
Análisis crítico del artículo 5° de la ley n° 30096. “La violación a la indemnidad y libertad sexual a través de la tecnología”

Miguel Ángel Vidalón Choque¹

SUMARIO

El presente ensayo realiza un análisis crítico del art. 5° de la Ley N.º 30096, sobre la violación a la indemnidad y libertad sexual a través de la tecnología, partiendo desde la previa delimitación del bien jurídico protegido se analizan cuestiones dogmáticas en relación al *iter criminis* entre otros aspectos, y se concluye con algunas reflexiones teóricas que conducen a la afirmación de que el citado artículo 5° de la Ley en estudio no se ajusta a los principios que inspiran la aplicación y habilitación del derecho a castigar del Estado y además contiene un vicio de inconstitucionalidad.

ABSTRACT

This paper makes a critical analysis of art. 5th of Law No. 30096, on the violation of the indemnity and sexual freedom through technology, starting from the previous delimitation of the legally protected asset, dogmatic issues are discussed in relation to *iter criminis* among other aspects, and concludes with some theoretical considerations that lead to the assertion that Article 5 of the Law under consideration does not conform to the principles that underlie the implementation and enable the right to punish of the State and also contains a vice of unconstitutionality.

PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Como consecuencia de la globalización y el avance tecnológico, la sociedad es receptora, en principio, de un progresivo avance y evolución de códigos que hacen de la vida del hombre una actividad moderna y práctica². Sin embargo, tal avance tecnológico también ha despertado una sensación de inseguridad en la clase política de nuestro país, de tal forma que ha concebido el avance tecnológico como un canal mediante el cual viaja una amenazante fuente de peligros para un sector vulnerable de la población, de manera que se ha optado por entender que tales medios tecnológicos ponen en peligro, la concreta vigencia de ciertos bienes jurídicos. Nuestro legislador ha relacionado la vulnerabilidad de cierto sector indefenso de la población con

¹ Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Socio Fundador del Estudio “Vidalón & Asociados”. Docente del Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos – CESJUL (Colombia). V Premio a la Excelencia Académica en Derecho “José León Barandarian Hart”.

² Al respecto: Art. Luis Gracia Martín: LOS ÁMBITOS Y LAS MANIFESTACIONES DEL DERECHO PENAL MODERNO. - “La doctrina penal incluye en el actual “Derecho Penal Moderno” a una pluralidad de nuevos tipos penales que amplían la intervención penal a ámbitos que, como por ejemplo el de la actividad económica, habían permanecido tradicionalmente y en mayor o menor medida fuera de su alcance...” En “DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA” Coordinadores: Francisco R. Heydegger/ Atahumán P. Jhuliana. Idemsa, primera edición marzo del 2013. P. 13-75.

el avance tecnológico, atendiendo a la poca capacidad que tienen éstos para discernir y disuadir, respecto y sobre, las actividades peligrosas [acciones] que dirigen otras personas para lesionar su derecho [bien jurídico] a la indemnidad y libertad sexual.

A saber de tal situación, debemos afirmar que una vez más el Legislador recurre al derecho penal para justificar una forma de criminalización estatal que se orienta y justifica en la protección de la indemnidad y la libertad sexual de niños, niñas y adolescentes que en el interactuar tecnológico, son aprehendidos para fines sexuales³. Tal situación, sin ánimo de oscurecer la buena voluntad y preocupación con la que debió contar el legislador al momento de diseñar la ley en comento, representa –no obstante– una manifestación expansiva negativa del *ius puniendi* en la lucha contra la criminalidad, con la única finalidad de darle prestigio y presencia al Estado, el mismo que actúa indudablemente sugerido por las demandas de los medios de comunicación.

Frente a tal escenario, el Estado a través del derecho penal ha recurrido una vez más a la criminalización [prevención general] y punición [prevención especial] de la lesión a la indemnidad y libertad sexual de menores de edad, figura que por demás está decir, es tutelado ya por los artículos 173°; 175°; y, 183° - A del código penal peruano. De tal forma que, con la dación de la ley N° 30096, específicamente en su artículo 5°, es posible advertir con claridad una fórmula que carece de utilidad jurídica y más bien pareciese que a lo que verdaderamente obedece son afines estratégicos para atender demandas populistas y partidarias, máxime si como se dejó entre ver, dentro de nuestra legislación existente, hasta antes de la dación de la citada ley, ya se establecían vías orientadas a contener acontecimientos que tiene que ver precisamente con las lesiones a la libertad sexual e indemnidad de menores de edad.

En ese sentido, precisaremos que la fórmula contenida en el artículo 5° de la ley 30096 carece de utilidad y razón en un Estado que entiende al Derecho Penal como un instrumento de control que opera como última ratio, caracterizado por los principios de subsidiariedad y fragmentación; dando lugar por el contrario, un marcado afán por adelantar las barreras de punibilidad a esferas no punibles de la libertad del hombre.

EL BIEN JURIDICO TUTELADO

Para entender y justificar la existencia de la **ley** penal como única manifestación de prevención y represión con la que cuenta el Estado para punir conductas⁴, debe hacerse la pregunta de qué es lo que se pretende salvaguardar con ella, o lo que equivale a decir lo mismo, cuál es su objeto de tutela, de manera

³ Ver artículo 5° de la Ley N° 30096.

