras reflexiones buscamos conectar en esta parte con lo que se denomina “documento electrónico”, ideal para representar información y datos que se encuentran dentro de diversos formatos y dispositivos, los cuales solo podrán reproducirse con el uso de una herramienta tecnológica y de canales automatizados, constituyendo también este aspecto otro de los rasgos diferenciadores con la prueba documental que abordaremos más adelante.

Desde la literatura especializada, “el documento electrónico es aquella representación de lo antes mencionado, pero contenido en diversos formatos que solo pueden reproducirse mediante el uso de la tecnología, por ejemplo, documentos audiovisuales” (Espinoza, 2022, p. 132). En esa línea, el documento electrónico al estar almacenado en dispositivos informáticos puede ser incorporado luego del análisis pertinente en el contexto judicial, con lo cual se va a generar una representación de lo que ha desplegado en ámbito fáctico el individuo; en otras palabras, en el documento electrónico también se verá reflejado el actuar de quien ha intervenido en determinado evento con relevancia para el ámbito jurídico.

Durante líneas precedentes hemos podido ir señalando algunas pinceladas en relación con la “transformación” por la cual transita la sociedad contemporánea,

surgiendo como característica de la misma la evolución de las tecnologías de la información y la incidencia de las mismas en cada una de las actividades culturales que despliega la comunidad de forma cotidiana, introduciéndose en diversos contornos como política, economía, sociedad, llegando también hasta el ámbito jurídico; dentro del cual, surgen incertidumbres cuando-como consecuencia de la utilización de estas herramientas tecnológicas-se crean o superan parámetros previstos en nuestra sociedad, produciéndose como resultado afectaciones a bienes jurídicos protegidos.

En esa línea, es importante sostener que la sociedad si bien ha terminado por aceptar estos cambios y dejarse llevar hacia la transformación (porque las herramientas en muchas oportunidades le han resultado útiles para desempeñar diversos roles), sin embargo, se presenta especial preocupación cuando de los mismos se derivan peligros que sitúan en posición de “vulnerabilidad” a cualquier individuo sin distinción de edad, raza o género. Así, se advierte que cuando una persona decide atacar a través de las redes informáticas o establecer comunicaciones lesivas busca propiciar el contacto en menores de edad, y en otras personas que se encuentran vulnerables ante nuevas herramientas, de estos contactos surge también lo que se denomina “documento electrónico”.

Con otra aproximación teórica, se entiende que “este tipo de documento puede estar integrado por bits, generados mediante un computador o similar, o puede haber sido convertido a dichos formatos mediante la digitalización, (por ejemplo, un documento escaneado)” (Espinoza, 2022, p. 132).

Por las consideraciones que hemos aludido, es inimaginable pensar siquiera que nuestra sociedad pueda sobrevivir sin el uso de herramientas tecnológicas, su aplicación constante y diaria, sumándose a ella las incidencias que presenta en diversos sectores son ampliamente notorias, sin embargo, corresponde a cada individuo y en particular al aparato estatal establecer mecanismos que coadyuven a contener, prevenir y mitigar los



riesgos que se derivan de la misma; o de lo contrario, los resultados serán nefastos para toda la colectividad.

### **2.2.8. Obtención de la prueba electrónica a través de la lectura del dispositivo que lo contiene**

En la literatura especializada, se ha mencionado que en el proceso penal quien tiene la carga de la prueba es el “fiscal”, sin embargo, existe la posibilidad de que las partes procesales puedan también incorporar elementos probatorios que coadyuvarán a ofrecer un mejor acercamiento del evento que reviste importancia para el derecho penal.

Bajo esa fundamentación, es importante adoptar las herramientas y criterios idóneos para poder conservar y proteger la “prueba electrónica”, que como hemos mencionado corre el riesgo de ser suprimida y alterada. Con esto se advierte que los problemas no solo surgen al momento de incorporar la prueba en ámbito procesal penal; sino también, al obtenerla, pues dicha actividad debe realizarse sin transgredir “garantías procesales” ni “derechos fundamentales” que atañen a todo investigado.

Ante una noticia criminal, como una *fake news* que circula en las redes sociales o un caso de pornografía infantil, la autoridad policial o el ministerio público puede iniciar una investigación de oficio, incorporando como prueba dichos contenidos electrónicos. Se recomienda adoptar las medidas de conservación, como la cadena de custodia y acompañar con otros medios de prueba válidos (Espinoza, 2022, p. 141).

Así también, surge como presupuesto ineludible que la información a incorporar sea revisada, analizada y extraída por un área especializada, en la Policía Nacional del Perú se encuentra la “Divindat”, encargada de realizar diversas actividades en redes informáticas, a través de las cuales se propicia la prevención de eventos criminales como la pornografía infantil, fraudes informáticos, entre otros; y, en caso de advertirse la

comisión de un evento criminal dentro de los contornos tecnológicos se remitirá un informe pertinente a la fiscalía que sea competente.

“En cuanto a la obtención de la prueba portada por las partes o por un tercero, ya sea mediante visualización de redes sociales o de informe policial, se debe garantizar la conservación de la evidencia física y digital” (Espinoza, 2022, p. 143).

Ahora bien, frente a lo que acabamos de señalar, se suma otra forma de obtener información electrónica, y dentro de este ámbito se encuentra la “actuación de entidades o corporaciones” que desarrollan labores o actividades ligadas al uso de las redes sociales, las cuales al ser requeridas por autoridades competentes en nuestro ordenamiento jurídico deberán otorgar la información, datos y demás elementos que contribuyan a encaminar de la mejor manera posible la investigación en el proceso penal. Sin embargo, los datos y demás cuestiones relevantes que se obtengan con el auxilio de empresas o corporaciones deben garantizar la autenticidad, fiabilidad y protección de la misma, pues de nada servirá incorporar al proceso penal datos que incumplen lineamientos normativos vigentes en nuestro ordenamiento, pudiendo ser cuestionados más adelante por las partes procesales.

## **2.2.9. Estructura típica del delito**

### **2.2.9.1. El tipo objetivo**

#### ***a. Conducta típica***

“Se considera al delito de *grooming*, de mera actividad, atendiendo a que, el solo constatar la realización de la acción delictiva, es suficiente para considerar que se ha consumado el delito” (CINOSI, 2023, p. 261).

Así las cosas, se admitirá la punición de conductas activas, quedando fuera de aquel radio la omisión y configurándose de forma acumulativa dos actuaciones: Contactar y proponer.

### ***b. Sujeto activo***

El sujeto activo de un evento delictivo es aquella persona que efectúa materialmente la conducta descrita en el tipo penal. Siendo así, el artículo 5 de la Ley N.º 30096, menciona “el que (...)”, no exigiendo el tipo penal una particularidad, cualidad o condición, encontrándonos ante un sujeto activo indiferenciado.

### ***c. Sujeto pasivo***

El sujeto pasivo es quien ostenta la titularidad del bien jurídico tutelado por el aparato estatal, en el delito bajo estudio lo serán los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años y de dieciocho.

## **2.2.9.2. El tipo subjetivo**

### ***a. El dolo***

El tipo penal que estudiamos es de dolo directo, por ello, el autor debe conocer y representarse cada uno de los elementos típicos que forman parte del tipo objetivo, a esto se suma la voluntad de llevar a cabo tal actuación.

### ***b. Especiales elementos subjetivos del tipo***

En esta parte resulta importante dar cuenta de la existencia de tipos penales que requieren una finalidad ulterior específica, ¿cuál sería esa finalidad específica en este tipo penal? Una aproximación a tal respuesta vendría de la mano de que el sujeto activo procura contactar y proponer un encuentro con el fin y voluntad de obtener material pornográfico o proponerle llevar a cabo cualquier acto de connotación sexual.

## **2.3. Definición de Términos (Categorías y Subcategorías)**

**Libertad sexual.** En consecuencia, la libertad sexual no se enfoca desde un concepto puramente positivo. No se entiende como la facultad que permita a las personas a tener relaciones sexuales con todos, sino debe entenderse en un sentido negativo, por el

cual no puede obligarse a nadie a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad. (Salinas, 2016).

**Indemnidad sexual.** Se quiere reflejar en el interés en que determinadas personas consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad. A la hora de identificarse los perjuicios susceptibles de causarse, en relación con los menores se destacan las alteraciones que la confrontación sexual puede originar en el adecuado y normal desarrollo de su personalidad o, más específicamente, de su proceso de formación sexual o las perturbaciones de su desequilibrio psíquico derivadas de la incompreensión del comportamiento (Diez, 2000).

**Tipicidad objetiva en el delito de *grooming*.** El nuevo delito se configura a través de diversos supuestos delictivos: 1. Cuando el agente o autor de la conducta prohibida contacta o encuentra y conversa con un menor de 14 años de edad y le solicita material pornográfico. 2. Cuando el agente o autor de la conducta prohibida contacta o encuentra y conversa con un menor de 14 años de edad y sin solicitarlo necesariamente obtiene o recibe del menor material pornográfico. 3. Cuando el agente o autor de la conducta prohibida contacta o encuentra y conversa con un menor de 14 años de edad para realizar actividades sexuales con el menor. Aquí se entiende cualquier actividad sexual, pero diferente a los supuestos previstos en el artículo 173 del CP, pues en ese caso se tratará del delito de acceso carnal (Salinas, 2016).

**Bien jurídico protegido en el delito de *grooming*.** El bien jurídico que se pretende proteger con los comportamientos que en conjunto se denominan propuestas sexuales a menores de edad es la indemnidad sexual de los menores de 14 años de edad.

