



*Contacto y embaucamiento con finalidades sexuales a menores de edad a través de medios electrónicos*

*Contact and enticements for sexual purposes to minors through electronic means*

*Contacto e malandragem para fins sexuais a menores através de meios eletrônicos*

Ingrid Roxana Moncada-Roblez<sup>I</sup>  
[imoncada2@utmachala.edu.ec](mailto:imoncada2@utmachala.edu.ec)  
<https://orcid.org/0000-0003-1290-1116>

Angie Luisa Guerrero-Castillo<sup>II</sup>  
[aguerrero5@utmachala.edu.ec](mailto:aguerrero5@utmachala.edu.ec)  
<https://orcid.org/0000-0003-0142-211X>

Gabriel Yovany Suqui-Romero<sup>II</sup>  
[gsuqui@utmachala.edu.ec](mailto:gsuqui@utmachala.edu.ec)  
<https://orcid.org/0000-0002-3704-8193>

**Correspondencia:** [imoncada2@utmachala.edu.ec](mailto:imoncada2@utmachala.edu.ec)

Ciencias Sociales y Políticas  
Artículo de Investigación

\***Recibido:** 15 de diciembre de 2021 \***Aceptado:** 30 de diciembre de 2021 \* **Publicado:** 27 de enero de 2022

- I. Universidad Técnica de Machala, Machala, Ecuador.
- II. Universidad Técnica de Machala, Machala, Ecuador.
- III. Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales de Justicia de la República, Máster Universitario en Derecho, Orientación Investigadora Especialidad En Derecho Penal, Docente Universidad Técnica de Machala, Machala, Ecuador.

## **Resumen**

En la actualidad, dado la repercusión que el internet tiene en la vida de las personas, los menores de edad son potenciales víctimas de manipulación a través de las redes sociales que pueden llegar a repercutir en actividades de carácter sexual. De ahí la necesidad y la importancia desde la academia por abordar esta clase de conductas penales, que pueden llegar a afectar un bien jurídico sensible en la medida que protege a un grupo de atención prioritaria como son los niños, niñas y adolescentes. En este marco, el objetivo general del presente trabajo es analizar los tipos penales del acercamiento y embaucamiento sexuales a través de los medios virtuales hacia los menores de edad.

**Palabras Claves:** Menores de edad; embaucamiento; redes sociales; grooming

## **Abstract**

At present, given the impact that the internet has on people's lives, minors are potential victims of manipulation through social networks that can lead to sexual activities. Hence the need and importance from the academy to address this kind of criminal conduct, which can affect a sensitive legal asset to the extent that it protects a priority care group such as children and adolescents. In this framework, the general objective of this work is to analyze the criminal types of sexual approach and dupe through virtual media towards minors.

**Keywords:** Minors; humbling; social networks; grooming

## **Resumo**

Atualmente, dada a repercussão que a Internet tem na vida das pessoas, os menores são potenciais vítimas de manipulação através das redes sociais que podem repercutir em atividades de natureza sexual. Daí a necessidade e importância da academia para o enfrentamento desse tipo de conduta criminosa, que pode afetar um direito jurídico sensível na medida em que protege um grupo de atenção prioritária como crianças e adolescentes. Nesse quadro, o objetivo geral deste trabalho é analisar os tipos penais de abordagem sexual e malandragem por meio de mídias virtuais em relação a menores.

**Palavras-chave:** Menores; enganar; redes sociais; asseio

## Introducción

Los menores de edad son un grupo de atención prioritaria en el Ecuador, así lo establece el art. 35 de la Constitución de la República del Ecuador. Con esta declaración, el ordenamiento jurídico debe prestar especial atención a todas aquellas situaciones que, dado al nivel de vulnerabilidad, puedan afectar la integridad física y psicológica de los menores.

En este orden de ideas, el Derecho penal surte un efecto disuasorio y también preventivo al tipificar como delitos ciertas conductas donde los sujetos pasivos son niños, niñas y adolescentes. El *grooming* o *childgrooming*, como destaca Chávez Quintero (2015), proviene de términos anglosajones que describen un fenómeno criminológico y que “alude principalmente a aquel contacto con menores a través de sistemas informáticos por parte de adultos, a través de falsas identidades, con el objeto de ganarse la confianza del menor, induciéndolo a tratar temas de tipo sexual” (p. 13).

En este caso, el presente trabajo se centra en el análisis de las conductas contenidas en los arts. 173 y 174 del Código Orgánico Integral Penal (COIP). Estos artículos protegen el bien jurídico de la integridad sexual y física de los menores de edad, frente a las amenazas que pueden suscitarse mediante engaños y embaucamientos por contactos y ofertas de índoles sexuales y eróticos.

Con el progreso de la tecnología y la inclusión de las redes sociales a través del internet, se presentan potenciales peligros de naturaleza sexual que vinculan a menores de edad. En efecto, en la cotidianidad se observan casos en los que se realizan actos de contacto y propuestas u ofertas de conductas sexuales y eróticas con menores de edad. Luego, esta clase de conductas han sido categorizadas por el legislador como delitos, en cuya regulación se establecen una serie de circunstancias y elementos descriptivos y normativos que coadyuvan a dar una respuesta preventiva y reactiva del Derecho penal, de cara a la protección de los bienes jurídicos advertidos *supra*.