⁴ Cfr. Jorge Rendón Vásquez. En "EL DERECHO COMO NORMA Y RELACIÓN SOCIAL" – Sección I – Fuentes de creación del Derecho – Lima agosto 1984. P. 172. // Luis Jiménez de Asúa. En "LA LEY Y EL DELITO" - La Ley Penal y su Exclusivismo – Buenos Aires – Argentina; segunda edición – marzo de 1954. P. 92. // Claude Du Pasquier. En "INTRODUCCION AL DERECHO", traducción del francés y notas por Julio Ayasta Gonzalez. Lima – Perú tercera edición 1983. P. 34. // Eugenio Raúl Zaffaroni. En "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL – TOMO I" Ediciones jurídicas 1986. P. 389. // Felipe Villavicencio Terreros. En "DERECHO PENAL PARTE GENERAL" Cuarta reimpresión, enero del 2013. P. 94. // Francisco Muñoz Conde. En "DERECHO PENAL PARTE GENERAL" - 4ta edición, setiembre del 2000. P. 64.

que deberá establecerse que con ella se busca la protección efectiva de ciertos valores elevados a la categoría de bienes jurídicos; tal premisa, como una condición de límite operacional impuesto por el propio Estado en su pretendida intromisión en el ámbito de las libertades individuales⁵.

El artículo 1° de la ley N° 30096 [en adelante la ley] acotando el objeto que tiene la ley, ha establecido que la misma tiene por objeto la prevención y sanción de conductas que afecten los sistemas y datos informáticos y **otros bienes jurídicos de relevancia penal**, cometidos mediante la utilización de tecnologías de la información o de la comunicación con la finalidad de garantizar la lucha eficaz contra la ciberdelincuencia. En ese sentido, el ámbito de protección que diseña lo regulado en el artículo 5° de la ley, **se orienta a tutelar la indemnidad y libertad sexual** de niños, niñas y adolescentes, por lo que, estando al objeto de la ley, debe entenderse que éstos entran a llenar el contenido de lo que en ella se ha resumido como **“otros bienes jurídicos de relevancia penal”**. Por tal razón, deberá entenderse que la necesidad y merecimiento de pena se habilitará siempre que, como primer supuesto, se tenga la lesión de la indemnidad y libertad sexual de niños, niñas y adolescentes a través de las formas que reza el artículo 5° de la ley.

Al respecto, el artículo 173° del código penal, sanciona las relaciones sexuales sostenidas con menores de edad, entre ellos a quienes se refiere el artículo 5° de la ley, por lo que se evidencia que ambas disposiciones tiene un común denominador, que viene a ser el afán protector de la indemnidad sexual como bien jurídico tutelado frente a determinados comportamientos. En ese mismo orden de ideas, cuando en su segundo párrafo el mismo artículo 5° de la ley sanciona una modalidad engañosa para consumir el hecho, debemos echar un vistazo al artículo 175° del código penal, que con buena técnica legislativa sanciona a quienes mediante engaño sostengan relaciones sexuales con menores entre 14 y menores de 18 años, entendiendo que la libertad sexual debe protegerse bajo supuestos engañosos de comisión.

En este sentido, atendiendo al bien jurídico que protege el artículo 5° de la ley, de su tenor se advierte un mismo objeto de protección en relación a los artículos 173° y 175° del código penal vigente. Por lo que, atendiendo al resultado no deseable, el fundamento de la pena, para los que finalmente con-

⁵ Ob. Cit., Luis Jiménez de Asúa. “Norma y Bien Jurídico”. P. 20. // Raúl Peña Cabrera. En “TRATADO DE DERECHO PENAL – PARTE GENERAL VOLUMEN I” tercera edición, Lima-Perú 1983. P. 16. Al respecto señala “Sin olvidar que el concepto de bien jurídico es todavía oscuro, creemos que su noción constituye un serio valladar a la acción represiva del Estado. Es insoslayable la subjetividad del legislador en la difícil tarea de la determinación del bien que debe protegerse penalmente; e inclusive el parámetro de la Constitución Política no es suficiente para evitar el desborde del subjetivismo que sustenta los juicios de valor, que precisamente, dan origen al bien jurídico. Lo importante reside en reconocer que por encima de la intensión legislativa hay intereses vitales en la comunidad que son indispensables para la normal convivencia”. // Alberto Binder. En “ANÁLISIS POLÍTICO CRIMINAL” primera edición – 2011. Buenos Aires – Argentina. P. 10. // Hans-Heinrich Jescheck Thomas Weigend. En “TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL – VOLUMEN I” Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Traducción de la 5ta edición alemana. Para el Perú edición octubre del 2014. P. 378. Al respecto: “El punto de partida y la idea rectora de la formación del tipo es el bien jurídico. Los bienes jurídicos son intereses de la comunidad cuya protección garantiza el Derecho Penal”.

sumen el acto deseado dolosamente, es perfectamente ubicable a través de los artículos 173° y 175° del código penal peruano.