Asimismo, la libertad sexual y el pudor o decencia sexual de los mayores de 14 y menores de 18 años de edad (Salinas, 2016).

**Prueba.** En su sentido más estrictamente técnico-procesal, se puede anunciar la conceptualización de prueba como el conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez el conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual debe decidir. (Jauchen, 2017).

**Prueba electrónica.** El uso de la tecnología es indispensable en este tipo de pruebas modernas (prueba electrónica). Pese a esto en el Perú no es considerada como un medio independiente, sino como prueba documental, debido al amplio significado del documento, que incluye al documento electrónico. En la actualidad se debate si es necesaria una reforma a la norma procesal, con la finalidad de que se independice este medio de prueba, o si basta con la actual norma que la considera como documento (Espinoza, 2022).

**Documento electrónico.** “El documento electrónico es aquella representación de lo antes mencionado, pero contenido en diversos formatos que solo pueden reproducirse mediante el uso de la tecnología, por ejemplo, documentos audiovisuales” (Espinoza, 2022, p. 132).

**Delito de grooming.** De acuerdo con la clasificación de los ciberdelitos, nos encontramos ante un ciberdelito instrumento, dado que las TIC y sistemas de información serían el puente o instrumento facilitador del contacto entre víctima y victimario, no siendo el mismo sistema informático o la información el objeto material del delito (Vega & Arévalo, 2022, p. 296)

**Prueba documental.** La documental es otro medio de prueba, que se introduce mediante el documento, siendo este el objeto que materializa una actividad humana

significativa para el proceso. El pensamiento así plasmado constituye el contenido del documento, el cual es su objeto portador, pudiendo ser de las más diversas formas y especies: papeles escritos, dibujados o graficados, fotografías, filmaciones, discos, grabaciones magnetofónicas, muestras fotostáticas, esculturas, pinturas, murales, registro de télex o fax, diarios, informes, contraseñas, distintivos, emblemas, etcétera; en suma, cualquier objeto que contenga la representación de un hecho humano (Jauchen, 2017).

**Criminología.** Se ha encargado fundamentalmente de determinar las posibles causas de la criminalidad (la perspectiva etiológica), así como las diversas manifestaciones del delito como fenómeno empírico (características, regularidad, circunstancias, etc.) (Serrano, 2004).

**Política criminal.** En la política criminal pueden identificarse dos fines esenciales. Por un lado, esta disciplina apunta establecer la mejor forma de erradicar o disminuir la criminalidad (*Zweckrationalität*), teniendo en consideración factores como la severidad de la pena o la certeza del castigo. Por otra parte, la política criminal somete a valoración de los medios utilizados para la represión penal (*Wertrationalität*) desde el punto de vista del respeto las garantías jurídico-penales o también conocidos como principios políticos criminales (Silva, 1997).

## CAPÍTULO III

### SUPUESTOS Y CATEGORÍAS

#### 3.1. Supuesto General

Se presentan problemas y soluciones con la regulación normativa de la prueba electrónica y el delito de *grooming* en el derecho penal peruano.

#### 3.2. Supuestos Específicos

##### a) Supuesto específico 1

La regulación normativa del delito de *grooming* en el derecho penal peruano permite la persecución y castigo de quienes utilizan las tecnologías de la información y comunicación para solicitar material pornográfico de menores de edad.

##### b) Supuesto específico 2

La prueba electrónica coadyuva en la solución de problemas probatorios que surgen desde la etapa de investigación en los casos en que el agresor utiliza las redes informáticas para solicitar un encuentro sexual transgrediendo la indemnidad de menores de edad.

#### 3.3. Categorías de Análisis

##### Primera categoría

##### X. Delito de *Grooming*

##### Subcategoría

- Tutela penal de la indemnidad sexual de menores en contornos informáticos.
- Evolución de la tutela penal.
- Libertad sexual como bien jurídico.
- Evolución normativa del delito de *grooming*.

- Definición.
- Bien jurídico protegido.

### **Segunda categoría**

#### **Y. Prueba electrónica**

##### **Subcategoría**

- Consideraciones generales.
- Definición.
- Características.
- Prueba electrónica en el delito de *grooming*.
- Dispositivos de generación y almacenamiento.
- Documento electrónico.
- Obtención de la prueba electrónica a través de la lectura del dispositivo que lo contiene.



## CAPÍTULO IV

### METODOLOGÍA

#### 4.1. Diseño de Investigación

Desde un primer acercamiento se advierte que la “investigación científica” comprende una serie de reglas, procedimientos, técnicas y necesita además de la incorporación de instrumentos a través de los cuales pueda el tesista o quien se aventure a realizar esta emocionante labor arribar hacia resultados plausibles; y que, además, procuren fortalecer el debate sobre un determinado fenómeno u objeto.

Debemos mencionar, que en esta oportunidad presentamos un estudio jurídico formal o dogmático jurídico que presentará un enfoque cualitativo, describiendo, esgrimiendo y proponiendo fundamentos teóricos, filosóficos y epistemológicos que posibiliten un análisis del fenómeno abordado.

“Las investigaciones cualitativas se denominan también investigaciones etnográficas o comprensivas y emplean, por lo general, el método hermenéutico para analizar los datos que recogen” (Sánchez, 2018, p. 42).

En esa línea, procuraremos a través del presente análisis realizar una propuesta normativa o dogmática en relación con la incorporación en nuestro sistema procesal penal de la prueba electrónica y las evidencias digitales para perseguir de forma eficaz aquellos eventos delictivos que se producen en redes informáticas, salvaguardando las garantías procesales que atañen a todo investigado en el proceso penal por el “delito de *grooming*”.

Debemos tener presente que la investigación dogmática es eminentemente un trabajo documental, en el que se esgrimen una cadena de conceptos, juicios y argumentaciones que se validan a partir de su asentimiento o no con las reglas lógicas fundamentales que son decisivas para tener un criterio de verdad relativo. La validación de la hipótesis en esta investigación se desarrolla en el ámbito

conceptual (teórico), donde se comparan afirmaciones, argumentos, razonamientos para validar el verdadero (Sánchez, 2018, p. 59).

En función a lo antes mencionado, se postulará durante el desarrollo de esta investigación un trabajo documental, en el que iremos recabando cada una de las propuestas, construcciones teóricas y problemáticas; entre otras aproximaciones, dirigidas hacia el abordaje de este tópico. Siguiendo esta fundamentación, entendemos que en nuestros días se propician respuestas político criminales dirigidas a prevenir conductas lesivas que se despliegan a través de redes información y con la aplicación de instrumentos tecnológicos, cuestión que trae consigo diversos problemas, porque la regulación que se encuentra establecida en cada ordenamiento no ha previsto este tipo de situaciones riesgosas, presentándose ante el ciberdelincuente un campo ampliamente fértil para concretar sus actuaciones.

Lo cierto es que dentro de la tarea ardua a concretar por el aparato estatal surge la obligación de otorgar vigencia a las garantías constitucionales que rigen en un “Estado democrático de derecho”, las mismas que no pueden verse quebrantadas en el anhelo por encontrar eficacia en la persecución penal de eventos que se producen en el contexto informático. Precisamente, al estudio de estos tópicos se dedica el presente trabajo científico, sosteniendo con firmeza que la mejor garantía de eficacia que encierra el derecho penal se encuentra en el respeto de los derechos fundamentales, por ello, la transgresión de los mismos deslegitima su intervención, conduciendo a la creación de incertidumbre que en nada contribuye a cerrar las brechas de impunidad ante eventos lesivos producidos en circuitos informáticos.

Durante los últimos años, se ha podido evidenciar la mutación de la ciencia y tecnología, pilares importantes para el desarrollo de la sociedad y el aparato estatal, que contribuyen en gran medida con la colectividad al efectivizar, acelerar y dejar atrás los

obstáculos que en otros tiempos se presentaban y no permitían el cumplimiento de ciertos objetivos planteados por cada persona. Sin duda, esta nueva era implica un desafío importante para cada ordenamiento que procura otorgar seguridad, equilibrio y armonía a quienes se desarrollan dentro de él, por ello, es necesario diseñar estrategias, mecanismos y nuevos fundamentos que se orienten hacia la prevención y mitigación de riesgos derivados del uso de la tecnología y de los canales informáticos.

Dentro de este orden de ideas, ante el desarrollo generado a raíz de los avances tecnológicos surge un entorno problemático en el que vamos a encontrar el desarrollo de “riesgos” sin discriminación alguna, es decir, el individuo (niño, niña, joven, adolescente, adulto y anciano) que se encuentre utilizando o emitiendo comunicaciones a través de redes informáticas se encontrará ante un “contexto riesgoso” que tarde o temprano terminará afectándolo. Ante esta problemática, se requiere que el aparato estatal, operadores jurídicos, instituciones, y demás personas dediquen sus esfuerzos a contener aquellas comunicaciones lesivas que surgen en contextos informáticos y que terminan soslayando bienes jurídicos protegidos como la “indemnidad sexual de menores de edad”.

Cabe considerar, que decidimos aplicar un enfoque cualitativo del fenómeno que estudiamos porque nos va a permitir establecer y determinar cada una de las particularidades, naturaleza y demás aproximaciones teóricas que puedan surgir respecto a la prueba electrónica, evidencia digital y delito de *grooming*, asuntos que hoy a nivel normativo no han sido plasmados con claridad, orientándose hacia confusiones en los operadores jurídicos que diariamente analizan los mismos. Por ello, sostenemos que es importante construir nuevos fundamentos que posibiliten dar un gran salto en la labor de prevención de riesgos derivados del uso de la tecnología (o por medio de canales informáticos), alterando el sentido de paz en la comunidad.