El objetivo general del presente trabajo es analizar los tipos penales del acercamiento y embaucamiento sexuales a través de los medios virtuales hacia los menores de edad, reflexionado aspectos de la estructuración del tipo, que en la práctica pueden presentarse problemáticos, como por ejemplo la situación de la competencia de las víctimas de esta clase de delitos en el marco del análisis de la teoría de la imputación objetiva; cuestiones de conducta omisiva propia e impropia; elementos normativos y descriptivos; la protección del bien jurídico en los ámbitos de la regulación internacional de niños, niñas y adolescentes; entre otros aspectos propios de los tipos penales en cuestión.

Para la realización del presente trabajo se sirvió de apoyo en los métodos analítico, sintético, y exegetico, en combinación con la técnica de investigación documental. Todos estos métodos y técnicas se encuentran detallados en el apartado respectivo.

A partir de los análisis efectuados, se concluye, entre otros aspectos, que el ordenamiento jurídico ecuatoriano, respetuoso de los tratados y convenios en materia internacional sobre protección de menores de edad, tipifica en su normativa penal, una serie de conductas que son lesivas para la integridad física y sexual de los menores de edad, entendiéndose que estas conductas afectan a los menores y que deben ser erradicadas; y, que los tipos en cuestión la competencia de la víctima “menores de edad” está acreditada al amparo de una suerte de hetero puesta por parte del sujeto activo.

Por su parte, de modo crítico, se aprecia que si bien se conocen todas las causas y consecuencias negativas que tienen dichas prácticas en los menores de edad afectados, en sus familias así como en la sociedad entera, solo ciertas campañas han salido a la luz; de su lado, el Estado ha diseñado hasta el momento una sola política pública denominada “Política pública por una internet segura para niños, niñas y adolescentes”, del año 2020, pero carece de una serie de políticas públicas efectivas encaminadas a evitar este tipo de conductas, por lo que, existe en la población una falta de conciencia sobre los perjuicios que ocasionan tales conductas.

## **Desarrollo**

### **1. Menores de edad y justificación de la protección de sus derechos**

Los menores de edad gozan de protección especial, tanto en el seno del Derecho internacional cuanto en el interno. La esencia de la protección a los menores se enmarca en la evidente vulnerabilidad de éstos frente a la sociedad, su dependencia y la obligación social que surge de protegerlos puesto que, en pocas palabras, son el futuro de la sociedad.

En este sentido, Dixon & Nussbaum (2012), establecen que el principio de vulnerabilidad es aquel que justifica la intervención estatal en beneficio de la protección de los derechos de los menores. Así mismo, se evidenciará en el apartado correspondiente, que los legisladores prestan especial atención a aquellos bienes jurídicos propiedad de los niños, protegidos por el Derecho penal, tomando en cuenta también cuando el sujeto pasivo de un delito es un menor en edad de reproche, por lo que, la protección se hace más necesaria aún. Se concibe, además, que su protección se justifica en que los daños de toda índole, sufridos en el período de niñez, provocan efectos

duraderos y afectan su bienestar durante su juventud y posteriormente, se mantienen en la adultez (Rossel, Rico & Filgueira, 2015). Por ello, es menester evitar toda vulneración de derechos, en *pro* de un desarrollo ameno de los menores.

### **1.1. Protección internacional de niños, niñas y adolescentes**

En un primer punto, desde el Derecho internacional, se comenzaron a redactar Convenios y Tratados que buscaban proteger a los niños, niñas y adolescentes de las amenazas latentes en la sociedad, a las que están expuestos este grupo de atención prioritario. Por ello, eventos de trascendencia como el Programa internacional para la erradicación del trabajo infantil, protegen a los niños, niñas y adolescentes de factores que les perjudica en su desarrollo integral.

Un punto importante se da a partir del reconocimiento que se otorga a los niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre Derechos de los Niños de 1989, donde se recogen derechos civiles sociales, culturales y políticos en favor de los niños, niñas y adolescentes; pero el cambio más importante se da respecto de la transformación en la visión de los NNA, pasando de ser simples objetos de derecho, a convertirse en sujetos de derechos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017). Esta designación convencional respecto a la nueva visión de los NNA, obliga a los ordenamientos jurídicos a implementar una serie de medidas efectivas para proteger sus derechos, tomando en cuenta aspectos tales como su desarrollo integral.

Otros hitos destacados en la evolución normativa internacional de protección de los niños, niñas y adolescentes, tal como destacan Foronda González & López Higuera (2020), son la Declaración de Ginebra de 1924, relativa a los Derechos del Niño, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948 y las Reglas de Beijing, de 1985.

#### **IV. Políticas públicas de protección a niños, niñas y adolescentes**

Tal como se revisó en el primer apartado del presente trabajo, la consideración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es un reconocimiento que se da entre el Derecho internacional, así como los ordenamientos jurídicos internos de los países, entre ellos Ecuador.

En efecto, cuando se busca detener una cierta conducta lesiva para la sociedad, además de la represión penal, se deben buscar alternativas sociales y culturales que coadyuven a disminuir los índices delictivos.

De modo crítico, se debe indicar que más allá del reconocimiento normativo de estos derechos, es necesario que se articulen ciertas políticas públicas que vayan enfocadas en hacer efectivos esos derechos y que evidencien la intención real de los Estados respecto de una protección eficaz de

todos los derechos reconocidos. En este sentido, se entiende que para el reconocimiento pleno de estos derechos “no es suficiente con su observación, sino que es preciso articular mecanismos que garanticen su efectividad” (Peláez Fernández, 2018, p. 57).