EL ITER CRIMINIS⁶

Para entender y sobre todo conocer, el camino o desarrollo del delito, es necesario saber cuándo inicia y cuándo termina ésta, así como las figuras que han de presentarse durante el intervalo temporal [V.gr. tentativa, desistimiento, arrepentimiento, consumación, etc.].⁷

Cuando el artículo 5° de la ley hace una descripción típica, lo hace también respecto de una descripción cronológica de sucesos que han de verificarse en la realidad, en ese sentido, debe ajustarse el análisis típico y cronológico que aquí se pretende hacer, en función al siguiente tenor: “*el que a través de las tecnologías de información o de la comunicación, contacta con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para llevar a cabo actividades sexuales con él*”. Nótese que la descripción legal del dispositivo precitado no exige la producción final de ningún resultado en concreto, solo precisa la cláusula “contactar” a la que se refiere como medio para tutelar la puesta en peligro de la **indemnidad sexual** del menor de 14 años a través de la obtención del material pornográfico solicitado u obtenido, y la **libertad sexual** de los menores de 18 años que son engañados para sostener relaciones sexuales; recalcando siempre, que la sola puesta en peligro de tales bienes jurídicos es lo que se tutela, mas no su efectiva lesión⁸.

En ese sentido, el camino a desarrollar en el tipo a comentarse parte de la idea de que el agente activo despliegue toda una estrategia para obtener material pornográfico o sostener relaciones sexuales con su víctima, utilizando siempre las tecnologías de información o de la comunicación. Ahora bien, debemos establecer si la condición objetiva de punibilidad del tipo es acorde con los principios que limitan la intromisión del derecho penal en esferas de la libertad del hombre que no son tutelados por ésta rama del derecho. Ello atendiendo a que nuestro ordenamiento jurídico-penal se inspira en el **principio de lesividad**⁹ para imponer penas a las personas.

Como quiera que únicamente la efectiva lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos habilita la imposición de una pena por el derecho a punir del Estado, debemos cuidar que tal exigencia de lesión o puesta en peligro se ubique —necesariamente— dentro de la **ejecución** [*cuando se pune la tentativa*]¹⁰ o **consuma-**

⁶ Ob. Cit. Raúl Peña Cabrera. P. 295. CAPITULO XIII – 1).- ITER CRIMINIS.

⁷ Ob. Cit. Felipe Villavicencio Terreros. P. 415.

⁸ Al respecto, el Dr. Jorge Luis Salas Arenas. En “INDEMNIDAD SEXUAL – TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS RELACIONES SEXUALES CON MENORES DE 14 A 18 AÑOS”. Primera edición. Lima – Perú, agosto del 2013. P. 38.

⁹ Ob. Cit. Felipe Villavicencio Terreros. P. 102.

¹⁰ Vid. Marcelo A. Sancinetti. En “TEORÍA DEL DELITO Y DISVALOR DE LA ACCIÓN”. – La Teoría de la Tentativa – El Problema de las Teorías sobre El Fundamento de la Punibilidad de la Tentativa. Tera edición, mayo del 1991. Buenos Aires – Argentina. P. 353.

ción [cuando se precisa de un resultado] del hecho a sancionar, o lo que es igual, se ubique fuera de aquella esfera de la libertad del hombre que carece de sanción, tal afirmación tiene asidero en el aforismo de que nadie sufrirá un castigo por pensar algo delictivo, *cogitationis poenam nemo patitur*¹¹. En tal sentido, habría que diseminar la conducta entendida como un hecho, para analizar en función a actos de ideación, preparación, ejecución y consumación del hecho¹².

La parte general del derecho penal se ha preocupado siempre por separar el camino del desarrollo del delito en dos aspectos¹³: uno subjetivo y otro objetivo, y ello lo hace con la finalidad de separar los actos de ideación y preparación¹⁴, de aquellos que importan la ejecución y consumación del hecho. Tal separación atiende a que cuando el desarrollo del delito se encontrase en fase de ideación y preparación del hecho final, se entenderá que tal situación se halla en la fas interna de libertad carente de punibilidad del sujeto, por lo que todo intento de punir su contenido resultará contrario al principio de lesividad. Por el contrario, cuando en el desarrollo del hecho se exteriorice la conducta de la fas subjetiva del sujeto, esto es, cuando se encontrase en la fase de ejecución y consumación, los actos llevados a cabo resultarán sancionables siempre que la ley así lo haya establecido, ya sea como una tentativa, o como un delito consumado¹⁵.

— LA FAS SUBJETIVA – PSÍQUICA DEL SUJETO [IDEACIÓN Y PREPARACIÓN]

Todo delito doloso precisa también de la verificación de actos previos a los comúnmente conocidos actos de ejecución y consumación, estos actos han sido estudiados para ilustrar el camino psicológico del delito en cuanto se entiende que la piedra angular o sustantivo del delito será siempre la conducta humana. En ese sentido, existe en el aspecto subjetivo del agente que se dispone a encaminar un acontecer en el mundo exterior, un despliegue de energía que activa en su pensamiento una idea resuelta como objetivo deseado en el mundo real que aún no se ha materializado. Y que ni siquiera se ha puesto en marcha aún, sino tan solo graficado mentalmente.