En este enfoque se utiliza la recolección y análisis de datos, sin preocuparse demasiado de su cuantificación; la observación y la descripción de los fenómenos que se realizan, pero sin dar mucho énfasis a la medición. Las preguntas e hipótesis surgen como parte del proceso de investigación, no necesariamente al principio. Su propósito es reconstruir la realidad, descubrirlo, interpretarlo; por tanto, el método no es la verificación, la contrastación o falsación Popperiana, sino la comprensión, la interpretación o la hermenéutica (Ñaupas et al., 2018, p. 141).

Como acabamos de señalar, con el enfoque cualitativo se va a otorgar una nueva interpretación y redescubrimiento a los tópicos que situamos sobre el tapete, este proceso a realizar será “dinámico”, cuestión distinta a lo que ocurre en otro tipo de investigaciones científicas en las que se debe establecer un diseño “rígido”. En efecto, cuando se trata de estudio dogmático debe recurrirse necesariamente a la información que se encuentra en documentos, libros, revistas, monografías y demás investigaciones relacionadas a cada una de las categorías de estudio, posibilitando inicialmente el recojo de aproximaciones teóricas, describiendo, analizando y criticando cada una de ellas, para posteriormente contrastarla con otras argumentaciones científicas que versan en la literatura especializada y abordan este tema, validando cada una de ellas a partir de su coherencia con las reglas lógicas fundamentales.

Así también, es menester precisar que el diseño que aplicaremos en el desarrollo de nuestro trabajo científico es no experimental o *expost-facto*, pues como hemos señalado no se manipularán variables, al contrario, se buscará obtener mejores conocimientos científicos que abordan los tópicos: prueba electrónica, evidencias digitales y delito de *grooming*.

## **4.2. Tipo de investigación**

Habiendo precisado en líneas precedentes el diseño, la estructura o el plan que caminará el desarrollo de nuestro trabajo científico, en esta parte, es menester precisar que el tipo de investigación a desarrollar es básica, pura o fundamental, porque a raíz del estudio y análisis de este fenómeno se podrá obtener información, datos y conocimientos relevantes que contribuyan con el aparato estatal en la difícil labor que desarrollará para enfrentar conductas delictivas que no se encuentran reguladas, las cuales se presentan con mayor frecuencia en el sistema social que ocasiona a la colectividad gran preocupación, porque los instrumentos tecnológicos y vías informáticas en nuestros días están siendo utilizadas por cierto sector para poder concretar afectaciones a bienes jurídicos protegidos como la “indemnidad sexual de menores”. En efecto, este sector se ve más afectado porque existen personas que dirigen sus comunicaciones lesivas hacia la realización de propuestas de contenido sexual, utilizando para las mismas canales informáticos que no permiten identificar a quien las realiza; ni mucho menos, el lugar de origen que presentan.

Las propuestas legislativas siguen determinadas orientaciones político criminales y dogmáticas que procuran atender un fenómeno problemático en el sistema social y que altera la tranquilidad de la colectividad, sin embargo, aún no se ha previsto un tipo penal que fortalezca la lucha contra aquellas comunicaciones antinormativas, justamente, en ese ámbito orientaremos nuestro estudio.

La investigación dogmático-jurídica trabaja a base de las normas provenientes, de la legislación y la doctrina. Se trabaja con el derecho objetivo “puro” (no aplicado), por lo que su estudio es meramente teórico y se hace a base de abstracciones. En dichas abstracciones el investigador puede cuestionar las normas anticipándose a posibles supuestos, proponiendo la dación, modificación

o supresión de tales normas. Por ello también, gracias a estas abstracciones el investigador podrá proponer alternativas normativas a aplicarse en su medio (Sánchez, 2018, p. 60).

Con el desarrollo de nuestro estudio científico trataremos de proponer fundamentos dirigidos al análisis de la nueva criminalidad que se despliega en el espacio virtual, la misma que no presenta fronteras y abarca hasta lugares impensados. Dentro de esta situación problemática, debemos mencionar que la prevención de estos nuevos eventos criminales no puede concretarse con la cancelación o supresión del ingreso a “servidores” (esta opción se adoptó en otros ordenamientos en los que se impide que las personas puedan disfrutar de las ventajas del Internet), al contrario, consideramos que en un estado democrático de derecho esto no es posible, pues aun cuando encaminemos todos nuestros esfuerzos a la prevención y persecución de este tipo de comunicaciones no es posible suprimir o quebrantar la esfera de libertad personal; por ello, es prudente inclinarnos por la implementación de nuevos lineamientos normativos dirigidos a obstaculizar la impunidad que surge debido a las falencias del aparato estatal.

Es conveniente mencionar que Daza (2021), citando a Trahtemberg, refiere “las investigaciones de tipo propositiva presentan como particularidad que su punto de inicio es el “diagnóstico”; por ello, se van a determinar objetivos, estableciendo los procedimientos y canales adecuados para alcanzar los mismos” (p. 412). En tal sentido, procuraremos ofrecer una propuesta modificatoria e interpretativa de las normas jurídicas que abordan la Prueba electrónica, evidencias digitales y el delito de *grooming*, asuntos confusos que hasta el momento no reciben una aplicación idóneo y mayoritaria en relación con los eventos delictivos producidos en canales informáticos, por ello, como veníamos sosteniendo este tipo de investigaciones se pueden concretar a través de la

“investigación jurídico-dogmática” con la cual se postula una amplia indagación sobre determinado fenómeno a través de la realización de un trabajo documental.

#### **4.3. Población y Muestra**

Habíamos mencionado que este trabajo científico presenta un enfoque cualitativo, cuyo objeto se encuentra en las fuentes formales, a través de las cuales se va a poder encontrar las respuestas a las interrogantes planteadas, por ello, procuramos describir, estudiar e interpretar el ámbito jurídico, desplegando para ello conceptos y métodos.

#### **4.4. Proceso de muestreo**

En función a lo que acabamos de señalar, no es necesario realizar un proceso de muestreo por que la investigación dogmática representa únicamente un “trabajo documental”, través del cual se van esgrimir construcciones teóricas, análisis y argumentaciones que se contrastaran a través de la comparación de afirmaciones, propuestas y demás posturas para validar la que es verdadera. Así también, se seleccionará la muestra de tal forma que sea posible encontrar nuevos y mejores conocimientos científicos del asunto que abordamos.

#### **4.5. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos**

La investigación jurídico formal o dogmática se orienta hacia el estudio de la normativa contemporánea y de la evolución que se ha presentado en determinado ordenamiento jurídico para llegar a la misma, debiendo encontrar en las fuentes documentales los materiales necesarios quien caminen el desarrollo de su indagación científica hacia resultados idóneos.

Es prudente señalar quién es ese tipo de investigaciones surge una fuerte conexión entre lo que acontece en el plano fáctico y lo que ha previsto el legislador en la norma, por ello, es importante sentar las bases normativas correctas que permitan a entender

como en este caso el surgimiento de nuevos fenómenos criminales propiciados por la tecnología y desarrollados en contornos informáticos.

#### **a. Técnicas**

“Son un conjunto de normas y procedimientos para regular un determinado proceso y alcanzar un determinado objetivo” (Ñaupas et al., 2018, p. 273). Como bien se sostiene en la literatura especializada las técnicas constituyen una agrupación de normas dirigidas a encaminar el proceso investigativo, desde el momento en el que un individuo ha observado el fenómeno objeto problemático, hasta que ha podido llegar a la verificación de las hipótesis planteadas, por ello encierra un papel importante en cada indagación científica.

En el presente caso, aplicaremos como técnica el análisis de documentos a través del cual será posible obtener información ampliamente relevante que contribuya a fortalecer las premisas a proponer en relación con la prueba electrónica, evidencias digitales y el delito de *grooming*.

Asimismo, se aplicará una entrevista dirigida hacia operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados y profesores universitarios), quienes contribuirán a validar cada una de las premisas que postulamos.

#### **b. Instrumentos**

Ñaupas et al. (2018), citando a Valdivia: “Es cualquier medio concreto, tangible que permite recoger datos, en forma sistemática, ordenada según una intencionalidad prevista” (p. 273). En esa línea, los instrumentos se presentan como herramientas idóneas para recoger información y demás datos que contribuyan a alcanzar resultados deseados, los mismos que cuando sean revisados presenten coherencia y motivación, por ello, consideramos que es importante aplicar como instrumento las fichas de análisis bibliográfico, a través de las cuales, será posible recabar la información establecida en un



libro, revistas, investigaciones y otros documentos que abordan los tópicos mencionados, siguiendo para ello las reglas de APA séptima edición.

Así también, se aplicará una entrevista no estructurada, con la cual se podrán formular preguntas abiertas que aborden el tópico en cuestión, las cuales más adelante podrán ser discutidas y analizadas.

#### **4.6. Procesamiento y Análisis de Datos**

En esta oportunidad nos encontramos realizando un estudio jurídico formal o dogmático, el mismo que se orienta hacia el análisis de las fuentes formales; por ello, su “objeto” de estudio queda reducido hacia la norma jurídica, que va a constituirse como el presupuesto ineludible para resolver premisas y demás reflexiones que hemos establecido.

El procesamiento de datos es una actividad que se ejecuta luego de la recolección.