La integridad sexual de los Niños, niñas y adolescentes, es uno de los aspectos más sensibles, siendo un bien jurídico que necesita de una protección sin fallas, puesto que se estaría fallando en la protección de un elemento fundamental en el desarrollo físico, psicológico y sexual de los Niños, niñas y adolescentes.

En Ecuador, se han llevado campañas tanto de parte de centros educativos, como por ejemplo de la Universidad Central del Ecuador, en el año 2020, como de parte de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, en el año 2018. En cuanto al enfoque del Estado para prevenir estas conductas, se debe destacar las llevadas a cabo por el Consejo de Igualdad Intergeneracional, denominada “Política pública por una internet segura para niños, niñas y adolescentes”, del año 2020.

Se aprecia que más allá de estas campañas, y de algunos aportes de la sociedad en materia de prevención y detección de child grooming, las entidades estatales poseen campañas limitadas, y con un alcance muy bajo, por lo que podrían ser, críticamente, catalogadas como insuficientes.

## **1.2. Protección de niños, niñas y adolescentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano**

Siguiendo la jerarquía normativa del sistema jurídico ecuatoriano, para realizar una revisión de cómo se protege en Ecuador a los niños, niñas y adolescentes, es necesario, en primer lugar, remitirse a la Constitución. En el marco constitucional nacional, el art. 35 establece que los niños, niñas y adolescentes son parte de los grupos vulnerables, y que, por ello, deben recibir “atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado”. En la misma línea, el Art. 44 de la CRE establece una corresponsabilidad entre Estado, sociedad y familia para la promoción del desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, atendiendo al principio de interés superior. Además, tienen derecho al desarrollo integral, interpretado como “proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad” (art. 44 CRE). Sin lugar a dudas, esta seguridad de la que habla la CRE no es posible si no se reprimen o previenen las conductas que van en contra de su desarrollo, entre las que se encuentran todas aquellas que atentan contra su integridad sexual.



Se concibe que el Estado, como protector de sus habitantes, debe gestionar desde la normativa hasta las políticas públicas, aquellas acciones que propendan a tal amparo. En este sentido, el interés superior del niño se articula con otros principios y derechos, tal como establece Eulario Pacheco (2018), con el derecho a la no discriminación, a la vida, a la supervivencia y el desarrollo, entre otros.

Luego, es interesante resaltar que en el año 2018 la sentencia No. 003-18-PJO-CC de la Corte Constitucional del Ecuador, sentó el precedente jurisprudencial obligatorio en el cual se determina que los menores de edad tienen libertad para consentir relaciones de índole sexual, siempre y cuando, posean la madurez y las herramientas necesarias para tomar las decisiones correctas, elementos que son fundamentales a la hora de poder brindar esta libertad a los adolescentes, dejando por un momento de lado la autoridad tuitiva de los padres. Esto es un reflejo de lo que para la doctrina consiste en el menor de edad *maduro*, entendido como una persona que posee capacidad emocional e intelectual, lo cual da paso a que pueda conocer, valorar, y gestionar información, algo que está relacionado con la autodeterminación (Markova Ivanova, 2017).

De igual forma, y siguiendo con el análisis de los cuerpos normativos que protegen a los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador, cabe destacar que la norma especializada y extensa en protección a ellos como es el Código de la Niñez y la Adolescencia, donde se recogen instituciones variadas, como por ejemplo, la adopción y la aplicación especial del Derecho penal a adolescentes infractores, temas sobre los cuales no se entrará en profundidad por alejarse del tema del presente artículo científico.

## **2. Menores de edad y delitos sexuales**

Como se destacó anteriormente, los niños, niñas y adolescentes están más propensos que el resto de la población a sufrir afectaciones a su integridad física, psicológica o sexual. Esta vulnerabilidad se ve, lamentablemente, reflejada también al momento de abordar los delitos sexuales que son cometidos en su contra. En este aspecto, los delitos sexuales que son cometidos contra menores, son aquellos que reciben de la sociedad el mayor reproche (Díaz Gómez & Pardo Lluch, 2017). Eco de esto se hace el Derecho penal, incluyendo de manera progresiva cada vez más delitos que tipifican conductas sexuales contra los niños, niñas y adolescentes.

En la actualidad, la pandemia de Covid-19 trastocó el funcionamiento normalmente cotidiano que hasta entonces tenía la sociedad, generando situaciones en las cuales, familiares y menores de edad compartían el hogar con mayor frecuencia que antes (producto del asilamiento). Esta situación,

lamentablemente, según datos de prensa, aumentó el número de delitos sexuales en contra de menores de edad (El Comercio, 2020). Otro factor desencadenante del problema en análisis, es el contacto creciente entre menores y tecnología advertida también en la pandemia.

### **2.1. Child grooming**

El *child grooming* es el contacto con menores de edad con el uso de internet, medios de telefonía, redes sociales o cualquier tecnología relacionada con la información y comunicación, para “proponerle un encuentro con el fin de cometer sobre él un delito de abuso sexual, agresión sexual o utilización con fines exhibicionistas o pornográficos, siempre y cuando se realicen actos materiales dirigidos al acercamiento” (Cabrera Martín, 2011).