Como quiera que la sola representación mental [*idea delictiva*] no constituye un fin en sí mismo, sino que su origen atiende a la aspiración que tiene el sujeto de poder concretar la idea en el mundo exterior, es necesario que el agente adopte las medidas que aseguren el éxito de la puesta en marcha de su

¹¹ Al respecto, Luis Miguel Bramont Arias Torres. En "MANUAL DE DERECHO PENAL – PARTE GENERAL". Tercera edición 2005. P. 341. "El derecho penal sanciona conductas y no pensamientos, pero existen casos en los que es difícil determinar la frontera entre estos puntos y, de ese modo, saber cuándo interviene el poder punitivo estatal. Al respecto el profesor Welzel señala: La simple decisión de la acción no es punible: *cogitationis poenam nemo patitur* (los simples pensamientos no pueden ser sancionados – Ulpiano)"

¹² Ob. Cit. Eugenio Raúl Zaffaroni. P. 337.

¹³ Ver. James Reategui Sánchez. En "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL – VOLUMEN II". Primera edición, julio 2014. P. 1012.

¹⁴ Ob. Cit. Luis Miguel Bramont Arias Torres. P. 342.

¹⁵ Ob. Cit. Eugenio Raúl Zaffaroni. Tomo I. P. 343. "Estructura de la Conducta – 194. La anticipación bio-cibernetica. No podemos hablar de elementos de la conducta como si la conducta de compusiese de una suma de elementos, pero podemos considerar en el análisis aspectos de la conducta y, básicamente, distinguir el aspecto interno del aspecto externo".

accionar¹⁶. Tales medidas no son empero los actos de ejecución, sino meros actos de preparación, actos, que dicho sea de paso, carecen de fundamento punitivo¹⁷. Pero cómo diferenciar los actos de preparación de aquellos actos de ejecución¹⁸; la respuesta no resulta tan simple, más aún si se toma en cuenta que ambos acontecimientos – “**preparación y ejecución**”¹⁹ – pueden resultar confusos en el común hablar del hombre, ello porque tanto la preparación como la ejecución pueden ser advertidos de manera naturalista en algún escenario como casi lo mismo, de tal suerte que suele referirse a uno de ellos como si se tratase de lo mismo, absorbiéndose contenidos. Por ejemplo, si yo quiero almorzar un platillo X, previamente ideado, la compra de ingredientes para el platillo pensado y la mixtura gastronómica de los ingredientes comprados, son comúnmente descritos bajo la fórmula de *preparación del platillo*; si se quiere entender jurídicamente tal orden, lo correcto sería afirmar que la compra de los ingredientes del platillo constituyen **actos de preparación**, y los actos que implican combinar los ingredientes constituirían **actos de ejecución**, siendo así, la respuesta de quien afirma estar preparando una comida no hace otra cosa más que manifestar que lo que en realidad está haciendo es ejecutar una comida; otro ejemplo más familiar resultaría al imaginar si para que A matase a B [ideación] A compra el arma [preparación] y finalmente empuña el arma y dispara a B [ejecución]; nótese que de la verificación de los ejemplos antes propuestos, podemos asignar características a los actos de preparación que los diferencian de aquellos actos de ejecución, atendiendo al tiempo y forma en la que estos aparecen en la realidad. En ese sentido, los actos de preparación **importan un canal**²⁰ que busca conectar siempre el aspecto subjetivo-natural [ideación] con el aspecto objetivo-material [ejecución], de tal suerte que la preparación crea las *condiciones periféricas*²¹ exigidas por la idea delictiva

¹⁶ Ibidem. P. 343. “Al aspecto interno de la conducta pertenece la proposición de un fin y la selección de los medios para su obtención. Siempre que nos proponemos un fin, retrocedemos mentalmente desde la representación del fin para seleccionar los medios con que poner en marcha la causalidad para que se produzca el resultado querido. En esa selección no podemos menos que representarnos también los resultados concomitantes”.

¹⁷ Ob. Cit. James Reátegui Sánchez. P. 1015. // Ob. Cit. Felipe Villavicencio Terreros. P. 418. “En relación a la penalidad, la regla general es que los actos preparatorios son atípicos, por ende, impune. En otras palabras, los actos son equívocos, ya que pueden ser entendidos dentro del ámbito de las conductas socialmente permitidas; estos actos se hallan muy alejados a una posible consumación típica del delito, que no significa una seria amenaza para el bien jurídico protegido”.

¹⁸ Ob. Cit. Francisco Muñoz Conde. P. 479. “Sin embargo, la indeterminación de muchos de los términos empleados en la descripción de la acción típica, de cuya ejecución se trata [matar, apoderarse de una cosa, acceso carnal], dificulta enormemente la delimitación entre el acto ejecutivo y el acto preparatorio del delito. ¿Es acto de ejecución de un asesinato comprar el veneno que se piensa suministrar a la víctima? ¿Es acto de ejecución sacar la pistola de su funda o quitar el seguro para disparar? ¿Es acto de ejecución del robo con fuerza en las cosas apoyar la escalera en el muro de la casa donde se piensa robar? ¿Es acto ejecutivo del aborto explorar a la embarazada antes de comenzar la operación abortiva? Con casos como éstos, o similares a éstos se enfrenta la praxis jurídico – penal diariamente y la verdad es que resulta difícil, con ayuda de una teoría puramente formal, precisar con seguridad dónde termina la fase simplemente preparatoria (impune) y comienza la ejecutiva del delito (punible)”

¹⁹ Cfr. Ob. Cit. Luis Miguel Bramont Arias Torres. P. 344. “Es complejo determinar el momento en que la exteriorización de un comportamiento es relevante penalmente. Los actos preparatorios son aquellos que se presentan con anterioridad a la ejecución del delito y están dirigidos a facilitarlo”.