Se le considera como un procedimiento que se puede ejecutar en forma manual, mecánica o electrónica. Los instrumentos que contiene los datos constituyen la fuente para el inicio del procesamiento que básicamente comprende tres etapas: La revisión crítica, la construcción de la base de datos y el ordenamiento y reducción de los datos (Ñaupas et al., 2018, p. 420).

Luego de aplicar las fichas de análisis bibliográfico obtendremos como resultado amplias construcciones teóricas que se aproximan al análisis de la prueba electrónica, evidencias digitales y delito de *grooming*, las cuales deberán ser procesadas, descritas, sistematizadas y analizadas, para obtener más adelante resultados que constituyan “propuestas idóneas de solución” ante fenómenos delictivos suscitados en circuitos informáticos.

En tal sentido, como se ha venido sosteniendo, perseguir y castigar las conductas antinormativas que se desarrollan a través de canales informáticos (aplicando para su

realización instrumentos tecnológicos) constituye una labor ardua y muchas veces podría resultar hasta imposible de concretar si no se tiene a la mano herramientas probatorias idóneas para atender estos fenómenos criminales, permitiéndonos recabar la información y datos necesarios que contribuyan a identificar a la persona que interviene en estos eventos criminales, así también, el origen de la comunicación que se efectúa a través de un aparato electrónico y otros factores sumamente importantes para determinar su responsabilidad.

## CAPÍTULO V

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

#### 5.1. Descripción de las Averiguaciones Efectuadas en Ámbito Teórico y

##### Normativo

##### 5.1.1. Riesgo y reacción en la esfera digital delictiva. Especial referencia a la indemnidad sexual de los menores.

El surgimiento de nuevas herramientas tecnológicas ha contribuido en la alteración de ciertas esferas normales de convivencia, en la cual conviven individuos de toda edad, los cuales miran con gran sorpresa las mutaciones e implicancias dentro de diversos contextos (profesional, académico, cotidiano, social, familiar, entre otros más).

Siendo consecuentes con lo antes descrito, nos encontramos ante una nueva invitada la cual ha venido para acompañarnos durante muchos años en los diversos contactos que realicemos diariamente en sociedad.

En esa línea, estas herramientas en tiempos actuales han recibido gran acogida por lo que casi nadie se mantiene al margen de las mismas, las nuevas generaciones aprendieron con rapidez sobre su manejo y quienes aún se mantenían desconcertados y renuentes a su aplicación debieron amoldarse a estos requerimientos.

Así las cosas, la tecnología representa un componente relevante dentro de la convivencia social, proporciona ventajas para niños y jóvenes, quienes deciden diariamente ingresar dentro de sus canales y establecer distintos contactos, algunos relacionados con los contornos académicos, otros con lo sentimental, en fin existen diversas formas de uso por lo que no es posible establecer restricciones hacia estas herramientas, debiéndose mantener las mismas dentro del riesgo permitido.

Dicho esto, los jóvenes y niños que mantienen un contacto intenso con estas herramientas pueden experimentar conductas extrañas, violentas; o, lo que también es preocupante: Crear relaciones de dependencia entre individuo (niño, adolescente) y herramientas tecnológicas.

En habidas cuentas, niños, niñas y adolescentes se encuentran ante un grave peligro: Internet, en el que con facilidad pueden desarrollarse afectaciones a bienes jurídicos protegidos como la indemnidad sexual (Díaz, 2012).

Dentro de este marco de ideas, dentro de las redes informáticas encontramos navegando a niños, niñas, adolescentes, adultos y también a delincuentes sexuales que encuentran en la tecnología a su mejor aliado, pues no solo existen amplias facilidades para ingresar a sostener contactos dentro de este nuevo contexto; además, se sirven del “anonimato” para lograr evadir su responsabilidad y de la falta de “armonización legislativa” para encontrar respuestas oportunas del aparato estatal en la persecución y castigo de estas conductas.

Acabamos de describir un contexto en el cual se sitúa en una posición poco beneficiosa al menor, requiriéndose con urgencia de nuevos planteamientos para atender a la delincuencia informática que encuentra en la tecnología a su mejor complemento.

Dentro de las consideraciones teóricas que hemos encontrado se advierten tres contextos en los cuales internet funciona como la vía menos costosa y más provechosa para atentar contra la esfera de libertad e indemnidad sexual (Elliot & Beech, 2009) refieren lo siguientes:

- (i) Cuando se utiliza la tecnología para divulgar imágenes en un contexto personal o comercial;
- (ii) al intentar crear lazos con otras personas que presentan atracción sexual por los menores;
- (iii) Establecer una comunicación sexual inapropiada con los menores o ubicarlos para efectuar abusos sexuales (pp. 180-193).

Como ha podido advertirse a lo largo de este trabajo, dirigimos nuestro análisis hacia el tercer contexto, en el que nos encontramos ante un delincuente sexual que intenta establecer comunicaciones con menores utilizando las ventajas proporcionadas por la tecnología. Ante esta situación corresponde preguntarnos ¿qué medidas de prevención y represión han adoptado los ordenamientos jurídicos a nivel global para contener esta delincuencia con ciertas particularidades? Sobre esta cuestión, encontramos un primer esfuerzo por contrarrestar aquellas comunicaciones con contenido sexual y producidas por redes informáticas, el mismo que se materializó el 25 de octubre del 2007 en el Convenio del Consejo de Europa sobre la Protección de niños contra la explotación sexual y el abuso sexual, su implementación se debió al crecimiento de casos en los cuales se vulneraba la esfera de indemnidad sexual de menores utilizando para ello nuevas tecnologías y aquellos contornos en los cuales se propiciaba la intervención de pedófilos.

En esa línea, se buscó diseñar y proponer una tutela de menores que mantienen contacto con delincuentes sexuales en canales informáticos implantando en su art. 23 prohibiciones ante comunicaciones sexuales dirigidas hacia menores de edad. Dentro de este precepto se dio cuenta de dos prohibiciones: (i) que un adulto haya propiciado el contacto con un menor de edad ayudándose de redes informáticas para efectuar actos sexuales; y por otro lado, (ii) la producción de material pornográfico con menores de edad.

En esta parte de la investigación trataremos de abordar entre otras cuestiones lo siguiente: a) ¿los términos *child grooming* o ciberacoso sexual son adecuados para describir el fenómeno analizado?; b) ¿el fenómeno aludido se presenta como un problema dentro de nuestro ordenamiento jurídico?; c) ¿existen cuestionamientos que pueden surgir sobre su regulación en nuestro país?

Sobre la primera cuestión planteada debemos mencionar que el término *child grooming* encierra las conductas desplegadas por el agresor sexual de menores que procura ganarse su confianza y efectuar un contacto de forma personal o por redes informáticas (Ramos, 2011).

Ahora bien, como sabemos ganarse la confianza de alguien implica la realización de una serie de esfuerzos, en los que el sujeto activo ofrece al titular del bien jurídico una faceta positiva o le otorga apariencias de ser buena persona, cuenta de ciertas preferencias, destina obsequios, y despliega otras acciones para recibir una atención especial del menor.

Siguiendo al autor antes citado no sería tan relevante hacer referencia al contexto en el cual se efectúan las propuestas y demás conductas descritas, ni se estaría dando cuenta de un concepto moderno pues también puede concretarse en el contexto fáctico.

Así también, en otras regulaciones como Canadá o Reino Unido con el delito bajo análisis se le otorga especial importancia al contacto que establece un sujeto con un menor por canales informáticos o con la utilización de dispositivos electrónicos; sin embargo, estas actuaciones también pueden efectuarse en un contexto familiar, social o escolar.

Por las consideraciones expuestas, también se debe ingresar al análisis del término “ciberacoso” y constatar si en realidad nos conduce hacia horizontes positivos en la solución de problemas desarrollados en canales informáticos. Dicho esto, con este término se hace referencia a los disgustos, irritaciones, angustias y otras sensaciones que podría generar un individuo debiendo ser intenso y recaer sobre el menor; sin embargo, en el delito comentado no solo se producen estos efectos emocionales en el menor, sino que además, se efectúan proposiciones de carácter sexual.

En esa línea, siguiendo a este autor no sería adecuado utilizar este segundo término porque no encierra el contexto sobre el cual recaen las actuaciones de

delinquentes sexuales orientadas hacia la afectación de bienes jurídicos como libertad e indemnidad sexual.

Asimismo, en la doctrina hemos encontrado autores como Pereda, Abad & Guilera (2011), que para referirse a estas conductas utilizan el término “*online grooming*”, el cual como aludimos en líneas anteriores carecería de validez para englobar este contorno delictivo por lo siguiente: (i) con el “*grooming*” solo se logra abordar la comunicación engañosa desarrollada por un extraño para ganarse la confianza del menor (quedando fuera la solicitud de material pornográfico y la proposición de actos de connotación sexual); por otro lado, (ii) si nos remitimos a las descripción del art. 183-B, únicamente se hace referencia “al que contacta con un menor de catorce años”, pero no se establece la utilización de internet o de cualquier otro medio que ofrecen las tecnologías de la información y comunicación para proponer o concertar un encuentro con el menor, no pudiendo englobarse estas actuaciones delictivas dentro del término señalado.

Por otro lado, realizando un análisis comparado con el artículo 5 de la ley N.º 30096, encontramos que nuestro legislador si hace referencia al medio por el cual el sujeto activo contacta con el menor, y establece: “El que a través de internet u otro medio análogo”, claramente, nuestro legislador se inclinó por establecer el canal o medio por el cual se posibilitan los contactos delictivos dirigidos a obtener material pornográfico o llevar a cabo actos de connotación sexual.