Al respecto, frente a la necesidad de tipificación del *child grooming* por el que aboga un sector de la sociedad, se escuchan también voces en contra de esta inclusión. En este sentido, Villacampa Estiarte & Gómez Adillón (2016), estudiaron la mecánica de esta práctica, concluyendo que la mayoría del *child grooming* es ejercida entre pares, es decir, entre menores de edad. En esta misma orilla, Cuerda Arnau (2017), cita numerosos autores que ponen de manifiesto ciertas oposiciones a la tipificación de esta conducta.

Sobre la protección de los menores en los casos de posible vulneración a su intimidad, se entiende que mientras en el caso de personas mayores de edad se admite una libertad en la prestación del consentimiento, en el caso de los menores se restringe a un consentimiento que en todo caso debe ser expreso, encontrándose esta explicación en el intento de querer establecer una mayor garantía de protección hacia el menor de edad y favorecer al interés superior del menor (Villanueva Turnes, 2016, p. 218).

### **2.2. Oferta de servicios sexuales con menores de edad**

El Derecho penal actúa cuando aprecia que, socialmente, ciertas conductas están siendo cometidas de manera repetitiva y violentando bienes jurídicos que deben ser protegidos. En este sentido, “la explotación sexual de niñas y adolescentes es una práctica regular en gran parte de la región andina y amazónica” (Mujica & Cavagnoud, 2011, p. 93). Esta apreciación hace necesaria la intervención del Derecho penal respecto de esta oferta, de modo que se logre detener estas modalidades de servicios sexuales de menores de edad.

La oferta de servicios sexuales tiene como objeto la promoción de personas menores de edad, a otras personas, en su mayoría, mayores de edad, para que ejecuten actos eróticos, sexuales o excitantes en contra de la integridad física, sexual y psicológica de estos menores de edad. Es, por



ende, una especie de oferta de prostitución donde los menores son utilizados como una mercancía, dispuesta a aquellas personas que deseen adquirir esos servicios. La peligrosidad de esta conducta se da por cuanto, en la simple promoción, ya se están vulnerando derechos de imagen del menor, así como también, da lugar a través de la promoción, a la comisión de delitos sexuales como el abuso sexual y la violación.

### **3. Análisis gramatical de los tipos penales contenidos en los artículos 173 y 174 del Código Orgánico Integral Penal.**

En el presente apartado, y una vez analizadas la pertinencia de la protección de los NNA y las características principales, tanto del *child grooming* como de la oferta de servicios sexuales con menores de edad, es necesario abordar la forma en la cual el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano recoge estas conductas lesivas y las tipifica en el COIP. Por ello, a continuación se citan los arts. 173 y 174 del COIP, para luego, de manera ordenada, someterlos al análisis del tipo penal en función de los elementos señalados por Vega Arrieta (2016). El objetivo de esto es apreciar cómo están compuestos los tipos penales antes mencionados y verificar si estos recogen de manera fidedigna aquellas características que la doctrina especializada distingue de las prácticas de *child grooming*, así como de la oferta de servicios sexuales con menores de edad.

En este sentido, el art. 173 del COIP establece:

**Art. 173.- Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos.-** La persona que a través de un medio electrónico o telemático proponga concertar un encuentro con una persona menor de dieciocho años, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción o intimidación, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

La persona que suplantando la identidad de un tercero o mediante el uso de una identidad falsa por medios electrónicos o telemáticos, establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona menor de dieciocho años o con discapacidad, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Así mismo, el art. 174 recoge la siguiente conducta:

**Art. 174.- Oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos.**

- La persona, que utilice o facilite el correo electrónico, chat, mensajería instantánea, redes sociales,

blogs, fotoblogs, juegos en red o cualquier otro medio electrónico o telemático para ofrecer servicios sexuales con menores de dieciocho años de edad, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

### **3.1. Sujeto activo**

En el análisis del sujeto activo del delito o de la persona que comete la infracción penal, éste es quien, por acción u omisión, daña al bien jurídico protegido en la norma penal. En otras palabras, es quien, de manera activa u omisiva, genera la situación para que el sujeto pasivo, que en presente caso en un niño, niña o adolescente, sufra el impacto a su bien jurídico.

Los sujetos activos pueden ser determinados, cuando el delito solo puede ser cometido por una persona que ostenta una calidad determinada (por ejemplo, el médico en la omisión de asistencia o el funcionario público en el delito de peculado), o indeterminado, cuando el sujeto activo no tiene que poseer una cualificación necesaria para la comisión del delito (Vega Arrieta, 2016).

En este sentido, si se observa la forma en la que están redactados los arts. 173 y 174, se aprecia la redacción literal “la persona que”, dando a entender que cualquier persona puede cometer estos delitos. De ahí que, en este delito, el sujeto activo es indeterminado o no cualificado.

Luego el sujeto pasivo puede ser individual o colectivo, en cuyo caso, se estará o frente a un delito de autoría personal o frente a un delito de coautoría o coparticipación. Pero también, el sujeto activo puede ser imputable o imputables e inimputable o inimputables, dependiendo de si se trata de autoría personal o coautoría; los imputables son aquellos que conforme a la normativa penal, son aptos para responder penalmente por su actuación; los inimputables, en cambio, son aquellos que, pese a que ejecutan una infracción típica y antijurídica, sin embargo, procede a su favor alguna de las causas de exclusión de la antijuridicidad, o bien, porque se trata de personas a las que la ley las considera directamente imputables como son los menores de edad, por ejemplo; en este último caso, estaríamos frente a sujetos activos menores de edad que, pese a que son procesados por los delitos contemplados en el COIP, sin embargo, su procesamiento obedece a la ley de menores o Código Orgánico de Niñez y Adolescencia (CONA). Lo advertido, permite afirmar que el presente delito puede ser también cometido por un menor de edad, es decir, el sujeto activo también puede ser un menor de edad; obviamente que, su juzgamiento no es penal sino administrativo sancionador conforme al CONA.