²⁰ Ob. Cit. Felipe Villavicencio Terreros. P. 418.

²¹ Ob. Cit. Raúl Eugenio Zaffaroni. P. 343. Al respecto el profesor Zaffaroni ha preferido llamarlos “resultados concomitantes”.

del agente para poner en marcha la acción ejecutiva, la misma que tiene una conexión directa con la consumación del hecho ideado.

Así las cosas, para poder separar los actos de preparación de los actos de ejecución, se precisa tener en claro cuál es el objeto final de la acción pensada en la fase de ideación, para que a partir de ello pueda hacerse una separación de los actos periféricos que preparan las condiciones de ejecución, y que solo aquellos actos que mantiene una conexión directa con el objeto final pensado, sean calificados y entendidos como actos ejecutivos del hecho.

— LA FASE OBJETIVA – MATERIAL DEL SUJETO [EJECUCIÓN Y CONSUMACIÓN]

En base a lo expuesto en el apartado anterior, corresponden al aspecto material del delito, los actos de ejecución y consumación del hecho²², así las cosas, el escenario inmediato a la fase de preparación, es el comienzo [ejecución] de la acción que busca desembocar inmediatamente en el objeto pensado en la fase de ideación [consumación]²³. Esto es, la fase ejecutiva del hecho parte, ya no a la preparación de condiciones de éxito de la ejecución, sino con el despliegue de energía dirigido a la lesión inmediata del bien jurídico protegido.

Cuando el ordenamiento jurídico sanciona la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos, lo hace tomando como referencia los actos de ejecución y consumación del hecho como verdaderas manifestaciones que merecen ser sancionables. En ese sentido, cuando se comenzase con la ejecución del hecho sin haber llegado a su consumación, conforme al artículo 16° del código penal, el juez disminuirá la pena²⁵; *“La Sala Penal de la Corte Suprema declara la conformidad de la sentencia de vista que declara la responsabilidad penal del imputado por delito de violación sexual de menor de edad en grado de tentativa, estableciendo la existencia de inicio de la ejecución con el intento de penetración”* [RN N° 408–2003]. Tal razonamiento establece la responsabilidad del agente en grado de tentativa atendiendo a la relación existente entre la determinación psicológica del acto de violación ideado [objeto pensado], que parte de un objeto tutelado *“indemnidad sexual”*, y el despliegue de energía que en concreto se ha exteriorizado para lesionar un bien jurídico que a lo mucho se ha puesto en peligro, pero que constituye mérito para la imposición de una consecuencia penal.

²² Ob. Cit. Luis Bramont Arias Torres. P. 344. – Fase Externa.

²³ Ob. Cit. Marcelo Sancinetti. P. 357. Al respecto: “Feuerbach define la tentativa como – una acción intencionalmente dirigida a la producción del delito –, que tendría que ser objetivamente peligrosa; una acción solo es (externamente) antijurídica cuando lesiona o pone en peligro el derecho; la sola intención contraria al derecho, no produciría la antijuridicidad de ninguna acción. No solo la actuación de la voluntad dirigida al hecho punible por una conducta exterior, sino la conducta de una determinada cualidad que contradice el orden jurídico externamente, porque lesiona o pone en peligro el bien jurídico, podría ser objeto de la injerencia penal. [quien habla de del delito de administrar un supuesto veneno, o bien, de la tentativa de dar muerte a un cadáver, confunde lo moral con lo jurídico, los fundamentos de la política de seguridad con el derecho a la pena, y deberá considerar también culpable de una tentativa de homicidio al bávaro que se dirige hacia una capilla en peregrinaje para rogar allí por la muerte de su vecino]”

²⁴ Ob. Cit. Raúl Peña Cabrera. P. 296.

²⁵ Ibidem. Peña Cabrera, Raúl. 2).- TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO DE LA TENTATIVA.

Con la consumación no hay mayor inconveniente en su apreciación y verificación en el mundo real, toda vez que su materialización resuelve objetivamente la idea pensada en la fase subjetiva. Por ello que la idea de consumación es también admitida como la resolución del acto pensado, el mismo que fundamenta la pena en tanto acontecimiento típico antijurídico y culpable.

EL CAMINO Y DESARROLLO DEL SUPUESTO CONTEMPLADO EN EL ART. 5° DE LA LEY N° 30096

El capítulo III de la Ley hace referencia a los delitos informáticos contra la indemnidad y la libertad sexual, por tal aseveración, podríamos llegar a una primera conclusión, y es que el objeto o bien jurídico a tutelar con el tipo penal en comento sería **“la indemnidad y la libertad sexual”**. Tal idea pareciera alejarse de la realidad cuando al echar un vistazo por el artículo 5°, se evidencia que lo realmente sancionable es la proposición con fines sexuales, por medios tecnológicos, a niños, niñas y adolescentes.