En función a lo antes expuesto, no es posible utilizar el término “*grooming*” porque solo se dirige a contemplar el contacto y probable relación de confianza entre individuo extraño y menor, sin embargo, en nuestro ordenamiento no basta con realizar el contacto pues además se exige la solicitud u obtención de material pornográfico y la proposición de actos de connotación sexual.

Siendo consecuentes con estas reflexiones, consideramos que el término adecuado para englobar el contexto delictivo descrito sería el utilizado por la profesora Díaz (2012), quien para referirse al *grooming* efectuado por un tercero sobre un menor con la finalidad de cometer actos de connotación sexual debería adoptarse la expresión *meeting a child following sexual grooming through*, TIC cuyo significado en español es contacto TIC preordenado a la actividad sexual con menores.

Ahora bien, con este término no se termina por englobar otro contexto: solicitar u obtener material pornográfico que habría que sumarlo a la expresión ya prevista como la más convincente para superar las dificultades que se encuentran dentro de la esfera virtual que viene que ocasiona grandes preocupaciones a sociedades modernas.

### **5.1.2. Discusiones ante el surgimiento de estas actuaciones**

#### **5.1.2.1. ¿El fenómeno aludido se presenta como un problema dentro de nuestro ordenamiento jurídico?**

Sobre esta segunda cuestión planteada, debemos mencionar que en nuestro país y a nivel global se ha procurado desplegar incansables esfuerzos para regular espacios que han ido sufriendo mutaciones a ritmos agigantados como consecuencia de la tecnología y los nuevos avances de la ciencia.

Siendo así, niños, niñas, adolescentes, adultos y ancianos diariamente se encuentran conectados a dispositivos u otras herramientas incorporadas en este nuevo contexto, encontrándose todo en situación de ignorancia que puede ser utilizada por los delincuentes dentro de las redes virtuales. Así las cosas, un sector que ha sufrido mayor afectación durante los últimos años son los menores, que se encuentran en situación de vulnerabilidad por los contactos anónimos que sostienen con terceras personas, sin presagiar que detrás de un ordenador puede encontrarse a un delincuente sexual.



Dentro de este contexto, conviene edificar la intensidad al momento de responder ante los contactos delictivos con carácter sexual dentro de canales informáticos, que se dirigen a afectar bienes jurídicos protegidos como la indemnidad sexual.

En esa línea, para concretar tales actuaciones delictivas procuran establecer contactos por medio de las ventajas que ofrece la tecnología con menores de edad para requerir material pornográfico o proponer actos de connotación sexual.

Dentro de este orden de ideas, el reproche se dirige al delincuente sexual que por cualquier vía tecnológica desarrolla: a. Identificación de las víctimas de su actuar; b. Generación de un contexto de amistad y confianza con el sujeto pasivo titular del bien jurídico; c. Ejercicio de una exigencia disfrazada para intensificar los lazos creados dirigida a la realización de actos de connotación sexual (Broughton, 2009, pp. 197-201).

Con lo antes explicado, se evidencia un delincuente sexual que ha trasladado su conducta hacia otros ámbitos aún más peligrosos y que le permiten moverse con total plenitud sin ser alcanzado por la persecución punitiva estatal, es decir, obtiene mayores ventajas con menos costos.

Ahora bien, para concretar resultados que le son favorables como (i) solicitar material pornográfico; y, (ii) Proponer a un menor la realización de actos de connotación sexual, se sirve de un proceso como el que acabamos de describir (ahí radica la necesidad de hacer referencia en líneas anteriores a la relevancia que ostenta la aplicación del término correcto para englobar el fenómeno aquí estudiado).

### **5.1.2.2. Estudio comparado del delito abordado y cuestionamientos a su regulación**

#### **a. Argentina**

Desde el primer acercamiento es prudente señalar que este país a nivel regional ha ensayado y otorgado un mejor tratamiento del tipo penal bajo estudio, incorporando el artículo 131 del CP, quedando redactado de la siguiente manera:

Será reprimido 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.

Como puede advertirse, solo se contempla la posibilidad de tutelar a los menores de edad, constituyendo este presupuesto una causa de vulnerabilidad que no les permite comprender y disponer plenamente los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Roibón, 2017, p. 10).

Ahora bien, en este ordenamiento jurídico se prevé una finalidad: que el sujeto activo mantenga un encuentro con el menor o adolescente para atentar contra su indemnidad sexual.

#### **b. Canadá**

En este ordenamiento se ha establecido el art. 172. 1 del Criminal Code, procurando establecer un castigo para quien por medio de canales informáticos establece un contacto con un menor de 14, 16 o 18 años, con la finalidad de perpetrar actos de connotación sexual. Así las cosas, podemos apreciar que en dicho ordenamiento se han previsto las tecnologías de la información como una vía (medio) fundamental al momento de efectuar estos eventos delictivos, por ese canal el delincuente sexual logra establecer

un contacto intenso y engañoso con el sujeto pasivo para posteriormente proponer la realización de actos sexuales.

Una cuestión a tener en cuenta descansa en que para castigar a quien ha incurrido en estas actuaciones delictivas es suficiente con el contacto que establece el sujeto con el menor por cualquier medio tecnológico.

Por tales consideraciones, es relevante precisar que en este ordenamiento si se hace referencia al medio que utiliza el delincuente sexual para perpetrar la afectación al bien jurídico protegido, cuestión que no ocurre en nuestro país, en el que nuestro legislador ha creído conveniente castigar a quien “contacta con un menor de catorce años”; en otras palabras, no se le ha otorgado la debida relevancia al medio por el cual se produce dicha conexión entre delincuente sexual y menor de edad, lo que puede conducir a una grave contravención del principio de legalidad; o, por otro lado, generar enormes vacíos de punición que no permiten la persecución de conductas perpetradas dentro de este ámbito y dirigidas a lesionar bienes jurídicos como la indemnidad sexual, sobre esta cuestión retornaremos más adelante.

### **c. Reino Unido**

En esta nación se ha previsto un castigo dirigido hacia determinados sujetos mayores de edad, siendo el legislador claro al establecer en el tipo penal dicha cuestión art. 15 de Sexual Offences Act; y, además, da cuenta de otro presupuesto (que no compartimos) que el sujeto debe haber concretado la comunicación “al menos en dos ocasiones precedentes”, entonces si en determinado caso un delincuente sexual desarrolla una propuesta hacia un menor (de 16 años en aquella nación) con el propósito de realizar actos sexuales no será castigado penalmente. Otra de las cuestiones criticables a esta regulación descansa en la omisión al momento de establecer el “medio” por el cual el

delincuente sexual ha establecido la comunicación con el menor, la misma que se dirige a realizar actos sexuales.

Así también, no podemos olvidar que dentro de estos contornos se hace referencia al elemento subjetivo del injusto penal y se prevé “con la intención de llevar a cabo un delito sexual”, este asunto ha sido olvidado por el legislador nacional que impulsado por la necesidad social y sin agotar el debate en la esfera dogmática y jurisprudencial ha dado cuenta de un tipo penal cuyo radio de acción está limitado y no contribuye en la solución de casos prácticos.

#### **d. Escocia**

En este país la prohibición se dirige contra aquel sujeto que se encuentra o contacta con un menor de 16 años con la finalidad de llevar a cabo actos sexuales y además no da cuenta del medio por el cual se producen dichas actuaciones, dejando un amplio margen para que se produzca su comisión por cualquier vía.

Ahora bien, otro dato a tener en cuenta dentro de esta regulación es el castigo de los actos sexuales producidos en presencia del menor.

Es esa línea, es notoria la diferencia con lo regulado en nuestro país que castiga la proposición de actos sexuales a menor (por el mismo individuo o por tercero); sin embargo, en la legislación comentada la cuestión es distinta y también se persigue al sujeto que se comunica con un menor con la finalidad de efectuar actuaciones sexuales en presencia de este.

#### **e. España**

Con el surgimiento de las nuevas tecnologías y sus herramientas la sociedad española empezó a experimentar un contexto desfavorable para los niños y adolescentes que, con más frecuencia se encontraban en situación de vulnerabilidad y expuestos a los peligros de la redes virtuales.

Siguiendo estas consideraciones, surgió una reforma materializada en la LO 05 de 2010, propiciando el castigo de un individuo que utilizando herramientas tecnológicas se comunica con un menor de trece años para efectuar actos sexuales.

La innovación legislativa (art. 183 bis del CP Español) que acabamos de describir mantuvo un intenso debate sobre la necesidad de su tipificación y la posibilidad de castigar estas conductas con otros tipos penales ya previstos.

En habidas cuentas, dentro de este ordenamiento surgió una inclinación punitiva por castigar a aquellos individuos que utilicen los canales informáticos para establecer comunicaciones con menores de trece años y propone un encuentro con el mismo. Cabe señalar que el legislador consideró no solo la vía de “internet” sino que además dejó abierta la posibilidad de que se materialice el contacto por otros caminos derivados de la tecnología.

### **5.1.3. Hallazgos teóricos sobre la prueba digital**

#### **5.1.3.1. Peritaje informático y otras cuestiones relevantes**

En esta parte de los resultados vamos a desarrollar las implicancias positivas que surgirían con la incorporación de la prueba digital en el proceso penal seguido contra un presunto delincuente sexual, que ha conseguido establecer un vínculo cercano con un menor de edad utilizando medios que sitúan en una posición desfavorable a este último, con el propósito de solicitar contenido pornográfico o proponerle la realización de actos sexuales. A continuación, vamos a defender la tesis de que nuestro sistema judicial debe adaptarse a los nuevos requerimientos que surjan en sociedad y con los que se ve comprometida la colectividad, que ha recibido con los brazos abiertos las ventajas y peligros escondidos en herramientas tecnológicas.