### 3.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito es el propietario o poseedor del bien jurídico tutelado. Es quien, producto del actuar delictivo activo u omisivo del sujeto pasivo, ve afectado su bien jurídico.

En el caso del delito tipificado en el art. 173 del Código Orgánico Integral Penal, en el primer inciso, se determina como sujeto pasivo a la “persona menor de dieciocho años”, mientras que en el último inciso, se señala como sujetos pasivos a la “persona menor de dieciocho años o con discapacidad”, agregando, en este caso, a aquellas personas que siendo mayores o menores de edad, sufren una discapacidad y esto las coloca en una situación de vulnerabilidad, dado que según lo establecido en el art. 35 de la CRE, son parte del grupo de atención prioritaria.

Luego, en materia procedimental, el sujeto pasivo de delito puede o no asumir el rol de víctima directa; en cuyo caso, en los delitos del ejercicio público de la acción penal, se convierte en sujeto activo del proceso penal. En el caso de la víctima de los delitos que aquí se analizan, el sujeto pasivo del delito por ser menor de 18 años de edad ejerce la calidad de víctima indirecta, es decir, es representado por sus padres o por quienes tienen mandato u obligación legal de representación, ello no obsta para que el Estado a través de fiscalía, prosiga la acción penal pública en tutela de sus intereses menoscabados, pero, eso sí, en representación de la sociedad en general.

En todo caso, en su calidad de víctima del delito, su tratamiento procedimental es preferencial dado su condición de vulnerabilidad en la que se encuentra como sujeto activo del proceso, observándose en el desarrollo del procedimiento, todos los principios y garantías que le asisten, como, por ejemplo, los de no revictimización, confidencialidad y privacidad, entre otros.

Además, respecto de la víctima, y dentro de un análisis de imputación objetiva, cabe reflexionar su competencia dentro de las categorías de la imputación, para efectos de la atribución o no de una conducta atípica en contra del sujeto activo del delito. Entonces, el debate que se proyecta de la reflexión en la competencia de la víctima del delito a la luz de la teoría de la imputación objetiva, radica en la determinación de esa “competencia” en la condición de minoría de edad que cobija al sujeto activo en esta clase de delitos. En este sentido, cabe cuestionarse si ¿la autopuesta en peligro de las víctimas menores de edad en los delitos analizados, debe eliminar la imputación del resultado al sujeto activo del delito?

Al respecto, en caso de responderse negativamente, se debe invocar y argumentar los motivos para que la autopuesta en peligro de menores de edad en estos delitos no elimine el juicio de tipicidad al sujeto activo; una posible respuesta sería que, por ser sujetos pasivos especialmente protegidos

y en vulnerabilidad, la competencia de la víctima no debe ser considerada a la hora del juicio de tipicidad, o quizás, que precisamente, el simple hecho de ser menores de edad, lo ubican como víctima competente, independientemente de sus autopuestas o no en peligro. De su lado, en caso de responderse positivamente, se estaría cuestionando el actuar de una persona que aún no es capaz ante la ley, y de la estaría desprotegiendo de su calidad de víctima vulnerable, pues, precisamente, es esa condición de menor de edad, la que es aprovechada por el sujeto activo del delito. De ahí que, y asumiendo postura, somos partidarios de que, si bien la autopuesta en peligro de los menores de edad, no debe eliminar el juicio de tipicidad en el sujeto activo del delito, sin embargo, se considera a la heteropuesta en peligro como una posible vía de justificación en la categoría de competencia de la víctima.

### **3.3. Bien jurídico protegido**

Para la determinación del bien jurídico protegido, es necesario remitirse al capítulo o sección donde se encuentran tipificados estos delitos, lo que deriva a la Sección 4ª, de los Delitos contra la integridad sexual y reproductiva, contenido a su vez, en el Capítulo II, de los Delitos contra los derechos de libertad.

Por ello, se interpreta que el bien jurídico inmediato, es la integridad sexual y reproductiva, y que el bien jurídico que se afecta de manera mediata es la libertad, puesto que si se analiza con profundidad, los delitos contenidos en los arts. 173 y 174 atentan contra la libertad de desarrollo de los menores de edad, y de las personas con discapacidad.

### **3.4. Objeto material**

Dentro de la teoría del tipo penal, el objeto material es aquel objeto, cosa o persona sobre la cual recae la conducta lesiva del sujeto activo. Es claro que tanto en el delito tipificado en el art. 173, como el del artículo 174, el objeto es material personal, puesto que recae sobre la integridad del menor o de la persona con discapacidad que posee la calidad de sujeto pasivo.

### **3.5. Conducta**

La conducta dentro de la determinación del análisis gramatical del tipo penal tiene una configuración compartida entre los verbos, las circunstancias propias de cada tipo penal y la estructura típica (Vega Arrieta, 2016). Estos elementos se desglosan a continuación.

### **3.6. Verbos**

Dentro de la conducta, los verbos, denominados también como verbos rectores, forman parte fundamental del tipo penal puesto que describen cuales son las acciones u omisiones llevadas a cabo por el sujeto activo.