Cuando el artículo 5° de la ley sanciona al agente que **“contacta”** a un menor **“para”** obtener y/o llevar a cabo actividades lesivas a su indemnidad o libertad sexual, lo hace describiendo dos situaciones que resultan confusas en cuanto al objeto resultativo que constituye mérito para entender que un hecho se ha consumado. Es decir, cuando el artículo en comento exige como primer acontecimiento el “contactar” a una víctima “para” preparar las condiciones de lesión a su indemnidad o libertad sexual, podemos entender que tal descripción, busca sancionar las “propuestas” con fines sexuales a niños, niñas y adolescentes a través de la tecnología. Si esto es así, habría que entender el **“acto de contactar”** a través de la tecnología, como una condición objetiva del tipo que debe verificarse en el acontecimiento del delito, pero debe tenerse también en cuenta, que el artículo no hace referencia a cualquier **“acto de contactar”**, sino que aquel acto debe estar caracterizado por un marcado afán pornográfico o sexual por parte del agente. Esto es, el tipo no busca sancionar el mero “contacto” a través de la tecnología con menores de edad, sino que la necesidad punitiva, entiende el legislador, surge cuando el agente contacta con la intención de, u obtener material pornográfico de la víctima, o sostener con él, relaciones sexuales.

En ese orden de ideas, qué duda cabe de que lo que el legislador ha querido sancionar es la puesta en peligro de la indemnidad y la libertad sexual a través del artículo 5° de la ley. Así las cosas, debe establecerse si a ese peligro creado por el agente, puede asignársele un contenido objetivo-material **verificable en la fase externa**, o le es asignable un contenido subjetivo-psicológico verificable en la fase interna.

LA FASE SUBJETIVA-PSICOLÓGICA [FASE INTERNA DEL DELITO]

Como habíamos hecho referencia, la pena precisa de la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos, lo que únicamente es justificable en la medida que la conducta humana haya avanzado o seguido un curso que mínimamente haga

advertir actos de ejecución del hecho, de manera que, al no encontrar peligro al amparo de actos ejecutivos respecto a la lesión de un bien jurídico, todo intento de sanción contravendría el principio de lesividad²⁶.

Ahora bien, debemos enfocar nuestra atención en poder establecer cuál es el objeto final de la acción, o lo que es lo mismo, cual es la “idea criminal” del agente, idea que por lo general, está siempre relacionada con la lesión de algún bien jurídico, de aquí que su contenido sea “criminal”, puesto que, al no estar la idea del agente vinculada a la lesión de ningún bien jurídico, no podría hablarse de una “idea criminal”. En ese sentido, lo que pretendemos establecer es, cuál es la “idea criminal” del agente, atendiendo al artículo 5° de la ley. Si bien es cierto que el tenor del artículo se circunscribe a una *“proposición hecha por parte del agente, con fines sexuales por medios tecnológicos a niños, niñas y adolescentes”*, no podemos concebir tal idea, como el objetivo final deseado por el agente. Más razonable sería consensuar y dar por zanjado el asunto, y afirmar que la idea criminal aquí es la de obtener material pornográfico y/o sostener una actividad sexual con la víctima, ya sea ésta niño, niña o adolescente.

Estando de acuerdo en que el objeto final de la acción es lesionar la indemnidad o libertad sexual de la víctima, debemos adelantar la siguiente conclusión; que la “idea criminal” en el presente análisis, no es, ni la de *“contactar a menores”*, ni la de *“solicitar, obtener o pretender”* de él, o material pornográfico, o actividad sexual respectivamente. Resulta importantísimo tener en claro la “idea criminal”, porque lo que se desea como “objetivo final” marca el inicio de la fase subjetiva para el desarrollo del delito, haciendo posible de ésta forma, la identificación y separación de las fases de preparación, ejecución y consumación²⁷.

Si lo que tengo como idea criminal es lesionar la indemnidad y libertad sexual del menor, corresponde ahora tener cuidado para no confundir los actos de preparación con los actos de ejecución. Así las cosas, qué es lo primero que hace, o haría en éste caso, una persona que pretende lesionar los bienes jurídicos antes referidos teniendo como medio las tecnologías de la información o de la comunicación. La respuesta sería que el primer paso en ésta fase vendría a ser la identificación de la víctima, sujeto pasivo sobre quien se realizarán los actos de preparación.

Los actos de preparación, o actos que buscan conectar la idea con la ejecución, como su nombre mismo lo dice, son acontecimientos previos a la puesta en marcha inmediata de la energía del agente sobre el objeto que se quiso lesionar. Por ello somos de la idea de que cuando en el artículo en comento se

²⁶ Ob. Cit., Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal Parte General. P. 296. Al respecto: “Es concebido que no hay delito sin acción. Las ideas por muy deliberadas que fueren no son objeto de aplicación de la ley penal. El pensamiento no delinque, principio consagrado en la fórmula de Ulpiano – cogitationis poenae nemo patitur –”.

²⁷ Ob. Cit. Raúl Eugenio Zaffaroni. P. 342. – [191.- Voluntad y Deseo].

hace alusión al acto de “contactar” a un menor de edad, ello no hace referencia a otra cosa más que a actos de preparación de hecho. En ese sentido, si bien para el legislador puede resultar un riesgo el “contactar” con menores de edad siempre que la finalidad este determinada por la lesión o puesta en peligro a los bienes jurídicos de indemnidad y libertad sexual, el acto de “*contactar*”, no deja de ser un acto de preparación, el mismo que no podría fundamentar la imposición de una pena.