Ahora bien, ¿es posible incorporar información, datos y otros elementos contenidos en dispositivos electrónicos como prueba documental?; o, ¿es necesaria una nueva reformulación en ámbito probatorio que permita otorgarle validez?

Dicho esto, De Aguilar (2019) menciona “por prueba digital o electrónica cabe entender toda información de valor probatorio contenido en un medio electrónico o transmitida por dicho medio” (p. 111).

Como se ha mencionado, dentro de esta esfera los datos y demás contenido probatorio a presentar en el marco del proceso penal presentan una particularidad: Los medios electrónicos, que podrían diferenciarla de otro tipo de pruebas incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico (aunque como sabemos la prueba documental parecería que encierra aquellas cuestiones en donde existen imágenes, voces, y deja abierta la posibilidad de otros contenidos similares).

Para referirse a las actuaciones delictivas perpetradas en la red algunos utilizan el término “delitos binarios”, en el que un individuo se vale de las herramientas y mejores posibilidades otorgadas por la tecnología.

La prueba binaria se entiende como todo aquel medio de convicción, derivado de las tecnologías de la información y la comunicación, validado en cuanto a su alcance y valor jurídico, por un perito en la materia y ofertado por las partes intervinientes en un juicio, con la finalidad de acreditar ciertos hechos jurídicos, con el fin de influir en la decisión del juzgador (Vázquez, 2022, p. 70).

Así las cosas, como es sabido, las pruebas se deben obtener de forma lícita respetando las previsiones constitucionales y procesales que surgen para tutelar garantías, directrices y derechos fundamentales del individuo ante la intervención estatal; y, en el caso que nos convoca cuando se procura demostrar la comunicación establecida entre el presunto delincuente sexual y el menor de edad también podrán aportarse por una de las

partes emails, chats, entre otras contribuciones que sirvan para reconstruir de forma probabilística lo que aconteció en el plano real.

Si dicho material está directamente relacionado con el delito investigado y así consta en el Auto que autoriza la intervención o la entrada y registro, lo incautado podrá y deberá examinarse con detenimiento a través del perito policial pertinente y experto en la materia para la redacción del correspondiente informe que servirá como prueba en el procedimiento (De Aguilar, 2019, pp. 112-113).

Con lo antes citado se ha demostrado la necesidad de que en el manejo, interpretación y emisión de la información contenida en un dispositivo electrónico debe quedar en manos de personas calificadas, cuyos conocimientos científicos lo orienten al análisis objetivo, sistemático y fiable de lo que ha podido acontecer en determinado supuesto.

Siguiendo esta explicación, en la parte pertinente mencionábamos que para lograr el éxito en la conservación, interpretación, análisis y posterior incorporación de los datos contenidos en dispositivos electrónicos era necesario respetar los lineamientos de una “cadena de custodia”, para que posteriormente no puedan presentarse impugnaciones porque se ha transgredido el contenido esencial de los derechos fundamentales.

En esa línea, la prueba pericial constituye la contribución principal en el auxilio del juez para proporcionarle la información necesaria sobre lo que ha podido acontecer en el caso concreto; claro está, sin privarlo de la facultad de valorar el informe que emite.

Este tipo de pericial se realiza por ingenieros informáticos y consiste en el examen y rastreo de un determinado equipo para conocer la procedencia, el origen, la autoría, la integridad del contenido, la información que haya podido borrarse u ocultarse a través de la criptografía, etc. (De Aguilar, 2019, p. 125).

Los avances de la ciencia y tecnología hacen notar la necesidad de que el derecho marche al compás del espíritu de su época, debiendo acudir a otras ciencias que le permitan encontrar mayores y mejores luces ante la incertidumbre que se tiene sobre el uso de herramientas proporcionadas con la tecnología; por ello, se recurre al peritaje informático que sirva de auxilio al juez y pueda ser valorado antes de emitir una decisión en el caso concreto.

En el caso de los emails como en el de las conversaciones por mensajería instantánea, va a resultar fundamental poder aportar el dispositivo informático o de almacenamiento donde se encuentra lo que pretende aportarse como prueba, ya que, de lo contrario, aportar un documento con apariencia de mail o semejantes resulta relativamente sencillo y no se estaría respetando la cadena de custodia (De Aguilar, 2019, p. 125).

Lo antes expuesto determina parte del rumbo de nuestra investigación, pues presenta un valor fundamental incorporar al proceso penal no solo un documento que contenga la captura de pantalla de los chats, conversaciones u otros similares que demuestren el contacto entre presunto delincuente sexual y menor de edad, sino que es necesario introducir el dispositivo o herramientas tecnológicas que contienen los datos, y demás precisiones sobre lo acontecido.

### **5.1.3.2. Valoración de la evidencia digital**

En la actualidad, surge la necesidad de establecer una convivencia pacífica entre derecho y tecnología, con la cual puedan edificarse mejores estrategias de cara a lidiar con los enormes peligros derivados de esta última.

En todos los países se ha vuelto indispensable adaptar las leyes vigentes a las nuevas concepciones técnicas y tecnológicas, con el fin de dar respuestas a las



necesidades derivadas de la práctica jurídica y a las exigencias propias de un mundo globalizado, en los asuntos comerciales, civiles, entre otros (Cano, 2010).

Los nuevos contactos producidos en redes informáticas le otorgan al individuo un amplio abanico para disponer de medios ampliamente potenciales para atacar bienes jurídicos protegidos (que en este caso sería indemnidad sexual), procurando la formación de esferas de confianza entre el presunto delincuente sexual y el menor de edad, para llevar a cabo actuaciones de carácter sexual.

Si bien, en nuestro país han surgido innovaciones legislativas dirigidas a castigar los eventos delictivos producen en y por tecnologías de la información y comunicación, aún no ha quedado zanjado el intenso debate probatorio sobre la valoración de pruebas contenidas en dispositivos electrónicos, que al ser introducidas en el proceso penal contribuyen a la creación de incertidumbre.

Lo anterior arroja como consecuencia principal que, en la mayoría de los casos, dichas pruebas sean valoradas como meros indicios o por el concepto técnico de un perito. Ambos, a pesar de ser idóneos a la hora de brindarle certeza al juez sobre los hechos, además de restarle eficiencia y eficacia al proceso judicial abruma la fuerza probatoria de la evidencia digital, impidiéndole que entre al proceso por la puerta principal, es decir, como una prueba en sí (Cano, 2010, p. 54).

El contexto informático presenta dificultades para el derecho y en concreto para quienes dedican sus labores hacia la administración de justicia que requiere de especialistas en dicho contorno para reconstruir lo que aconteció el día de los hechos y arribar hacia una decisión justa y razonable; sin embargo, como manifiesta este autor no se le debe otorgar amplia relevancia a esta cuestión porque podrían terminar agobiando a quien va a decidir la suerte del acusado.

Así las cosas, en nuestro país no se han incorporado presupuestos para orientar la cuestión de valoración sobre evidencias digitales, lo mismo se refleja a nivel global, y para resolver cuestiones relativas a eventos delictivos cometidos en circuitos virtuales o por herramientas de la tecnología se recurre a las leyes de la lógica, ciencia y máximas de la experiencia, los cuales si bien son idóneos para resolver los asuntos planteados, en la esfera que comentamos (de las tecnologías y comunicación) necesitan de una valoración racional más intensa y motivada que otro aporte probatorio.

Cano (2010) refiere que “es importante anotar que, si bien de manera general las pruebas electrónicas son consideradas pruebas documentales, requieren de procedimientos técnicos y científicos específicos para su valoración como tales.

Recordemos que la prueba electrónica presenta ciertas características que la diferencian de otros medios probatorios, pudiendo sufrir atentados, ser modificada o suprimida en cuestión de segundos; por ello, es necesario incorporar directrices orientadas al recojo e incorporación dentro del proceso penal. En tal sentido, es importante establecer una “cadena de custodia” que relacione con gran intensidad al individuo encargado de recoger los datos contenidos en dispositivos electrónicos (perito informático), orientándose de forma estricta, pues cualquier error que efectúe conducirá a la disminución del aporte.

## **5.2. Discusión y Propuestas de Solución**

Un sector de la sociedad ha sentido con mayor intensidad las repercusiones de la tecnología, la cual ingresó en todos los sectores y ha encontrado las estructuras normativas de cada estado en una situación precaria, olvidada y con insuficiente capacidad de respuesta ante nuevas conductas delictivas desplegadas dentro de la esfera comentada. Dentro de este sector nos encontramos a niños, niñas y adolescentes, los cuales al mantener constantemente contacto con redes virtuales se encuentran con sujetos

extraños que ocultan sus verdaderas intenciones, forjando en los menores una faceta de amigo y confidente que después terminará convirtiéndose en su peor pesadilla cuando los conduzcan hacia la realización de actos sexuales.

En tal sentido, vulnerabilidad y respuesta estatal se han visto obligados a relacionarse intensamente en algunos ordenamientos jurídicos para atender esta nueva realidad delictiva, impulsando reformas e innovaciones dentro de esa esfera y considerando a la vía tecnológica como un presupuesto importante en las actuaciones desplegadas por delincuentes sexuales, y estableciendo cada uno de estos medios dentro del tipo penal.