Existen ciertas conductas que pueden ser reflejadas en el tipo, mediante la selección de un solo verbo rector, por lo que, son denominados tipos penales elementales, y cuando existen varios verbos, su denominación cambia a tipo penal compuesto.

En el caso del art. 173, se aprecia que, al haber varios incisos, se definen conductas diferentes que son representadas a través de verbos diferentes. En el caso del primer inciso, hay dos verbos rectores, “proponga” (del verbo proponer) y concertar. En el caso del tercer inciso, se encuentran los términos “suplantando” (del verbo suplantar), “uso” (del verbo usar) y establezca (del verbo establecer).

En estos casos, cada uno de los incisos antes mencionados, describen conductas similares, pues, es la concertación de encuentros con carácter sexual, pero en el caso del tercer inciso, esta concertación va acompañada de un engaño, por lo que se aprecia que el rango penológico es mayor respecto del primer inciso.

Por su parte, en el caso del art. 174, éste también es un tipo penal compuesto, dado que posee tres verbos, mismos que son: utilice (del verbo utilizar), facilite (del verbo facilitar) y ofrecer. Con los dos primeros verbos se aprecian conductas destinadas a promocionar los servicios sexuales realizados por menores de edad, mientras que con el verbo “ofrecer”, éste tiene incidencia dentro del tipo penal puesto que es la acción que comete el sujeto activo.

### **3.7. Circunstancias modificatorias de la pena**

En el caso de las circunstancias, se hará énfasis únicamente en las circunstancias agravantes específicas del tipo penal, toda vez que tanto el tipo penal recogido en el art. 173 como el del art. 174 carecen de otros tipos de circunstancias. En definitiva, se tratan de tipos agravados.

En el caso de las circunstancias agravantes específicas del art. 173, el legislador ha creído conveniente que se sancione con mayor intensidad, cuando el contacto con finalidad sexual tiene como medio la coacción o intimidación, por lo que la pena privativa de libertad se ve aumentada. Luego, dentro del mismo art. 173, otra circunstancia agravante específica es la contenida dentro del último inciso, donde se hace referencia a la suplantación de identidad para facilitar la comisión

del delito, a su vez que, se incluye también, como se mencionó líneas arriba, como sujeto pasivo a las personas con discapacidad. En este caso, la pena también se ve agravada.

En cuanto al art. 174, este posee una pena única y, por ende, no se aprecian circunstancias agravantes específicas.

### **3.8. Estructura típica y dolo o culpa**

En este sub apartado, se analizan dos cuestiones elementales: la conducta en sus modalidades activa u omisiva; y, los elementos subjetivos del tipo: dolo y culpa.

Así, por un lado, para establecer si los delitos regulados en los arts. 173 y 174 del COIP pueden ser cometidos tanto por acción u omisión, es indispensable realizar un análisis de aproximación conforme a lo que disponen los arts. 23 inciso segundo y el 28 del COIP. En este sentido, y centrando primero el análisis en la omisión, el COIP observa una doble categoría de conducta omisiva, las que en la doctrina se las denomina omisión propia y omisión impropia. La primera, es decir la omisión propia se desprende de la simple lectura del segundo inciso del art. 23; en tanto que la segunda, eso es, la omisión impropia, se encuentra regulada en el art. 28 a título de omisión dolosa (Román Marquez, 2020), y se la conoce también como “comisión por omisión”.

Además, para diferenciarlas, a la omisión propia el legislador la ha regulado como delitos puntuales en el COIP, ejemplo de ello es el delito de omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria (art. 134); omisión de medidas de protección (art. 135); omisión en el control de lavado de activos (art. 319), entre otros. Mientras que, a la omisión impropia no las regula expresamente como delitos de omisión, sino que, habrá que encontrar la concurrencia de ciertos requisitos puntuales para poder establecer si se está o no frente a una modalidad de conducta de omisión impropia. Estos requisitos concurrentes que articulan la posición de garante son: a) la existencia de una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de los siguientes bienes jurídicos: b) la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y, c) que se haya provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico (art. 28 COIP).

De los analizado, se colige que los delitos regulados en los arts. 173 y 174 del COIP no puedan ser cometidos bajo la modalidad de omisión propia; sin embargo, por encontrarse dentro de la categoría de los bienes jurídicos libertad e integridad sexual, en caso de que el sujeto activo detente la posición de garante y se verifiquen los presupuestos del art. 28, si podrían ser cometidos bajo la modalidad de conducta omisiva impropia.



Por otro lado, ya en sede de la tipicidad subjetiva o de juicio de tipicidad subjetivo, los delitos regulados en los artículos 173 y 174 de COIP se proyectan de naturaleza dolosa, esto por cuanto, al no estar regulados expresamente como culposos, los excluye de esta categoría. Esta afirmación encuentra fundamento jurídico que lo que al respecto señala el art. 27 del COIP, cuando resalta que la culpa solamente “es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código”.

### **3.9. Elementos descriptivos y normativos**

Conocidos también como “elementos de lenguaje”. Estos elementos que asoman dentro de la descripción de la conducta del tipo penal, han sido denominados por la doctrina y la jurisprudencia como elementos descriptivos y elementos normativos del tipo penal.