Cuando se entra al plano de riesgos no deseados, también debe tenerse muy en cuenta que hay **riesgos**²⁸ con los que la sociedad ha decidido convivir, ello como consecuencia necesaria para hacer de la vida del hombre más fácil. Por esa razón, el “contactar” personas por internet, forma parte del riesgo permitido en tanto simple acto de “contactar”.

Cuando el artículo 5° de la ley se refiere a ciertos acontecimientos que hacen suponer el incremento del riesgo ya existente, pone en evidencia su preocupación por la “**intensión**” con la que el agente “contacta” con otros, y es precisamente éste acontecimiento el que descansa bajo la fórmula “*para obtener y/o llevar a cabo actividades lesivas a su indemnidad o libertad sexual*”. Nótese que cuando se hace tal descripción, se hace con la finalidad de cualificar el acto de “*contactar*”, esto es, para seleccionar únicamente aquellas conexiones hechas con una determinada finalidad, de manera que cuando se contacte fuera de esa cualidad no se asume ninguna preocupación.

La pregunta ahora pasa por establecer cómo debe entenderse tal fórmula “*para obtener y/o llevar a cabo actividades lesivas a su indemnidad o libertad sexual*”, cómo un mero acontecer psicológico ideal en la **mente del agente**²⁹, o cómo una manifestación de acontecimientos que importan el despliegue de energía para alcanzar tal objetivo. Si partimos de la idea de que los actos de ideación carecen de relevancia penal, entonces necesariamente debemos entender que la descripción del artículo 5° de la ley se refiere a la manifestación de acontecimientos que importan el despliegue de energía para alcanzar el objetivo; pero de qué forma, y cómo debe entenderse este despliegue de energía, cómo actos de preparación o actos de ejecución.

Cuando en el artículo 5° de la ley se advierte la cláusula “*para solicitar, obtener o llevar a cabo actos lesivos a la indemnidad o libertad sexual de un menor*” se entiende con tal fórmula un despliegue de energía del agente para preparar un terreno que haga factible la lesión a los bienes jurídicos “*indemnidad o libertad sexual*”. En ese sentido, la “proposición” que hace el agente para acceder a una posición ventajosa sobre los bienes jurídicos en mención no constituyen

²⁸ Al respecto Claus Roxin. En “LA TEORÍA DEL DELITO EN LA ACTUAL DISCUSIÓN”. Primera edición, agosto del 2007. P. 127. –Intentos de Determinar el Riesgo Permitido en el Primer Actor no Doloso–.

²⁹ J. L. Rubinstein. En “PRINCIPIOS DE PSICOLOGÍA GENERAL”. 1967 Editorial Grijalbo, México D.F. P. 378. CAPITULO X –El Pensamiento–.

actos de ejecución sino tan solo meros actos de preparación. Por tal, la “**proposición**” que realiza el agente a su potencial víctima, no hace más que marcar el inicio de la preparación de condiciones que viabilicen la ejecución de acto lesivo, esto es, la de sostener relaciones sexuales con el menor. Ahora bien, con relación a la modalidad de “solicitud u obtención” de material pornográfico de la víctima, no puede resultar –tales conceptos– equiparable, toda vez que los conceptos “*solicitar* y “*obtener*” corresponden a momentos distintos y excluyentes. Si el agente realiza la solicitud, sin la obtención, se estaría asumiendo que el “acto de solicitar” configuraría ya el delito en mención. Pero cuando se hace referencia a la “obtención”, se exige un resultado que excluiría los actos previos tales como la misma solicitud.

— LA FASE OBJETIVA–MATERIAL [FASE EXTERNA DEL DELITO]

Si se entiende que lo descrito en el artículo 5° de la ley hace referencia a los actos previos, tales como ideación y preparación, los actos de ejecución y consumación son los que claramente pueden desprenderse del artículo 173° del código penal, el mismo que sanciona los actos ejecutivos sin necesidad de esperar la consumación del objeto ideado en la fase psicológica. En ese sentido, consideramos que el alcance punitivo que describe el artículo 5° de la ley carece de técnica legislativa en el sentido de que intenta sancionar con una pena actos que no corresponden a la fase objetiva-material.

La fase material únicamente puede admitir actos de ejecución y consumación, dejando fuera de su radar aquellas manifestaciones previas a su materialización. Una idea correcta de descripción es la que regula el artículo 173° del código penal, en el sentido de que describe actos de ejecución y consumación con el objetivo último de lesionar la indemnidad sexual. Asimismo, el artículo 175° del mismo código ya regula la modalidad engañosa a través de la cual el agente pretende alcanzar y por ende concretar la idea criminal. Por ello que resulta importante siempre precisar cuál es la “idea criminal” de manera que podamos hacer una separación de los grados de desarrollo del delito.

En ese sentido, no hay fundamento ni criterio para que se justifique un delito que es mejor descrito en los artículos 173° y 175° del código penal, en el sentido el artículo 5° de la ley, no describe actos de ejecución ni consumación sino que solo hace una descripción de actos previos a tales estadios, haciendo una descripción de verdaderos actos que importan la ideación y preparación del hecho.