Lo antes expuesto no se logra divisar de la revisión del art. 183-B CP, en el que como señalamos se omite referirse al medio o canal por el cual el delincuente sexual logra instaurar un contacto con menor de edad; y por ello, se hace referencia al “contacto” que puede efectuarse (dejando abierta la posibilidad de que el mismo pueda darse de forma presencial o por cualquier otra vía).

Por tales consideraciones, entendemos que sería una decisión plausible en nuestro ordenamiento jurídico establecer en el tipo penal la vía por la cual el delincuente sexual logra contactarse con un menor de edad (menor de 14 años); y, dar cuenta de que esta interrelación se produce no solo a través de internet, sino por cualquier otra tecnología de la información y comunicación.

En función a lo previsto, en el art. 183-B. Propositiones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales, según nuestra postura y los resultados que hemos expuesto debería decir: **“El que a través del internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación** contacta con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para proponerle llevar a cabo cualquier acto de connotación sexual con él, **en su presencia** o con tercero.

Es importante destacar el medio que utiliza quien desarrolla la conducta delictiva, esto también lo han considerado los autores mencionados en líneas arriba. Aunado a ello, si bien con el término *grooming* se hace referencia a las proposiciones desarrolladas por el delincuente sexual que procura ganarse la confianza del menor y efectuar un contacto de forma personal o por redes informáticas (Ramos, 2011); no obstante, se ha visto que esta terminología no es la más adecuada porque no contempla los medios o herramientas tecnológicas por las cuales se ha logrado establecer el vínculo en cuestión.

Ahora bien, como puede notarse del tipo penal en estudio nos encontramos ante tres etapas por las cuales transita el delincuente sexual para alcanzar su objetivo: (i) Creación de un contexto amigable y de confianza entre delincuente sexual y menor de catorce años, para ello, el sujeto activo realiza incansables esfuerzos por ganarse el aprecio y simpatía buscando ingresar en la esfera personal del menor (entregando obsequios, detalles, y otras cosas que sean del agrado del menor); (ii) en una segunda fase, luego de expandir los esfuerzos necesarios el delincuente sexual logra que el menor le realice revelaciones íntimas, se desahogue de todo lo que lleva dentro, empiece a contarle con algunos detalles lo que ha pasado con otras personas (de su entorno familiar, social o académico); (iii) luego de ingresar en la esfera íntima del menor decide solicitar material pornográfico o la realización de actos sexuales, materializando de esta forma el objetivo propuesto y por el cual desarrolló las actuaciones descritas.

Otra cuestión relevante sobre el fenómeno estudiado es que no se presenta como un nuevo delito, sino que engloba otras particularidades como los medios y vías que utiliza el delincuente para la afectación del bien jurídico indemnidad sexual; en otras palabras, con este tipo penal se hace referencia al uso de otras herramientas o canales de comunicación para perpetrar delitos sexuales. Así las cosas, quienes desarrollan las conductas descritas pueden alcanzar los resultados en la esfera virtual y también híbrida

(Presencial-virtual); en la primera podría darse el caso de que se efectúe la obtención de material pornográfico a través de canales informáticos; y, en la segunda, nos encontramos ante la realización de actos de connotación sexual (presencial) que fueron propuestos previamente en un contexto virtual.

El surgimiento del tipo penal ha constituido el resultado de intensos debates a nivel global, en los que se mantenía como eje de preocupaciones actuales la protección que debía otorgarse a niños, niñas y adolescentes que en un contexto virtual de vulnerabilidad eran atacados por delincuentes sexuales.

Por ello, hemos mencionado la relevancia de considerar dentro del tipo penal el contexto dentro el cual surge una relación entre delincuente sexual y menor de edad, utilizándose herramientas tecnológicas para efectuar tal comunicación. Así las cosas, el tipo penal bajo estudio vendría a constituir un acto preparatorio para la comisión de actos de contenido sexual; en otras palabras, quienes incurrir en estos eventos delictivos utilizan una vía que les permite encontrar mejores ventajas y pocos riesgos de cara a la persecución estatal que realiza el aparato estatal frente a los individuos que atentan contra bienes jurídicos esenciales para convivencia en sociedad.

Por ello, en doctrina especializada Ramón (2013) mencionaba que “nos encontramos ante un adelantamiento punitivo” (p. 52), debido a que el legislador procura establecer el castigo del individuo que a través de cualquier medio relacionado con internet y las nuevas tecnologías “contacta” con menor de edad para solicitar material pornográfico o propone la realización de actos sexuales.

Así también, corresponde citar a Muñoz (2010) que hacía referencia a la posibilidad de encontrarnos ante un “delito de sospecha” (p. 241); pues es legislador (al castigar el contacto que despliega un individuo con cierto menor de edad) dejaría un

amplio margen para dilucidar: ¿cuándo nos encontramos ante un acercamiento delictivo orientado hacia la comisión de los delitos previstos?

Lo cierto es que necesariamente debe protegerse a los menores de edad que día a día se encuentran atados a canales virtuales e instrumentos tecnológicos, pues precisamente en esa esfera se presentan delincuentes sexuales procurando establecer vínculos para ocasionar afectaciones en bienes jurídicos protegidos como la indemnidad sexual.

En esta parte de la descripción de los resultados retornamos sobre la conducta típica para aclarar la cuestión que hacíamos referencia con “u otra tecnología de la comunicación...”, pues puede resultar algo confuso; sin embargo, dentro de esa esfera estarán contenidos los chats, redes sociales, mensajes de Whatsapp, entre otros que se intercambian por medio de estos canales, los cuales no fueron tenidos en cuenta por el legislador nacional.

A lo largo de esta investigación, hicimos referencia a los peligros que surgen en una sociedad invadida por la tecnología, en la que encontramos a un sector menos fuerte para resistir las ventajas generadas en internet y las tecnologías de información y comunicación como son los niños, niñas y adolescentes, que se sitúan dentro de una esfera vulnerable que el aparato estatal no logra proteger con idoneidad y eficacia.

Los problemas que surgen dentro de este contexto no solo son sustanciales; sino también, procesales y hasta probatorios, pues no se entrega los presupuestos y mecanismos necesarios al juez para declarar la admisión y valoración del contenido probatorio que se encuentra en un dispositivo electrónico, sobre el cual se necesita conservar el contenido, que el mismo sea auténtico y sobre todo fiable. Dicho esto, el juez deberá hacer lo siguiente: a. Realizar un filtro para determinar cuáles son los aportes probatorios digitales y los que no son, de tratarse de los primeros el estándar será distinto

a lo normalmente aplicado (como explicamos en líneas arriba); b. Valorar los procedimientos incorporados por las partes procesales; en otras palabras, un documento electrónico que se procura introducir al proceso penal deberá ser fiable para otorgarle datos relevantes del caso concreto; c. Evaluar si el recojo de la evidencia digital se ha realizado por un individuo cualificado para tal actividad (perito informático), quien será el encargado de mencionar las técnicas, procedimientos, métodos, objetivos y hallazgos sobre el dispositivo que forma parte de su estudio; d. Finalmente, de darse un cumplimiento efectivo de los procedimientos aludidos deberá admitir el contenido digital para decidir sobre la cuestión encargada.

## CONCLUSIONES

1. En función a lo antes expuesto, y luego de haber estudiado los principales problemas y soluciones surgidos con la regulación de la prueba electrónica y el delito de *grooming* en nuestra legislación, podemos concluir que los riesgos propiciados en una sociedad a raíz de la incorporación, crecimiento y mutación de la tecnología se presentan como razones suficientes para dar el siguiente paso y otorgar protección al sector de la colectividad que viene sufriendo con mayor intensidad las implicancias negativas, como son niños, niñas y adolescentes, quienes dentro de un contexto virtual sufren las actuaciones delictivas procuradas por delincuentes sexuales que establecen un plan amigable para ingresar dentro de la esfera íntima y posteriormente solicitar material pornográfico o actos de connotación sexual. Así también, dentro de las limitaciones con las que tuvimos que lidiar encontramos la escasa bibliografía reciente sobre el fenómeno estudiado y los reducidos pronunciamientos jurisprudenciales.
2. En relación con nuestro primer problema específico podemos concluir que los retos y problemas generados dentro del entorno virtual para el aparato estatal también descansan en la cuestión probatoria; es decir, en la admisibilidad y valoración que el juez otorga al aporte probatorio contenido en un dispositivo electrónico (prueba digital o electrónica), pues no existen criterios vigentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico que le permitan encontrar fiabilidad y soporte cuando decida sobre la admisión y valoración de la evidencia digital. Por ello, lo que proponemos es un análisis particular de cada medio probatorio incorporado en el proceso penal debiendo identificarse el cumplimiento de los presupuestos, técnicas, y demás lineamientos expuestos en nuestra propuesta de solución, solo así el juez constatará



si se recabó, almacenó e incorporó un medio de prueba en el que pueda encontrar la suficiente potencialidad para adoptar una decisión justa.

3. En lo que atañe a nuestro segundo problema específico, concluimos que nuestra sociedad aprendió a convivir con las tecnologías de la información y comunicación; sin embargo, a pesar de encontrarse diariamente en contacto con las mismas y de los esfuerzos que ha realizado el legislador para otorgar protección en los diferentes contornos de la colectividad no han aprendido a cultivar una cultura tecnológica, ni mucho menos orientan sus actuaciones a la disminución de riesgos generados dentro de este espacio. Así se ha visto, que a pesar de la gran acogida que han tenido estas herramientas aún los operadores jurídicos no presentan un dominio amplio del fenómeno, y se muestran renuentes ante la posibilidad de incorporar nuevos lineamientos que contribuyan de gran forma a la correcta administración de justicia, hemos encontrado que estos problemas se presentan en la etapa de investigación, esfera sumamente trascendental para recabar la información, elementos de prueba que permitan tener éxito y realizar una labor adecuada en la recolección, análisis y preservación de la evidencia digital.