Los elementos descriptivos conforman la estructuración en la redacción de los tipos penales, es decir, conforman la oración gramatical del tipo. Son términos empleados por el legislador para describir los actos activos u omisivos que configuran los elementos objetivos del tipo. Son cuestiones que no requieren mayor exigencia interpretativa o como señala Muñoz Conde, permiten ser conocidas sin mayor esfuerzo (2004) (los tipos deben describir las conductas penales en forma clara), y permiten la actividad probatoria fáctica en sede de la tipicidad objetiva. En definitiva, los elementos descriptivos del tipo penal son percibidos sensorialmente, es decir, son perceptibles a los sentidos, como la vista y el tacto (García Falconí & Vallejo Vaca, 2020).

Los elementos descriptivos difieren de los elementos normativos, toda vez que, los primeros no necesitan de una definición o apreciación jurídica para su entendimiento. En este caso, basta con acudir a definiciones que se encuentren contenidas en diccionarios o desarrolladas por la doctrina, para su comprensión. Sin embargo, esta falta de definición jurídica no tiene nada que ver respecto de su importancia en el tipo penal, dado que tal como se verificará en este apartado, en el caso de los arts. 173 y 174, los elementos descriptivos son fundamentales para la comprensión de la conducta, así como de la intención o dolo del sujeto activo.

Dentro del art. 173, podrían ser considerados como elementos normativos los medios electrónicos o telemáticos; el término “encuentro”; los denominados actos materiales de acercamiento; la coacción; así como las comunicaciones de contenido sexual o erótico, y la minoría de edad que para estos efectos es hasta antes de que el menor cumpla los dieciocho años.

Por su parte, en lo referente a los elementos descriptivos del art. 174, se puede destacar también la minoría de dieciocho años de edad, los correos electrónicos, chats, mensajerías instantáneas, redes sociales, blogs, fotoblogs, juegos en red o cualquier otro medio electrónico o telemático”, donde

se enuncian los medios por los cuales se hace la oferta, y que como destaca de una simple lectura, no son restrictivos, puesto que pueden haber múltiples plataformas de ofertas sexuales.

Entre los elementos normativos, cabe la reflexión de si la intimidación, las suplantaciones de identidad y la falsa identidad advertidas en los incisos segundo y tercero del art. 173, se encuentran cobijados bajo esta categoría 173 del COIP. Para ello, veamos lo que dice la doctrina respecto de lo que ha de entenderse por elementos normativos:

Por elemento normativo se ha de entender a aquella terminología legal que exige una cierta valoración, una decisión sobre lo que implica su contenido; constituyen datos que no pueden ser representados e imaginados fácilmente o sin presuponer lógicamente una norma; se trata de presupuestos del injusto redactado en el tipo penal que solamente pueden ser determinados por medio de una valoración especial de la situación de lo fáctico (Crimina 3.4).

De ahí que, en el caso que nos ocupa, la intimidación es, inclusive, un delito complejo conforme a la propia regulación penal ecuatoriana; así como las suplantaciones de identidad y la falsa identidad. Es por ello que, en este trabajo se considera a estos elementos del tipo como normativos.

### **3.10. Concurrencia de delitos**

En el inciso segundo del art. 173, al momento de agravar el tipo penal, el legislador ecuatoriano ha señalado a la intimidación como condición determinante para aumentar o agravar la pena en tres a cinco años, respecto de la pena señalada en el tipo básico del primer inciso que contempla una pena de uno a tres años. De ahí que, el delito agravado contemplado en el segundo párrafo del art. 173 bien puede cometerse en concurso con el delito de intimidación regulado en el art. 154 del COIP. Igual situación de concurrencia de delitos se puede observar en el tercer inciso con las acciones de suplantación y falsa identidad reguladas en el art. 212 del COIP.

## **Conclusiones**

Los niños, niñas y adolescentes son un grupo de atención prioritaria, por lo que el Estado debe crear y poner en marcha herramientas que estén encaminadas a proteger todos los aspectos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, en un enfoque integral y de calidad. Dentro de los elementos negativos que afectan al desarrollo de ellos, se encuentran toda la gama de delitos sexuales.

El *child grooming*, los contactos y embaucamientos sexuales de los niños, niñas y adolescentes son acciones que con el auge de las redes sociales y producto de la pandemia de Covid-19, se han visto

en aumento. Por ello, es necesario que desde la academia se aborden estas problemáticas, para analizarlas desde un punto de vista jurídico-doctrinario.

El COIP recoge varios tipos penales que son de especial atención a la hora de proteger a los menores de ciertas conductas delictivas de carácter sexual, dentro de los cuales se encuentran los arts. 173 y 174 del COIP. Su redacción es compleja, y como se evidenció a partir del análisis gramatical del tipo penal, se tipifican varias conductas dolosas, de carácter activo y que se sirven de múltiples medios para amenazar y poner en riesgo el bien jurídico de la sexualidad y la integridad de los niños, niñas y adolescentes.

Respecto de la discusión planteada sobre la competencia de la víctima de los delitos analizados en este trabajo, cuando éstas, por ser menores de edad se autoponen en peligro; se concluye, a manera de toma de postura, que si bien la autopuesta en peligro de los menores de edad, no debe eliminar el juicio de tipicidad en el sujeto activo del delito, sin embargo, para fundamentar la punición al sujeto activo del delito, se considera a la heteropuesta en peligro como una posible vía de justificación en la categoría de competencia de la víctima.