— CONCLUSIONES

La existencia de la ley penal atiende siempre a un objeto de tutela, de manera que con ella se busca la protección efectiva de ciertos valores elevados a la categoría de bienes jurídicos. Ello como una condición de límite operacional

impuesto por el propio Estado en su pretendida intromisión en el ámbito de las libertades individuales.

El ámbito de protección diseñado por el artículo 5° de la ley 30096, **se orienta a tutelar la indemnidad y libertad sexual** de niños, niñas y adolescentes. Por tal razón, se entiende que la necesidad y merecimiento de pena se habilitará siempre que se tenga la puesta en peligro o lesión de la indemnidad y libertad sexual de niños, niñas y adolescentes utilizando a través de las formas que reza el artículo 5° de la ley.

El Artículo 5° de la ley no precisa claramente un resultado como exigencia de lesión atendiendo a la indemnidad y libertad sexual. Tal descripción hace una referencia de “mera actividad” a través de las cláusulas “contactar”, lo que pareciera ser lo exigido por el tipo para sancionar, idea que nos parece carente de sustento para fundamentar la imposición de una pena.

Si la “idea criminal” última es la de sostener relaciones sexuales o la de obtener el material pornográfico de la víctima, se debe considerar que los actos previos al contacto potencial de éstos con el menor o adolescente carecen de necesidad y merecimiento de pena. Máxime si los “contactos” que se pueden sostener con la potencial víctima pueden darse a través de la tecnología de continente a continente. Si ello es así, no debería, la solicitud u obtención de material pornográfico sancionarse con el artículo 5° de la ley, sino sancionarse al amparo de lo establecido en el artículo 183-A del código penal.

El objeto de tutela que se pretende proteger con el artículo 5° de la Ley 30096, carece de buena técnica legislativa. Por el contrario, a tales supuestos, resulta más adecuado aplicar los artículos 173°, 175°, y 183-A.

La dación de la ley N° 30096, y específicamente el artículo 5° que forma parte de ella, no se ajusta a los principios que inspiran la aplicación y habilitación del derecho a castigar del Estado. Por lo que, bien en un momento dado podría considerarse que tal dispositivo deviene en in-constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- JORGE RENDÓN VÁSQUEZ. En “EL DERECHO COMO NORMA Y RELACIÓN SOCIAL” – Sección I – Fuentes de creación del Derecho – Lima agosto 1984. //
- LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. En “LA LEY Y EL DELITO” - La Ley Penal y su Exclusivismo – Buenos Aires – Argentina; segunda edición – marzo de 1954. //
- CLAUDE DU PASQUIER. En “INTRODUCCION AL DERECHO”, traducción del francés y notas por Julio Ayasta Gonzalez. Lima – Perú tercera edición 1983. //
- EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. En “MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL – TOMO I” Ediciones jurídicas 1986. //
- FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS. En “DERECHO PENAL PARTE GENERAL” Cuarta reimpresión, enero del 2013. //
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE. En “DERECHO PENAL PARTE GENERAL” - 4ta edición, setiembre del 2000. //
- RAÚL PEÑA CABRERA. En “TRATADO DE DERECHO PENAL – PARTE GENERAL VOLUMEN I” tercera edición, Lima-Perú 1983. //
- ALBERTO BINDER. En “ANÁLISIS POLÍTICO CRIMINAL” primera edición – 2011. Buenos Aires – Argentina. //
- HANS-HEINRICH JESCHECK THOMAS WEIGEND. En “TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL – VOLUMEN I” Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Traducción de la 5ta edición alemana. Para el Perú edición octubre del 2014. //
- JORGE LUIS SALAS ARENAS. En “INDEMNIDAD SEXUAL – TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS RELACIONES SEXUALES CON MENORES DE 14 A 18 AÑOS”. Primera edición. Lima – Perú, agosto del 2013. //
- MARCELO A. SANCINETTI. En “TEORÍA DEL DELITO Y DISVALOR DE LA ACCIÓN”. – La Teoría de la Tentativa – El Problema de las Teorías sobre El Fundamento de la Punibilidad de la Tentativa. 1era edición, mayo del 1991. Buenos Aires – Argentina. //
- LUIS MIGUEL BRAMONT ARIAS TORRES. En “MANUAL DE DERECHO PENAL – PARTE GENERAL”. Tercera edición 2005. //

- JAMES REATEGUI SÁNCHEZ. En "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL – VOLUMEN II". Primera edición, julio 2014. //
- CLAUS ROXIN. En "LA TEORÍA DEL DELITO EN LA ACTUAL DISCUSIÓN". Primera edición, agosto del 2007. //
- J. L. RUBINSTEIN. En "PRINCIPIOS DE PSICOLOGÍA GENERAL". 1967 Editorial Grijalbo, México D.F. //
- FRANCISCO R. HEYDEGGER Y ATAHUAMÁN P. JHULIANAD COORDINADORES DEL LIBRO "DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA". Idemsa, primera edición marzo del 2013. //

Palabras clave:

Indemnidad sexual, libertad sexual, tecnología, ius puniendi, inconstitucionalidad.

Key words:

Sexual indemnity, sexual freedom, technology, ius puniendi, unconstitutionality.