## RECOMENDACIONES

1. Por las consideraciones desarrolladas resulta importante sugerir que un sector importante como los operadores que intervienen dentro de la esfera problemática desarrollen mayores capacidades y conocimientos sobre el delito en cuestión, de esta manera se otorgará un tratamiento idóneo a los sujetos pasivos. En esa línea, debe surgir un auxilio desde el sector designado para contener las actuaciones delictivas en contornos informáticos (DIVINDAT) hasta quienes orientan sus esfuerzos por la correcta administración de justicia en nuestro país, el reto es grande pero ha llegado el momento de contener los riesgos que trae consigo la tecnología, los cuales se orientan hacia un sector en situación de vulnerabilidad como son niños, niñas y adolescentes.
2. Las ventajas y contribuciones que ha generado la tecnología para los delincuentes sexuales son muchas; y, entre las que más resaltan se encuentra la imposibilidad de perseguibilidad de estas actuaciones, cuyas afectaciones producidas por canales virtuales terminan cayendo en el saco del olvido e impunidad, generando mayor inseguridad jurídica y temor en la colectividad. Dentro de este contexto, hemos evidenciado que el problema descansa en la investigación, prueba y castigo por ello recomendamos la incorporación del agente encubierto para prevenir las comunicaciones o vínculos que surjan entre delincuente sexual y menor de edad a través del internet y otras tecnologías de información y comunicación. Así las cosas, esta última cuestión puede resultar criticable y hasta problemática; sin embargo, estamos seguros que surge la necesidad de dar un paso adelante para cautelar a un sector de la colectividad que viene recibiendo con mayor intensidad afectaciones a su esfera de libertad.

3. Finalmente, para enfrentar esta nueva delincuencia que se sirve de herramientas tecnológicas debe procurarse un análisis sustancial, procesal, probatorio y además preventivo, en este último recaerá el éxito del programa a implementar en nuestro ordenamiento. En esa línea, deben procurarse políticas dirigidas a motivar y orientar desde niños hasta ancianos sobre los peligros que encierran los dispositivos e instrumentos surgidos con la tecnología, con esto sostenemos que con un adecuado manejo de las redes informáticas se podrá prevenir actuaciones lesivas que durante los últimos años atacan a niños, niñas y adolescentes.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arévalo, V. &. (2022). *Ciberdelitos. Análisis en el sistema penal*. Editorial Iustitia.
- Cano, J. (2010). *El peritaje informático y la evidencia digital en Colombia: conceptos, retos y propuestas*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes.
- Díaz, L. (2012). *El denominado “Child Grooming” del artículo 183 bis del Código Penal: Una aproximación a su estudio*. Gobierno de España-Ministerio de Justicia.
- Daza, S. (2021). Estrategias para el pensamiento crítico, según el enfoque metacognitivo de John Flavell, en estudiantes universitarios, citando el texto titulado: Los textos escolares actuales no desarrollan el pensamiento crítico. *CICOTUR*, 6(3), 407-426.
- Delgado, J. (2016). *Investigación tecnológica y Prueba digital en todas las jurisdicciones*. Wolters Kluwer.
- De Aguilar, S. (2019). *La prueba digital en el proceso judicial. ámbito civil y penal*. JB Bosch Editor.
- Espinoza, V. (2022). *Delitos informáticos y nuevas modalidades delictivas*. Instituto Pacífico.
- Jauchen, E. (2017). *Tratado de la Prueba Penal en el sistema acusatorio adversarial, 1a*. Ñaupas et al. (2018). *Metodología de la investigación cuantitativa-cualitativa y redacción de la tesis*. Quinta edición. Grijley. Edición Rubinzal-Culzoni Editores.
- Peña, D. (2016). Aproximación criminógena: Delitos informáticos contra la indemnidad sexual y libertades sexuales Ley N.º 30096. *Revista virtual Intercambios*, 17(17), 1-37.
- Pérez, J. (2019). *Delitos regulados en leyes penales especiales*. Gaceta Jurídica.
- Rivera, R. (2011). *La prueba: Un análisis racional y práctico*. Marcial Pons.
- Roibón, M. (2017). El delito de grooming en la legislación Argentina. *Revista de Pensamiento Penal*. 5(5), 1- 15.
- Roxin, C. (2000). *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Tirant lo blanch.
- Sánchez, R. (2018). *El proyecto y la tesis jurídica. Guía para su elaboración en el pre y posgrado*. FFECAAT.
- Serrano, A. (2004). *Introducción a la criminología*, 2ª ed. Dykinson.

- Silva, J.-M. (1997). “*Política criminal en la dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límites*”, en *Política Criminal y nuevo derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin*. J.M. Bosch Editor
- Smolianski, R. (2021). *Prueba Digital. E-mails, chats, SMS, WhatsApp, Facebook, filmaciones con teléfonos móviles, capturas de pantalla, contratos electrónicos, IA y otras tecnologías. Validez probatoria en el proceso civil, comercial, penal y laboral*. 2021: elDial.Libros.
- Sueiro, C. (2018). *El derecho penal en la era digital. Delincuencia Informática. Criminalidad informática, Prueba Digital, Vigilancia Electrónica, Pedagogía en la era digital*. A&C.
- Vázquez, C. (2022). *El panorama actual de la prueba digital en el contexto de la justicia electrónica en México en Materia Penal*. *Universita Ciencia*, 10(27).
- Vega & Arévalo. (2022). *Ciberdelitos. Análisis en el Sistema Penal*. Editorial Iustitia.

## **ANEXO**

## Anexo: Matriz de consistencia

Título Preliminar: El Delito De <i>Grooming</i> En El derecho penal Peruano. Problemas Y Soluciones En relación con Su Regulación Normativa Y La Prueba Electrónica.			
Problema General		Objetivo general	Supuesto General
¿Cuáles son los problemas y soluciones que se presentan con la regulación normativa de la prueba electrónica y el delito de <i>grooming</i> en el derecho penal peruano?		Determinar los problemas y soluciones que se presentan con la regulación normativa de la prueba electrónica y el delito de <i>grooming</i> en el derecho penal Peruano.	Se presentan problemas y soluciones con la regulación normativa de la prueba electrónica y el delito de <i>grooming</i> en el derecho penal peruano.
Problemas específicos		Objetivos específicos	Supuestos Específicos
¿La regulación normativa del delito de <i>grooming</i> y prueba electrónica en el derecho penal peruano permite la persecución y castigo de quienes utilizan las tecnologías de la información y comunicación para solicitar material pornográfico de menores de edad?		Explicar si la regulación normativa del delito de <i>grooming</i> en el derecho penal peruano permite la persecución y castigo de quienes utilizan las tecnologías de la información y comunicación para solicitar material pornográfico de menores de edad.	La regulación normativa del delito de <i>grooming</i> en el derecho penal peruano permite la persecución y castigo de quienes utilizan las tecnologías de la información y comunicación para solicitar material pornográfico de menores de edad.
¿La prueba electrónica coadyuva en la solución de problemas probatorios que surgen desde la etapa de investigación en los casos en que el agresor utiliza las redes informáticas para solicitar un encuentro sexual transgrediendo la indemnidad de menores de edad?		Analizar si la prueba electrónica coadyuva en la solución de problemas probatorios que surgen desde la etapa de investigación en los casos en que el agresor utiliza las redes informáticas para solicitar un encuentro sexual transgrediendo la indemnidad de menores de edad.	La Prueba Electrónica coadyuva en la solución de problemas probatorios que surgen desde la etapa de investigación en los casos en que el agresor utiliza las redes informáticas para solicitar un encuentro sexual transgrediendo la indemnidad de menores de edad.
<b>Diseño Metodológico:</b> Enfoque “cualitativo”, Tipo “propositivo”, Diseño: “No experimental o expost-facto”.			
Tipos de Documentos		Criterios de selección de documentos	Técnicas de recojo de información
Libros, Revistas indexadas, Tesis de Pre y Posgrado, monografías, legislación, manuales, entre otros.		Calidad del contenido, Validez e importancia del contenido, originalidad, entre otros.	Análisis Documental Entrevista
Objetivos		Categorías o temas preliminares	Instrumentos para recoger información
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Determinar una aproximación Teórica de Prueba Electrónica.</li> <li>▪ Identificar las características de la Prueba Electrónica</li> <li>▪ Establecer diferencias entre Prueba Documental y Prueba Electrónica.</li> <li>▪ Identificar el bien jurídico protegido en el delito de <i>grooming</i>.</li> <li>▪ Determinar las implicancias de la Prueba electrónica en la investigación de ciberdelitos.</li> </ul>		Primera Categoría: Delito de <i>Grooming</i> Segunda Categoría: Prueba Electrónica	Subcategorías Preliminares Subcategoría 1: Tutela Penal de la indemnidad sexual de menores. Subcategoría 2: Técnicas Especiales de entornos Digitales
Bibliografía de sustento para la justificación y delimitación del problema (en formato APA)		Bibliografía de sustento usada para el diseño metodológico (en formato APA)	
Sánchez, R. (2018). <i>El Proyecto y la Tesis jurídica. Guía para su elaboración en el pre y posgrado</i> . Lima: ffecaat.		Ñaupas et al. (2018). <i>Metodología de la investigación cuantitativa-cualitativa y Redacción de la Tesis. Quinta edición</i> . Bogotá: Grijley.	