Finalmente, respecto de la omisión como modalidad de la conducta, en los arts. 173 y 174. Por estar dentro de la categoría de bienes jurídicos que protegen la libertad y la integridad personal; y, además, por cuanto, respecto de los menores de edad, la representación legal es una obligación legal y también puede ser contractual, es decir, frente a ellos los adultos se encuentran en ciertos casos en posición de garante; una vez verificadas todas las exigencias concurrentes del art. 28 del COIP, estos delitos también pueden cometerse mediante omisión dolosa o impropia. No así, por omisión propia, puesto que no están regulados expresamente de esta forma en la parte especial del COIP; es decir se los puede cometer mediante acción u omisión impropia pero no por omisión propia.

## Referencias

1. Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Ed. Legales.
2. Cabrera Martín, M. (2011). “Los menores frente a los delitos sexuales”. *Revista Crítica*. Disponible en: <http://www.revista-critica.com/la-revista/monografico/analisis/560-los-menores-frente-a-los-delitos-sexuales>

3. Chávez Quintero, W. (2015). *Delito de grooming. ¿Necesidad de tipificación en la legislación penal ecuatoriana?* Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Disponible en: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4659/1/T1716-MDPE-Chavez- Delito.pdf>
4. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*. Edición digital. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/nna-garantiaderechos.pdf>
5. Corte Constitucional del Ecuador. (2018). *Sentencia No. 003-18-PJO-CC*. Disponible en: <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=003-18-PJO-CC>
6. Cuerda Arnau, M. (2017). “Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-09, pp.1-45.
7. Crimina 3.4. “El sistema Español: los delitos”, disponible en: <http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/elementosdescriptivosynormativosdelostipos.html>
8. Díaz Gómez, A. & Pardo Lluch, M. (2017). “Delitos sexuales y menores de edad: Una aproximación basada en las personas privadas de libertad en la isla de Gran Canaria”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-11, pp.1-51.
9. Dixon, R., & Nussbaum, M. (2012), “Children’s Rights and a Capabilities Approach: The Question of Special Priority”. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, núm. 384. University of Chicago.
10. Duque, C. (2009). “Consideraciones para la Investigación del Fenómeno del Grooming”. *Revista Jurídica del Ministerio Público*, núm. 41; pp. 125-130
11. El Comercio. (2020). *Los menores de edad están expuestos a seis tipos de delitos sexuales*. Disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/menores-expuestos-delitos-sexuales-ecuador.html>
12. Eulario Pacheco, I. (2018). *La separación conyugal y su implicancia en torno al respeto de los derechos del menor en el Distrito de Yanacancha 2017*. Tesis de Grado, Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión.

13. Foronda González, L., & López Higueta, P. (2020). *Voces en resistencia: prácticas de subjetivación de adolescentes en restablecimiento de derechos*. Universidad de Antioquia. Edición digital. Disponible en: [https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/18750/1/ForondaLuz\\_2020\\_VocesResistencia.pdf](https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/18750/1/ForondaLuz_2020_VocesResistencia.pdf)
14. García Falconí, R. & Vallejo Vaca, K. (2020). “La inclusión del error de tipo en el ordenamiento penal ecuatoriano”. *Rev. CAP Jurídica Central*, núm. 6; pp. 209-238.
15. Küns Müller, C. (2003). “Delitos de Pornografía Infantil”. *Gaceta Jurídica*, núm. 273, Santiago de Chile.
16. Markova Ivanova, A. (2017). “El derecho de autodeterminación del menor maduro en el ámbito de la salud”. *Bioderecho.es*, núm. 6, pp. 1-27.
17. Mcalinden, A. (2006). "Setting 'Em Up": Personal, Familial and Institutional Grooming in the Sexual Abuse of Children. *Social and Legal Studies*, vol. 15, núm. 3, pp. 339-362.
18. Mujica, J., & Cavagnoud, R. (2011). “Mecanismos de explotación sexual de niñas y adolescentes en los alrededores del puerto fluvial de Pucallpa”. *Anthropologica*, núm. 29, pp. 91-110.
19. Muñoz Conde, F. (2004). “Derecho Penal. Parte General”. Valencia, Tirant lo Blanch, p. 256.
20. Olson, L., Daggs, J., Ellevold, B. & Rogers, T. (2007). “Entrapping the innocent. Toward a theory of child sexual predator’s luring communication”. *Communication Theory*, vol. 17, núm. 3, pp. 231-351. Disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-2885.2007.00294.x>
21. Peláez Fernández, P. (2018). “Estado de la cuestión sobre los derechos de los MENAS en España: entre la protección y el abandono”. *RES, Revista de Educación Social*, núm. 27, pp. 48-70.
22. Rossel, C., Rico, M., & Filgueira, F. (2015). “Primera infancia e infancia”, en S. Cecchini y otros (ed.), *Instrumentos de protección social. Caminos latinoamericanos hacia la universalización*, Libros de la CEPAL. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

23. Salazar, D. (2020). “Presentación”. *Boletín Criminológico – Fiscalía General del Estado de Ecuador*. Disponible en: <https://www.fiscalia.gob.ec/pdf/politica-criminal/revista-Perfil-Criminologico-julio-2020.pdf>
24. Villacampa Estiarte, C., & Gómez Adillón, M. (2016). “Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por on line grooming”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-02, pp. 1-27.
25. Villanueva Turnes, A. (2016). “El derecho a la intimidad y el consentimiento de los menores de edad. Especial referencia a las redes sociales”. *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, pp. 208-221.

©2022 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).